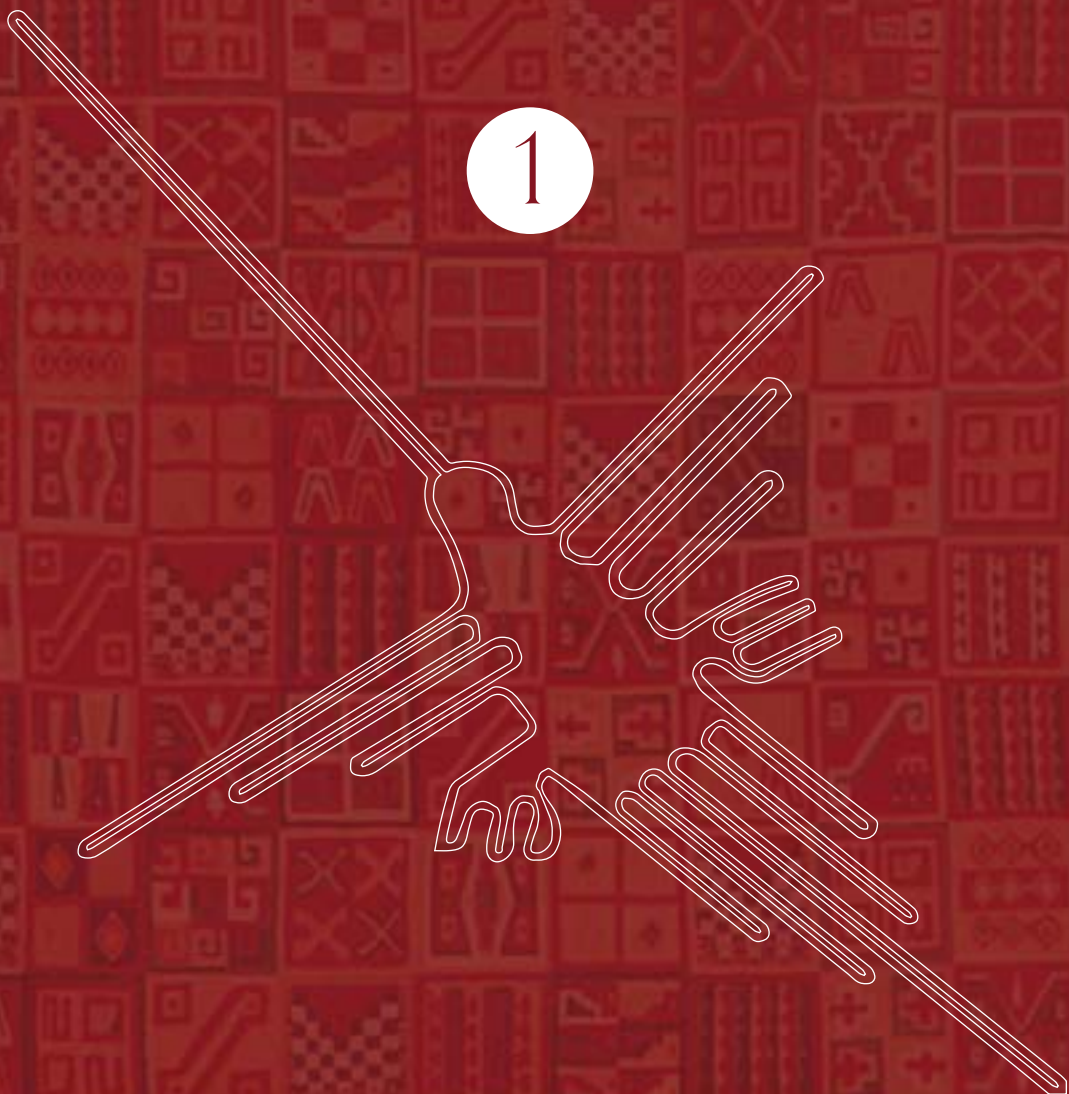


# ANUARIO PERUANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

CONSTITUCIÓN & PROCESO

2020 - 2021

1



ASOCIACIÓN PERUANA DE  
DERECHO CONSTITUCIONAL





**ANUARIO PERUANO  
DE DERECHO CONSTITUCIONAL  
CONSTITUCIÓN Y PROCESO  
2020 - 2021**

1

**ASOCIACIÓN PERUANA DE  
DERECHO CONSTITUCIONAL**

Director:

Víctor García Toma

Coordinadores:

Jhonny Tupayachi Sotomayor

Luis Herrera Bustinza



## **ANUARIO PERUANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL N.º 1**

### **Director**

Víctor García Toma

### **Coordinadores**

Jhonny Tupayachi Sotomayor

Luis Herrera Bustinza

### **Escriben en este número:**

Domingo García Belaunde • Víctor García Toma • Ernesto Blume Fortini • Jorge Luis Cáceres Arce • Jhonny Tupayachi Sotomayor • Nieves Lucana Mamani • Aníbal Quiroga León • Boris Espezuza Salmón • Bruno A. Novoa Campos • María Candelaria Quispe Ponce • Dante Martín Paiva Goyburu • Doris Cajincho Yañez • Meza Flores, Eduardo J. • Edwin Figueroa Gutarra • Enrique Pestana Uribe • Jimena Rodríguez Moscoso • Luis Benjamín Herrera Bustinza • Manuel Bermúdez-Tapia • Oscar Andrés Pazo Pineda • Rafael Rodríguez Campos • Raúl Yvan Lozano Peralta • Víctor García Yzaguirre

Edición: Octubre 2021

### **Copyright 2021**

**Instituto Pacífico S.A.C.**

### **Diseño, diagramación y montaje:**

Jose Carrascal

### **Edición a cargo de:**

Instituto Pacífico S.A.C.-2021

Jr. Castrovirreyna N.º 224-Breña

Central: 619-3700

E-mail: [prerensa@institutopacifico.pe](mailto:prerensa@institutopacifico.pe)

**Registro de Proyecto Editorial** :

**ISSN** :

**Hecho el Depósito Legal en la  
Biblioteca Nacional del Perú N.º** :

---

Derechos Reservados conforme a la Ley de Derecho de Autor.

Este libro está expuesto a fe de erratas.

Queda terminantemente prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, químico, óptico, incluyendo el sistema de fotocopiado, sin autorización escrita del autor e Instituto Pacífico S.A.C., quedando protegidos los derechos de propiedad intelectual y de autoría por la legislación peruana.

# JUNTA DIRECTIVA DE LA ASOCIACIÓN PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

**Domingo García Belaunde**

Presidente Honorario

**Ernesto Blume Fortini**

Presidente (lic.)

**Víctor García Toma**

Presidente (i)

**Jorge Luís Cáceres Arce**

Vicepresidentes

**Susana Castañeda Otsu**

Tesorera

**Luis Sanz Davalos**

Secretario

**Carlos Hakasson Nieto**

Vocal

**Paola Ordoñez Rosales**

Pro-secretaria



## PRESENTACIÓN

Uno de los temas pendientes de la actual gestión de nuestra querida Asociación Peruana de Derecho Constitucional, que a la sazón me honro en presidir, ha sido procurar la publicación de una obra de periodicidad anual, que tenga por objeto difundir los avances de nuestra disciplina y de sus afines, con énfasis en el caso peruano, aunque no limitado a él, sino más bien comprensivo de otras dimensiones, más allá de nuestra realidad nacional, a la cual hemos acordado denominar “Anuario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional”.

Por ello, me es sumamente grato y honroso a la vez comprobar que tal pendiente se ha convertido en realidad, al punto que estas líneas las escribo a manera de presentación de la materialización de tal empeño, en este primer volumen de nuestro Anuario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, esta vez correspondiente al presente año 2021, en el cual celebramos el bicentenario de la independencia nacional.

Para implementar tal empeño, es justo apuntar que la propuesta, pendiente de un buen tiempo atrás, mereció la aprobación unánime de nuestro consejo directivo, integrado por quien escribe estas líneas y por los destacados constitucionalistas Víctor García Toma, Jorge Luis Cáceres Arce, Susana Castañeda Otsu, Luis Sáenz Dávalos, Carlos Hakkanson Nieto y Paola Ordoñez Brounet, siempre bajo el concurso de nuestro presidente honorario don Domingo García Belaunde; oportunidad en la que se le encargó la responsabilidad del naciente proyecto a nuestro dialecto amigo, colega y actual Vicepresidente Víctor García Toma, confiriéndole al efecto todas las facultades del caso.

Arduos han sido los esfuerzos de Víctor García Toma, quien incorporó a su equipo a los colegas Jhonny Tupayachi Sotomayor y Luis Benjamín Herrera Bustinza, para hacer realidad nuestro anhelo. Y hoy vemos con gran satisfacción que los esfuerzos han dado fruto.

El lector comprobará que los diversos tópicos abordados por nuestros colaboradores, todos miembros de nuestra institución, constituyen aportes importantes a nuestra disciplina, a quienes les expreso el agradecimiento de nuestra institución.

**Ernesto Blume Fortini**  
**Presidente (Lic.)**





# INTRODUCCIÓN

## I. REMINISCENCIA GREMIAL

El despliegue del derecho constitucional en nuestro país ha sido progresivo, ello tanto desde la perspectiva de su reconocimiento como una disciplina capital; así como de las diversas manifestaciones académicas que han llevado a cabo en el tiempo. Dichos esfuerzos han asegurado que tenga preeminencia frente a otras áreas disciplinarias del derecho; máxime cuando la comunidad política se ha adscrito al Estado constitucional de derecho.

Si bien su avance fue limitado hasta buena parte del siglo xx, dicha situación cambió radicalmente con la elaboración de la Constitución de 1979, que generó un activismo académico que ha conllevado ininterrumpidamente a la expresiva existencia de un trabajo plural y diverso, lo cual ha sido acompañado de un cada vez más creciente impulso asociativo institucional.

En relación a la formación organizativa, cabe señalar que, en 1975, al celebrarse en México el Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, sesionó también el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, encargándosele a Domingo García Belaunde fundar el capítulo peruano. Dicha tarea fue cabalmente cumplida en 1976, designándose como primer presidente a José Pareja Paz-Soldán.

Ahora bien, la rigidez en la admisión de sus integrantes, que conllevó a que un limitado número de profesores pudieran cumplir con el perfil solicitado, no fue óbice para el desarrollo académico de esta primera asociación disciplinaria.

En ese contexto, la coyuntura política de los años 70's, la convocatoria a una Asamblea Constituyente en 1977, la sanción de la Carta en 1979 y la vuelta a la democracia en 1980, conllevó un viraje a la especialidad del derecho constitucional. Así, se inició un intenso debate académico, se realizaron certámenes académicos especializados, y se fundaron revistas particularmente dedicadas a la materia.

En el marco de debates públicos e investigaciones en universidades, se llegó al Primer Congreso Nacional de Derecho Constitucional, que se llevó a cabo en la Universidad de Lima en 1995.

Es así, que nace la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, la misma que fue formalizada en ceremonia especial en el hotel El Libertador en San Isidro el 1.º de agosto de 1995; la misma que convocó a diversos profesores en materia constitucional del país. La flamante institución tuvo como fundador y primer presidente al maestro Domingo García Belaunde, quien, junto a Edgar Carpio

Marcos, Luis Sanz Davalos, Alfredo Quispe Correa, entre otros distinguidos colegas, fueron los precursores de un ente asociativo que hoy reúne a más de 200 asociados provenientes de todos los rincones del país; y cuya proficua actividad ha generado el desarrollo de 12 Congresos Nacionales de Derecho Constitucional y 3 de Derecho Procesal Constitucional.

Dichos eventos han contado con la participación de los más importantes expositores nacionales y extranjeros; así como se ha dado cabida a los nuevos cultores de la especialidad.

La capacidad investigadora de los miembros de la asociación ha generado que hoy la Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional cuente con más de 40 números editados.

La Asociación Peruana en Derecho Constitucional ha logrado configurar un perfil importante como institución de promoción y divulgación jurídica; no solo por la calidad profesional de sus integrantes —docentes universitarios con obra publicada o magistrados constitucionales—, que ha hecho que el desarrollo académico de la especialidad tenga un bastión doctrinario sólido en el Perú; sino porque, además, ha incentivado la libertad expositiva y autonomía en la tarea de conocer las distintas posiciones doctrinarias de los asociados.

Cabe señalar que la proficuidad del debate académico tiene su sustento en los cambios normativos y jurisprudenciales; así como en la incansable tarea de institucionalizar el estudio al derecho constitucional y procesal constitucional dentro de sus asociados.

## II. NUESTRO PRIMER ANUARIO INSTITUCIONAL

Las instituciones no solo son sólidas por sus integrantes, sino, por los cimientos y la obra material existente que configuran su presencia en el medio, sobre todo en el ámbito jurídico. La Asociación Peruana de Derecho Constitucional, no ha estado ajena a la divulgación del trabajo académico de sus agremiados, adicionando en tal caso, además de los certámenes académicos desarrollados durante sus más de 25 años de existencia (que incluyeron en mucho de los casos libros de ponencias desarrolladas), la inclusión de permanente mecanismo de exteriorización de nuestra labor académica.

En esa línea, presentamos a la comunidad jurídica el “Anuario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional”, el cual que será editado en forma anual con la colaboración de nuestros asociados y cuyo objetivo temático se centrará en los temas constitucionales de coyuntura de se debatan en nuestro país, como también la divulgación de las actividades institucionales.

En el número inicial se podrá observar una pluralidad de colaboraciones transversales de las distintas promociones generadas en la especialidad.

Los trabajos que ponemos a consideración de los interesados en nuestra disciplina expresan las distintas corrientes que se han gestado al interior del derecho constitucional; y fundamentalmente tienen el afán de otorgar visibilidad académica a quienes en el futuro próximo tendrán a su cargo la responsabilidad de mantener el interés y el desarrollo desde la doctrina y la interpretación jurisprudencial, de los alcances del constitucionalismo en un mundo cambiante.

Esperamos que este primer esfuerzo se corone con su perdurabilidad en el tiempo. Para ello, contamos de antemano con el apoyo invaluable de cada uno de los asociados.

**Director**

Víctor García Toma

**Coordinador**

Jhonny Tupayachi Sotomayor



## ESCRIBEN EN ESTE NÚMERO

Domingo García Belaunde

Víctor García Toma

Ernesto Blume Fortini

Jorge Luis Cáceres Arce

Jhonny Tupayachi Sotomayor

Aníbal Quiroga León

Boris Espezúa Salmón

Bruno A. Novoa Campos

María Candelaria Quispe Ponce

Dante Martin Paiva Goyburu

Doris Cajincho Yañez

Meza Flores, Eduardo J.

Edwin Figueroa Gutarra

Enrique Pestana Uribe

Jimena Rodríguez Moscoso

Luis Benjamín Herrera Bustinza

Manuel Bermúdez-Tapia

Oscar Andrés Pazo Pineda

Rafael Rodríguez Campos

Raúl Yvan Lozano Peralta

Víctor García Yzaguirre



## TABLA DE CONTENIDO

Presentación .....	7
Introducción .....	9
Escriben en este número .....	13

### **LOS ORÍGENES DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ**

**Domingo García Belaunde**

I. El precedente: un concepto impreciso .....	23
II. Las familias jurídicas .....	24
III. La Comisión de 1981. Sus inicios .....	25
IV. Una comisión de profesores .....	28
V. Los debates de la Comisión .....	29
VI. La versión final promulgada .....	35
VII. Debates en torno al nuevo Código Procesal Constitucional .....	36
VIII. A manera de conclusión .....	38
IX. Un escolio: el precedente en los Estados Unidos .....	39
X. Bibliografía .....	39

### **LA EDUCACIÓN Y LA UNIVERSIDAD EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ**

**Víctor García Toma**

I. Introducción .....	45
II. La naturaleza jurídica de la educación .....	45
III. Los fines constitucionales del proceso educativo .....	49
IV. Las responsabilidades estatales en materia educativa .....	50
V. La libertad de enseñanza .....	51
VI. Las asignaturas obligatorias establecidas por la Constitución .....	52
VII. El caso de la educación religiosa .....	53
VIII. La gratuidad de la enseñanza .....	53
IX. Los derechos del educando .....	54
X. La educación y los medios de comunicación social .....	55

XI. Las universidades .....	55
XII. La Constitución y los fines de la universidad.....	58
1. La formación profesional .....	59
2. La difusión cultural .....	59
3. La creación intelectual y artística .....	59
4. La investigación científica y tecnológica.....	59
XIII. La autonomía universitaria.....	60
XIV. La naturaleza jurídica de la autonomía universitaria .....	62
XV. El contenido constitucionalmente protegido de la autonomía universitaria.....	62
XVI. Los límites jurídicos de la autonomía universitaria.....	66
XVII. El derecho fundamental a la libertad de cátedra y su relación con la autonomía universitaria .....	66
XVIII. El papel de la Superintendencia Nacional de Educación Universitaria (Sunedu) .....	70

## **SIGNIFICADO, IMPORTANCIA Y RETOS DEL BICENTENARIO PARA CONSOLIDAR EL ESTADO CONSTITUCIONAL PERUANO**

**Ernesto Blume Fortini**

I. Introducción.....	73
II. Los problemas de origen de la república.....	74
III. El significado y la importancia del bicentenario de la independencia nacional.....	76
IV. Los retos del bicentenario para consolidar el pleno Estado constitucional que todos anhelamos.....	77

## **LA CRISIS CONSTITUCIONAL REPUBLICANA ¿QUÉ NO DEBE IMITARSE?**

**Jorge Luis Cáceres Arce**

I. Elementos Constitucionales – Constituyentes: 1821 - 1860.....	81
II. Evolución del constitucionalismo peruano: 1860 -1930 .....	87
III. Crisis política y constitucional: 1930-1980.....	95
IV. Etapa de consolidación constitucional: 1980 - 2021 .....	101
V. Bibliografía .....	112

## **NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y SU REPERCUSIÓN EN LA DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO CASO PODER JUDICIAL**

**Jhonny Tupayachi Sotomayor / Nieves Lucana Mamani**

I. Principales cambios con relación a los procesos de tutela urgente.....	115
II. Aspectos relevantes y/o positivos con relación a los procesos de tutela urgente .....	118
III. Con relación al proceso de habeas corpus .....	119
IV. Habeas corpus contra resoluciones judiciales .....	121



V.	Modificaciones e incorporaciones de algunos artículos del Nuevo Código Procesal Constitucional que colocan al demandado en estado de indefensión.....	123
1.	Con relación de la ausencia de notificación a los magistrados del Poder Judicial.....	123
2.	Con relación a la prohibición del rechazo liminar en los procesos de tutela urgente.....	124
3.	Con relación a la restricción del uso de la palabra al demandado, en segundo grado.....	128
4.	Con relación a la actuación inmediata de sentencia de primer grado.....	130
VI.	Conclusión y propuestas .....	133

## **EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL PERÚ**

**Aníbal Quiroga León**

I.	Introducción.....	135
II.	Control difuso.....	136
III.	Control de convencionalidad.....	140
IV.	Parámetros y ámbitos de aplicación.....	144
V.	Aplicación en el Perú: caso Alberto Fujimori.....	146
VI.	Bibliografía.....	151

## **EL DERECHO INDÍGENA SURPERUANO: UNA LUCHA QUE NO CESA**

**Boris Espezúa Salmón**

I.	Discurrir del derecho indígena.....	153
II.	El pensamiento indigenista y el derecho .....	156
III.	Proyecto de Código Indígena .....	157
IV.	Sublevaciones indígenas y legislación tutelar.....	160
V.	Otros gestores, la educación y el contexto internacional.....	162
VI.	Evaluación actual de los aportes del Código Indígena .....	164
VII.	Bibliografía .....	167

## **EFFECTIVIDAD DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES: APUNTES DESDE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

**Bruno A. Novoa Campos**

I.	Efectividad de las resoluciones judiciales: apuntes desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.....	169
1.	Importancia del derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales.....	170
2.	Finalidad del derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales .....	172
3.	Responsabilidades que supone el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales.....	173
4.	Restricciones a la efectividad de las resoluciones judiciales.....	178

II.	Efectividad de las resoluciones judiciales: apuntes desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos .....	178
1.	Origen del artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.....	179
2.	Alcance del artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos .....	181
3.	Relación del derecho a la protección judicial con otros derechos reconocidos de la Convención Americana de Derechos Humanos.....	182
4.	Obligaciones del Estado .....	183
III.	Bibliografía .....	188

## **VIOLENCIA INSTITUCIONAL EN CONTEXTOS DE VIOLENCIA POR RAZÓN DE GÉNERO CONTRA LAS MUJERES. CREEDME: DE M.M (1997) A E. M. C. (2020)**

**María Candelaria Quispe Ponce**

I.	Introducción.....	191
II.	Violencia institucional en contextos de violencia por razón de género contra las mujeres .....	194
1.	La regulación jurídica de la violencia institucional en contextos de violencia por razón de género contra las mujeres .....	196
III.	Violencia institucional en contextos de violencia de género contra las mujeres en la jurisprudencia.....	197
1.	Violencia institucional en contextos de violencia de género contra las mujeres en la jurisprudencia del Comité CEDAW.....	198
2.	Violencia institucional en contextos de violencia de género contra las mujeres en la jurisprudencia de la Corte IDH.....	201
3.	Positivación de la violencia institucional en contextos de violencia por razón de género contra las mujeres en Argentina y México .....	205
IV.	Dos casos emblemáticos de violencia institucional en Juliaca. Creedme: de M.M. a E.M.C.....	208
V.	A modo de conclusiones:.....	212
VI.	Bibliografía:.....	214

## **QUO VADIS SENTIMIENTO CONSTITUCIONAL**

**Dante Martin Paiva Goyburu**

I.	Dos décadas del inicio del "Gobierno de transición":.....	215
II.	Patriotismo, cultura y sentimiento constitucional.....	217
III.	La visión del sentimiento constitucional en el Perú bicentenario .....	221
IV.	Invocaciones finales .....	223
V.	Bibliografía.....	225

## **DERECHOS COLECTIVOS EN EL PERÚ Y SU VINCULACIÓN CON LOS TRATADOS INTERNACIONALES**

**Doris Cajincho Yañez**

I.	Introducción.....	227
II.	Concepto de los derechos colectivos.....	228

III. Derechos colectivos en el Perú.....	229
IV. Marco normativo del Perú sobre el reconocimiento de los pueblos indígenas u originarios como titulares de derechos colectivos .....	231
V. Derechos colectivos en el derecho internacional de los derechos humanos .....	232
VI. Argumentos negativos que justifican el no reconocimiento de los derechos humanos colectivos.....	234
VII. Ideas fundamentales que justifican que los derechos colectivos no deben ser reconocidos porque no son exigibles.....	236
VIII. El reconocimiento de los derechos colectivos obedece a la evolución del derecho internacional de los derechos humanos .....	237
IX. Derechos individuales y derechos colectivos.....	238
X. Cambios en el ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios.....	238
XI. A modo de conclusión.....	239

## **CONTROL DIFUSO CONVENCIONAL Y SU RELACIÓN CON LA INDEPENDENCIA JURISDICCIONAL DE LOS JUECES CONSTITUCIONALES**

**Meza Flores, Eduardo J.**

I. Introducción.....	241
II. La jurisdicción constitucional y la función del juez constitucional.....	242
1. Jurisdicción constitucional.....	242
2. Control de constitucionalidad.....	243
III. Precisiones metodológicas .....	245
IV. El control de convencionalidad en las sentencias analizadas .....	245
1. Control de convencionalidad ex officio por los jueces .....	245
2. Jueces deben tener en cuenta las interpretaciones de la Corte IDH obligatoriamente .....	245
3. Control dinámico y complementario.....	246
4. Corte IDH y adecuado control de convencionalidad por los jueces constitucionales .....	246
V. Del control difuso constitucional al control difuso convencional y el rol del juez constitucional frente al juez supranacional.....	246
1. Control difuso convencional .....	247
2. Modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad .....	249
3. Rol del juez constitucional frente al juez supranacional.....	253
VI. Conclusiones.....	259
VII. Bibliografía .....	260

## **ACTIVISMO JUDICIAL: UNA TESIS DE DEFENSA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

**Edwin Figueroa Gutarra**

I. Introducción.....	261
----------------------	-----

II.	Activismo judicial: un esbozo de definición .....	263
III.	¿Estado jurisdiccional?.....	266
IV.	Niveles de activismo judicial .....	269
V.	Por un activismo judicial restringido como punto de equilibrio.....	272
	1. El juez activista y su argumentación intenta resolver los casos, y no eludir la decisión.....	274
	2. Se desconocen las ataduras interpretativas.....	274
	3. Se hace menos énfasis en el derecho objetivo conocido, dándole más flexibilidad a los jueces en el manejo de los mismos y en la selección de fuentes elegidas para resolver el caso.....	275
	4. La existencia de votos disidentes que denuncian un voto de mayoría que se aparta del Derecho puede servir de alerta.....	276
	5. El activismo judicial es una tarea de última ratio.....	276
VI.	Críticas al activismo judicial.....	277
VII.	Corte Suprema y activismo judicial.....	278
VIII.	Conclusiones provisionales sobre un tema en expansión.....	281
IX.	Bibliografía.....	282

**DEL JUEZ CONSTITUCIONAL AL JUEZ CONVENCIONAL.  
SOBRE LA EVENTUAL INAPLICACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN MEDIANTE EL  
CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD: LÍMITES Y POSIBILIDADES**

**Enrique Pestana Uribe**

I.	Nota preliminar .....	285
II.	La ubicación del derecho convencional dentro del ordenamiento jurídico interno.....	286
III.	La supremacía de los Tratados sobre Derechos Humanos.....	291
IV.	Control de constitucionalidad y control de convencionalidad.....	293
V.	La preferencia del derecho convencional por el juez nacional ordinario.....	301
VI.	Reflexiones finales.....	305

**OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS PARA LOGRAR LA EFICACIA DEL DERECHO AL  
TRABAJO EN LA ACTUALIDAD: UNA MIRADA DESDE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS,  
EL ENFOQUE DE DERECHOS Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL**

**Jimena Rodríguez Moscoso**

I.	Introducción.....	309
II.	Desarrollo.....	310
	1. Estimular la economía y el empleo.....	314
	2. Apoyar a las empresas, los empleos y los ingresos.....	314
	3. Proteger a los trabajadores en el lugar de trabajo.....	314
	4. Buscar soluciones mediante el diálogo social.....	314
III.	Análisis y discusión de resultados.....	316
IV.	Conclusiones.....	320
V.	Referencias bibliográficas .....	321

## **LOS CONSEJOS DE ESTADO: UN ANÁLISIS A RAÍZ DE LAS PROPUESTAS DE REFORMA CONSTITUCIONAL**

**Luis Benjamín Herrera Bustinza**

I.	Introducción.....	323
II.	Del contenido y alcance de las propuestas.....	324
III.	Los Consejos de Estado en la historia .....	325
1.	Los Consejos de estado en Europa.....	325
IV.	La libertad del legislador en la configuración de la organización política .....	330
V.	Análisis de las propuestas de reforma.....	331
VI.	El Consejo de Estado en la historia peruana moderna y su positivización .....	332
VII.	Reflexiones finales .....	334
VIII.	Bibliografía.....	335

## **EL INTERREGNO PARLAMENTARIO, LA CUARENTENA POR LA PANDEMIA DEL COVID-19 Y LA POST CUARENTENA: EVALUACIÓN DE ELEMENTOS CONSTITUCIONALES EN EL PAÍS**

**Manuel Bermúdez Tapia**

I.	Introducción.....	337
II.	Las contradicciones a nivel democrático y de gobernabilidad ad portas de un Bicentenario.....	338
III.	Entre la disolución del Congreso y la instalación del nuevo Congreso: El interregno parlamentario.....	340
IV.	Los elementos político-constitucionales que afectaron la gobernabilidad en el país antes del interregno parlamentario.....	341
V.	El control político y el equilibrio de poderes a la instalación del Nuevo Congreso en marzo del 2020.....	343
VI.	El conflicto técnico en la evaluación de la facultad legislativa del Poder Ejecutivo en el Congreso de la República.....	344
VII.	Los requerimientos sociales en el Perú.....	345
VIII.	La comunicación oficial ineficiente por parte del Gobierno Nacional ante una situación de Emergencia Sanitaria .....	347
IX.	El impacto de la pandemia del Covid-19 ante un deficiente Estado.....	348
X.	Conclusiones.....	349
XI.	Bibliografía.....	349

## **RELEVANCIA E IMPACTO DEL CONCEPTO DE IDENTIDAD CONSTITUCIONAL EN EL DERECHO ESTATAL Y SUPRANACIONAL**

**Oscar Andrés Pazo Pineda**

I.	Introducción.....	351
II.	Consideraciones acerca del concepto de identidad constitucional y su uso en el derecho comparado.....	352
III.	Reflexiones sobre la identidad constitucional peruana.....	362

IV. Conclusiones.....	369
V. Bibliografía.....	370

## **EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTESTA EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL PERUANA Y SU RELACIÓN CON EL PENSAMIENTO DE ROBERTO GARGARELLA**

**Rafael Rodríguez Campos**

I. Introducción.....	373
II. El derecho a la protesta en la jurisprudencia del tribunal constitucional.....	375
1. ¿Tiene sustento constitucional directo el invocado derecho fundamental a la protesta?.....	375
III. El derecho a la protesta en el pensamiento de Roberto Gargarella: una mirada constitucional y política .....	382
1. Aproximaciones.....	382
2. Afirmaciones.....	384
IV. Apunte final.....	387

## **LA VIGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN TIEMPOS DEL COVID-19**

**Raúl Yvan Lozano Peralta**

I. Introducción.....	389
II. Vigencia de los derechos fundamentales en tiempo de COVID-19 .....	389
III. Derechos fundamentales afectados .....	391
1. Derecho a la salud:.....	391
IV. Conclusiones.....	399
V. Recomendaciones .....	400
VI. Referencias bibliográficas .....	401

## **JUECES QUE SE APARTAN DE LOS PRECEDENTES VINCULANTES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: UNA PROPUESTA DE RECONSTRUCCIÓN**

**Víctor García Yzaguirre**

I. Introducción.....	403
II. Los precedentes del Tribunal Constitucional peruano .....	404
1. Jurisprudencia vinculante y precedentes vinculantes .....	404
2. Aplicabilidad de los precedentes .....	408
III. Precedentes del Tribunal Constitucional ¿ineludibles?.....	410
1. Modificación del alcance de un precedente .....	410
2. Pérdida de fuerza de un precedente .....	415
IV. Conclusiones.....	419
V. Bibliografía .....	420

# LOS ORÍGENES DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ\*

Domingo García Belaunde

**SUMARIO:** I. El precedente: un concepto impreciso.— II. Las familias jurídicas.— III. La Comisión de 1981. Sus inicios.— IV. Una comisión de profesores.— V. Los debates de la Comisión.— VI. La versión final promulgada.— VII. Debates en torno al nuevo Código Procesal Constitucional.— VIII. A manera de conclusión.— IX. Un escolio: el precedente en los Estados Unidos.— X. Bibliografía.

## I. El precedente: un concepto impreciso

Como tantas palabras del idioma castellano, la de “precedente” puede significar muchas cosas. Y así ha sido desde siempre. En materia jurídica y más en concreto en lo jurisprudencial, es toda aquella resolución que se dicta a través de un órgano jurisdiccional y que constituye un referente para terceros. Y esto ha tenido diversas modalidades y alcances entre nosotros. Una de ellas ha sido publicar sumillas de la jurisprudencia

suprema que tienen más bien un carácter orientador (y así se ha hecho desde 1906 con los *Anales Judiciales de la Corte Suprema de Justicia de la República* y también en dos publicaciones de larga influencia y hoy desaparecidas: *Revista de los Tribunales* desde 1931 y luego con la *Revista de Jurisprudencia Peruana* desde 1943).

En el campo de la docencia universitaria, la situación fue similar. Y, como muestra, señalemos dos ejemplos en el área civil y en la penal, que son materias

---

\* El presente texto desarrolla en amplitud temas expuestos anteriormente en diversos ensayos míos, en especial “El precedente constitucional: extensión y límites” en *Pensamiento Constitucional*, n.º 22, 2017, con abundante bibliografía a la que me remito y que es la versión definitiva. Al momento de la revisión final de este artículo, tuve conocimiento del magnífico libro de RUIZ RIQUERO, José Humberto, *La teoría del precedente vinculante y la argumentación interpretativa constitucional de la jurisprudencia*, Lima: Grijley, 2021, que lamentablemente no he podido utilizar como hubiera sido mi deseo (Nota de junio de 2021).

básicas para la formación del futuro abogado. En cuanto a lo primero, Jorge Eugenio Castañeda publicó un *Código Civil* con comentarios después de cada artículo, al cual le seguía una selección de jurisprudencia relevante de la Corte Suprema de Justicia. Por otro lado, Julio Espino Pérez hizo lo mismo con el *Código Penal*, y por eso fueron de uso obligado en la década del sesenta y setenta del siglo pasado, en las principales universidades del país. Y que alcanzaron ambas varias ediciones de largo tiraje, no solo por la fidelidad a las fuentes, sino porque contenía jurisprudencia que servía para mejor entender los dispositivos del Código y además ser orientadores para el litigio.

Es decir, la jurisprudencia siempre fue un referente necesario, si bien no obligaba en sentido estricto, con las excepciones que nunca faltan. Hoy existen otras modalidades de crear obligatoriedad (como es el caso de los “Acuerdos Plenarios” de la Corte Suprema, si bien lo es por áreas) y precedentes administrativos (como en el caso del Tribunal Fiscal), así como legislación positiva, pero que es reciente. La primera vez que aparece en el derecho positivo peruano, *ipso nomine*, fue en 1982, con la Ley de Habeas Corpus y Amparo n.º 23506. Veamos cómo, pero repasemos antes el contexto dentro del cual nos movemos.

## II. Las familias jurídicas

Para ubicarnos mejor, es bueno que tengamos presente que, así como hay

lenguas, culturas y religiones esparcidas en todo el mundo, existen distintos sistemas jurídicos que han sido materia de estudio de los comparatistas y que hay que tener presente. Entre lo relativamente reciente se tiene la obra del gran comparatista francés René David; mientras que más cercanamente de los tratadistas alemanes, están Konrad Zweigert y Hein Kötz, que han precisado mucho las clasificaciones de las llamadas familias jurídicas, sin dejar de lado la importancia de la familia romanista, romano-germánica o romano canónica, que es en la cual nos movemos. Al margen de que algunos estudiosos consideran conveniente hacer más clasificaciones, si bien no independientes, como aquellas que postulan la existencia de un derecho latinoamericano<sup>1</sup>.

Dentro de esta clasificación se encuentra la llamada familia del “common law” que, siendo posterior al romanismo, ha desarrollado instituciones propias y modalidades interesantes. De ahí viene el concepto de “precedente” que no califica como “vinculante” ni “obligatorio”, porque no es necesario decirlo. Y que cubre todo el ordenamiento y no una de sus parcelas. Su alcance viene dado por el sistema que se caracteriza por el “stare decisis” y la figura, más coloquial que jurídica, del “leading case”.

1 Cfr. Somma, Alessandro, *Introduzione al diritto comparato*, Roma-Bari: La Terza, 2014, pp. 70-92. Un intento de concretar esta idea lo vemos en Rabinovich-Nekerman, Ricardo D., *Principios generales del derecho latinoamericano*, Buenos Aires: Astrea, 2017.



Existente en Inglaterra, y sobre todo en los Estados Unidos de América, se ha ido extendiendo a gran parte de los estados, si bien lentamente, sobre todo en América Latina y con su flexibilidad. En el Perú, con prácticas similares y como fruto jurisprudencial, solo se incorporó a su derecho positivo en 1982, como en detalle lo vemos a continuación.

### III. La Comisión de 1981. Sus inicios

Mediante Resolución Suprema N.º 059-81-JUS de 1 de septiembre de 1981, el entonces Ministro de Justicia, doctor Enrique Elías Laroza, nombró una comisión integrada por Pedro Arnillas Gamio, Alberto Borea Odría, José León Barandiarán Hart, Javier Velarde Santa María y yo, como su presidente, a fin de preparar un proyecto de ley que regule las acciones de habeas corpus y amparo, instituciones diseñadas en su forma moderna en la entonces reciente Constitución de 1979. Entiendo, por la información que recibí entonces, que la idea partió del ministro Elías Laroza y que tuvo el apoyo entusiasta del presidente Belaunde. La Comisión se instaló formalmente el 4 de septiembre de 1981, con la asistencia del ministro de Justicia, el viceministro Ernesto Blume Fortini y el secretario general Jorge Power Manchego-Muñoz (*El Peruano*, 5 de septiembre de 1981). Sesionó más de tres meses, una vez a la semana, y por varias horas, en el local del Ministerio de Justicia, entonces alojado en la zona lateral derecha del Palacio de Gobierno

y con salida a la calle de Pescadería, y presentó su Anteproyecto y correspondiente Exposición de Motivos. Esta última se publicó en el diario oficial *El Peruano* con fecha 7 de febrero de 1982. Mediante Resolución Suprema N.º 152-81-JUS de 10 de diciembre de 1981, se dio por concluidas las labores de la Comisión y se agradeció a sus miembros por la labor realizada.

La Comisión fue sin lugar a dudas un lugar de encuentro y diálogo constructivo. Y, si bien todos colaboraron e hicieron posible su concreción, lo cierto es que la presencia de Alberto Borea fue decisiva, ya que era un especialista muy calificado y, además, profesor de la materia. Y, sin falsas vanidades, debo decir que mi colaboración también fue de relieve. Debo recordar que cuando originalmente me llamó el doctor Enrique Elías Laroza, a quien conocía muy bien desde los claustros universitarios, le propuse que nombrase como miembro de la Comisión a Javier Valle-Riestra, pero este se negó a aceptar el encargo, excusándose en su condición de congresista en aquella época (era diputado por Lima). No obstante, asistió a muchas de nuestras sesiones y nos brindó su invaluable apoyo. En términos generales, podría decir lo siguiente:

- a) la parte preliminar, la redacté y presenté yo,
- b) la parte de Amparo, la presenté y defendió Alberto Borea,
- c) la parte de Habeas Corpus la preparó y nos la remitió Javier Valle-Ries-

tra, que no solo nos acompañó en el debate interno de la Comisión, sino que igual lo hizo en el hemisiciclo, cuando nuestro proyecto fue discutido en el Congreso.

La presentación de estos tres proyectos fue materia de intensa discusión, llegándose a acuerdos que finalmente se plasmaron en el anteproyecto. Sin embargo, no fue así en todos los casos. Borea planteó, entre otros temas, el problema de la queja deficiente, la inconstitucionalidad por omisión y sobre todo el hecho de que el Estado no pueda iniciar un proceso constitucional contra el mismo Estado (hoy se ve, por ejemplo, cómo la SUNAT demanda al Tribunal Fiscal en forma desenfadada y el Tribunal Constitucional no hace nada). Y si bien todo giró en torno a los tres proyectos presentados, lo cierto es que los demás miembros de la Comisión tuvieron un importante cometido por sus observaciones y sugerencias. Un tema aparte que abordó la Comisión fue el de la jurisdicción supranacional, en el cual fue de nuestra gran ayuda el proyecto y la información que nos proporcionó César A. Delgado Guembes y que prácticamente se aprobó tal cual.

Centrándome ahora en el tema del precedente, debo decir que, de acuerdo a la Exposición de Motivos, se dice lo siguiente en relación con lo nuestro: “El artículo 9 establece la jurisprudencia obligatoria en materia de Habeas Corpus y Amparo [...]”. Cabe anotar que esta propuesta de artículo, incluida en la parte preliminar, fue mía, y se

aceptó, sin mayor discusión por los demás miembros, tal la incorporé en el Anteproyecto que, conjuntamente con la Exposición de Motivos, fue redactada por mí, con el apoyo y aprobación de los demás miembros.

El trabajo durante esos meses fue de cordialidad, diálogo en el trabajo e intercambio de ideas. Solo en un punto hubo una discrepancia insalvable con Alberto Borea, que lo puso de manifiesto en opinión singular y así aparece en la parte final de la Exposición de Motivos. En el debate parlamentario, se eliminó la parte que habíamos dedicado al Tribunal de Garantías Constitucionales, el cual se dejó para más adelante y nuestra ley, con ligeros retoques, se aprobó tal cual. La versión oficial de la ley publicada en el diario oficial *El Peruano* el 8 de diciembre de 1982, dice lo siguiente en su artículo 9:

Las resoluciones de Habeas Corpus y Amparo sentarán jurisprudencia obligatoria cuando de ellas se puedan desprender principios de alcance general. Sin embargo, al fallar en nuevos casos apartándose del *precedente*, los jueces explicarán las razones de hecho y de derecho en que sustenten la nueva resolución. [Énfasis agregado]

¿Qué fue lo que me decidió por esta opción que, sin dubitación alguna, fue compartida y aceptada generosamente por mis colegas? A la distancia, pienso que se debió a dos motivos. Uno de ellos era lo que entonces se hacía en la Corte Suprema de Justicia: las “Circulares” que preparaba para que las Cortes Superio-

res de provincias lo tuviesen presente en el caso de nuevas leyes y problemas recurrentes y que se fallase de acuerdo con los criterios plasmados en ellas, las que posteriormente se recogían en los *Anales Judiciales*. Cuando mi padre fue presidente de la Corte Suprema de Justicia (1967-1969) colaboré con él, muy modestamente, en algunas de ellas. Lo otro es el conocimiento del “precedente” en el “common law” de Norteamérica, que lo hizo posible mi estancia en la Escuela de Derecho de la Universidad de Wisconsin en 1969, y que en parte había utilizado en mis materiales de enseñanza de la Universidad Católica desde 1970. Mi interés en la jurisprudencia y su sistematización empezó entonces y ha estado siempre presente en mi labor académica, como se puede apreciar desde mi juvenil libro *El Habeas Corpus interpretado* de 1971.

La importancia de este texto de 1982, es que es el primero que incorpora en el derecho positivo peruano el concepto de “precedente” con todas sus letras, aun con sus limitaciones. Su redacción quizá no fue muy afortunada, pero en sustancia recogió lo que es un precedente. Por eso su aparición marca un inicio, a pesar de que, como sucede con todas las innovaciones, su influencia no fue grande. La ley, sin embargo, fue muy bien aceptada por la comunidad jurídica de entonces. Recuerdo que el doctor Max Arias-Schreiber Pezet, decano entonces del ilustre Colegio de Abogados de Lima, organizó un debate con nosotros como expositores en el

auditorio principal del Colegio y con una gran concurrencia de abogados.

Con posterioridad a la Ley N.º 23506, se dieron otros cambios y modificaciones a la ley que, si bien no afectaron lo sustancial, fueron de interés. En esta segunda etapa, la actividad de Borea fue fundamental (en especial con la Ley N.º 25398) a lo que luego siguieron otras normas que pretendieron desactivar este planteo garantista. El ciclo se cerró poco después de 1993.

La Ley N.º 23506 tiene, según entiendo, una enorme trascendencia, pues ensaya por vez primera un enfoque integral para la defensa de los derechos fundamentales a través de procesos específicos, lo que antes no existía. Como se recuerda, el *Habeas Corpus* se introduce por vez primera en el Perú mediante ley de 21 de octubre de 1897, para la sola protección de la libertad personal. Y se eleva a nivel constitucional recién en la Carta de 1920. Ese mismo año, la tramitación del habeas corpus se inserta en el Código de Procedimientos en Materia Criminal y considerado como “recurso”. Lo mismo se reitera en 1940 en el Código de Procedimientos Penales. Este camino se cierra, por así decirlo, con la Ley N.º 23506, que es la más importante en este rubro en la última centuria, pues cierra un período y abre otro.

El posterior y vigente Código Procesal Constitucional es un paso adelante, que necesariamente se apoyó en lo existente.

Finamente, cabe aclarar que en el mencionado artículo 9 de la Ley N.º 23506, se utilizan como sinónimos los términos “jurisprudencia obligatoria” y “precedente”. Esto en parte por razones de fraseo y en parte porque ambos se refieren a lo mismo y no a dos situaciones distintas que, de ser el caso, lo habríamos dicho. En efecto, en forma pacífica, la doctrina sostiene que el “precedente” es prácticamente lo mismo que el “stare decisis”, ya que los jueces al momento de resolver, siempre miran al pasado para obtener información y respuestas a los casos que se les plantean y extraer normas que les sean aplicables. Y al hacerlo así, contribuyen a dar consistencia y predictibilidad al derecho.<sup>2</sup>

#### IV. Una comisión de profesores

Cuando se aprobó y puso en marcha la Constitución de 1993, esta presentó un nuevo perfil de la defensa de la Constitución en dos niveles: a) la creación de nuevas “acciones de garantía”, que así se les llamaba entonces, y ii) la distinta configuración del nuevo órgano concentrado al que se le dio más competencias y distinta composición, así como el cambio de nombre (Tribunal Constitucional, en reemplazo del nombre adoptado en la Constitución de 1979: Tribunal de Garantías Constitu-

cionales, que venía de la Constitución española de 1931).

En ese contexto, la Ley N.º 23506, a pesar de haber sido sometida a reformas debido a los cambios constitucionales, se encontraba desfasada. Fue así que en mayo de 1994 tuve un encuentro casual con Juan Monroy Gálvez en la sala de profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, en donde ambos enseñábamos, y fue ahí donde hablamos largo sobre la protección constitucional de los derechos. Me dijo, entre otras cosas, que la nueva Constitución había cambiado la nomenclatura de los derechos y que además era necesario revisar la Ley N.º 23506 para darle una mayor fisonomía procesal (como, por ejemplo, precisar que las acciones de garantía señaladas en la Constitución eran en puridad procesos constitucionales). Admití que tenía toda la razón, por lo que me propuso crear una Comisión *ad hoc* al margen del Estado (no olvidemos que vivíamos bajo la dictadura de Fujimori) y con colegas que nosotros escogeríamos de común acuerdo, que tuviesen capacidad de aportar a nuestro proyecto. Este intercambio de ideas duró en implementarse algunos meses, en parte por algunos problemas familiares que yo tuve que afrontar. Entre tanto, en su carta de 3 de junio de 1994, Juan Monroy me había adelantado opinión en el sentido de que este proyecto nuestro debíamos denominarlo “ley procesal constitucional”.

2 Véase, HALL, Kermit L. (ed.), “Precedent”, en *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, Nueva York: Oxford University Press, 2005.

Acordada la agenda, nos pusimos a la tarea de buscar nombres, así como hablar con los interesados, hasta que finalmente se fijó su composición final. Fuimos: Arsenio Oré Guardia, Francisco J. Eguiguren Praeli, Jorge Danós Ordoñez, Samuel B. Abad Yupanqui, Juan Monroy Gálvez y yo.

La Comisión se instaló el 16 de marzo de 1995, en donde se elaboró una agenda común. Acordamos algunos asuntos previos: Samuel Abad sería el encargado de la agenda y de las comunicaciones con los demás miembros (lamentablemente no previmos la confección de actas y solo quedan apuntes de algunas acuerdos o sesiones que hicimos algunos de nosotros) y yo como coordinador de la Comisión. El local donde funcionamos los primeros tres largos años —que fueron los más intensos y productivos— fue el de la Comisión Andina de Juristas ubicado en la calle Los Sauces. Luego pasamos al Estudio Javier de Belaunde, en la calle Miguel de Cervantes y finalmente en 2001 al Estudio Monroy, en la calle Roma, donde terminamos nuestra labor en 2003. Todos ellos en el distrito de San Isidro.

La idea era hacer una ley general, que tendría la calidad de orgánica, ley reguladora, ley procesal, ley de procesos constitucionales, ley procesal constitucional (como me propuso Juan Monroy) o ley de jurisdicción constitucional, al estilo de Costa Rica. Solo meses más tarde y luego de vacilaciones, optamos

por la de “Código” a mediados de 1997, por sugerencia de Jorge Danós, y teniendo presente que existía aprobado en la legislatura provincial de la provincia de Tucumán (Argentina) y desde 1995, un Código Procesal Constitucional —iniciativa de nuestro amigo Sergio Díaz Ricci— y que, por desidia del gobernador, solo se promulgó en marzo de 1999<sup>3</sup>.

## V. Los debates de la Comisión

Según comunicación de Samuel Abad remitida a todos nosotros el 23 de junio de 1995, la primera sesión de trabajo de la Comisión ad-hoc luego de la instalación, sería el 5 de julio de 1995 a las 19 horas, en el local de la Comisión Andina de Juristas. Ese día se iniciaría el debate teniendo como referente un “Anteproyecto sobre principios generales y aspectos constitucionales”, elaborado por mí para iniciar nuestro trabajo y que fue remitido con la debida anticipación a todos los miembros para su lectura. Ahí introduje el tema del precedente en el artículo 14 de mi proyecto —que era en sustancia el artículo 9 de la Ley N.º 23506—. Fue discutido ampliamente y aprobado todo el proyecto con algunos cambios, pero el artículo 14 se mantuvo tal cual, quedando pendiente de hacer un agregado específico sobre el Tribunal Constitucional y su jurisprudencia.

3 Cfr. DÍAZ RICCI, Sergio, “*El primer Código Procesal Constitucional de Latinoamérica*”, en *Revista Peruana de Derecho Público*, n.º 1, Lima: julio-diciembre del 2000.

Mediante comunicación de 15 de septiembre de 1995, Samuel Abad nos remite un primer proyecto de lo acordado hasta ese momento. Ahí vemos el avance en esta materia, lo que incluye una nueva numeración:

ARTÍCULO 13. JURISPRUDENCIA OBLIGATORIA. -Las resoluciones de habeas corpus, amparo, habeas data y acción de cumplimiento, sentarán jurisprudencia obligatoria cuando de ellas se puedan desprender principios de alcance general. Sin embargo, al fallar en nuevos casos apartándose del precedente, los jueces fundamentarán en forma expresa las razones de hecho y de derecho en que sustenten la nueva resolución, bajo responsabilidad. Los jueces y tribunales deben interpretar y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos. [Énfasis agregado]

Es decir, a esta fecha ya estaba prácticamente formulado y aprobado un esquema sobre el precedente que, con idas y vueltas, terminó siendo el texto legal de 2004. Lo interesante de este artículo es lo siguiente: tiene dos párrafos, el primero de los cuales es mi propuesta en la primera sesión de trabajo de la Comisión y que proviene en sustancia del artículo 9 de la Ley N.º 23506. La segunda parte es nueva y ha sido introducida en el debate posterior como un complemento, en el cual se precisa cual es el papel del Tribunal Constitucional dentro del uso del precedente. Así fue pensado y

propuesto por Jorge Danós Ordóñez desde un primer momento y en el entendido que era un segundo párrafo del mismo artículo e inspirado en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional N.º 26435 de 1995. O sea, un solo tema dividido en dos y que se mantendría en el debate hasta el final, con los ajustes que el debate imponía.

El 8 de enero de 1996, Samuel Abad nos envía una carta circular adjuntando un proyecto general, que será materia de debate. Este proyecto incluye el Título I, cuyo artículo VII tiene esta sumilla: *Jurisprudencia obligatoria*. Y que es básicamente igual al anterior. Mediante carta de 18 de enero de 1996, Samuel Abad nos envía el cronograma adoptado para los temas pendientes y así poder terminar el primer borrador de la nueva ley. Los temas —con excepción de la parte preliminar que ya ha sido vista— se distribuyen de la siguiente manera:

Amparo: Eguiguren/Abad

Habeas Corpus: Oré

Cumplimiento: Danós/Abad

Habeas Data: García B.

Acción Popular/Competencia/Inconstitucionalidad: Danós

Medida cautelar amparo: Monroy

Disp. Finales: García B./Monroy

Hace falta una precisión: salvo la parte preliminar que por propia iniciativa presenté yo como se ha visto, se acordó repartir los temas entre todos los miembros, de manera tal que luego

de la distribución del trabajo, cada uno preparaba su proyecto para su discusión y aprobación. Hecho esto, se juntaban todas las partes y así se tenía un primer borrador que sería discutido en varias sesiones, hasta llegar a la versión final y definitiva, que solo estaría lista en 2003. Si bien para efectos prácticos el texto estuvo casi terminado a fines de 1999 y redondeado en 2001, esto fue en debates de varios meses de los que aquí se da cuenta solo de los principales, como en detalle veremos más adelante. En ellos nada impedía que cada cual pudiese intervenir en los demás temas. Y, además, en medio de un ambiente de camaradería y colaboración, en la cual cada uno deba lo mejor de sí y de su experiencia, al final, los resultados eran fruto de un cambio de ideas y experiencias comunes, en aras de llegar a resultados consensuados.

Así, por ejemplo, Francisco J. Eguiguren tuvo destacada participación en la parte relativa al Habeas Data y los derechos que protege, para superar la rigidez constitucional; e igualmente se interesó especialmente en algunos puntos relacionados con las causales de improcedencia del Amparo, sobre lo cual tenía artículos publicados de interés (principalmente sobre el contenido constitucionalmente protegido del derecho y su carácter residual).

Por su parte, ciertos giros eminentemente procesales fueron la preocupación permanente de Juan Monroy Gálvez, como es fácil apreciar en la versión final de nuestro proyecto.

Un aspecto importante en nuestro proyecto, que ya he adelantado, es el relativo a la *subsidiaridad* del Amparo, que está incorporado en los arts. 5 y 45 del Código Procesal Constitucional. Dicho punto fue objeto de un debate relativamente breve y que no tuvo mayor discusión, pues hubo un consenso. Para entender esto, hay que recordar que la Ley N.º 23506 señaló en su artículo 6, inc. 3 una situación tal que permitía que el justiciable o demandante, utilizase, indistintamente, la vía extraordinaria de las “acciones de garantía”, o la ordinaria (o sea, la que señalan básicamente los códigos procesales civil y penal). Esto obedeció a una situación determinada que existía en el mundo judicial y fue fruto del momento. En efecto, en el período 1981-1982 en que se redacta y aprueba dicha norma, salíamos de la dictadura militar que gobernó al país en dos etapas y por un total de doce años: 1968-1980, la que había intervenido y sometido al Poder Judicial, y que no era garantía de nada. Por tanto, teniendo esa experiencia a la vista, señalamos que el interesado podía recurrir a las vías ordinarias o a las “acciones de garantía”, a voluntad. Es decir, se convirtió en una libre elección del interesado o, mejor dicho, en una opción de cada cual. Pasado el tiempo, la situación era otra, motivo por el cual pensamos todos —sobre todo por iniciativa de Francisco Eguiguren, apoyado por Samuel Abad— que había que crear, en principio, un proceso con requisitos previos y esto incidía sobre todo en el amparo, para que sea residual, es decir,

subsidiario y solo cuando no existían vías adecuadas. Y así quedó al final, apoyado por todos los miembros de la Comisión, si bien con algunas pequeñas imprecisiones, que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha señalado. Esto, por cierto, no ha creado una menor carga procesal, pero sí ha ordenado nuestro panorama de defensa de los derechos fundamentales.

Continuando con nuestras labores, en mayo de 1996 se tiene un primer proyecto general. Se mantiene lo de “jurisprudencia obligatoria” que pasa a ser el art. VIII del Título Preliminar. El proyecto tiene un total de 90 artículos y varios más de disposiciones finales.

Una reunión de trabajo con Néstor P. Sagüés, Vladimiro Naranjo y Francisco Fernández Segado, entonces en Lima, lleva a elaborar un nuevo proyecto general y revisado en julio de 1996. Se mantiene el artículo VIII del Título Preliminar, con la sumilla siguiente: “Vinculación del precedente jurisprudencial”.

En julio de 1996, el que entonces llamamos “Anteproyecto de ley reguladora de los procesos constitucionales” mantiene el artículo VIII en los términos antes expuestos y cubre todo el espectro.

En enero de 1997 se presenta un nuevo “Anteproyecto” con innovaciones. El artículo sobre el precedente pasa a ser el número VI del Título Preliminar. El proyecto circuló entre manos amigas y mereció una nota, meramente infor-

mativa, en el diario oficial *El Peruano* de 25 de febrero de 1997.

Luego de algunos meses de reuniones distanciadas, se arriba a un nuevo proyecto que recoge lo anterior y queda consagrado el artículo VIII del Título Preliminar, como desarrollo del anterior art. 13.

Tras intercambios telefónicos y por carta —fax y email— se envía la versión final a todos los miembros de la Comisión para sus comentarios y propuestas y poder tener listo un nuevo texto a mediados de 1998. Entre los comentarios recibidos destaca una larga y detallada carta de nueve páginas que envía Juan Monroy Gálvez el 30 de julio de 1998, en donde repasa críticamente todo el proyecto, señala ligeras diferencias con lo acordado y hace diversas sugerencias, pero no objeta el uso de “jurisprudencia obligatoria” ni el de “precedente” que entonces se manejaba. Una versión de 2001 circula sin mayores cuestionamientos y es publicada por Aníbal Quiroga León, con una nota de presentación<sup>4</sup>.

La última y definitiva revisión del proyecto se aprobó a mediados de 2003, en donde se hizo una revisión total y quedó firme el 23 de septiembre del 2003. Aquí vemos en el Título Preliminar:

---

4 En *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.º 1, enero del 2004, pp. 251-282. Editada en México y que tendrá una gran circulación.



- i) la parte final del artículo VI que establece la obligación de los jueces de seguir las resoluciones del Tribunal Constitucional y
- ii) el artículo VII que es el precedente propiamente dicho.

El trabajo de la Comisión prácticamente finaliza en 2000 y entramos en un compás de espera, con reuniones eventuales en el período 2000-2003. A fines de 1998, Alfredo Quispe Correa, entonces Ministro de Justicia de Fujimori, me buscó para pedirme el texto de nuestro proyecto para publicarlo en el diario oficial *El Peruano*, como paso previo para pedirle al presidente Fujimori su debate en el Congreso. Conversé el tema con mis colegas y se opusieron y todo quedó ahí. Se lo informé a Quispe Correa y me entendió.

El cambio político nos ayudó. Fujimori participó en el proceso electoral para un tercer período, lo cual fue su gran error. Inició uno nuevo en julio del 2000 y en noviembre renunció al cargo desde el Japón y por fax. Un gobierno presidido por Valentín Paniagua, entonces presidente del Congreso, asumió la transición hasta julio del 2001. Un nuevo período constitucional lo inauguró Alejandro Toledo, que cubre el quinquenio 2001-2006. Se presentaba así una nueva posibilidad para hacer realidad nuestro proyecto.

De la correspondencia cursada y recibida entonces —ya que habíamos enviado nuestro proyecto final a diversas autoridades y colegas pidiéndoles su

opinión— rescato aquí el email de Luis A. Huerta de 26 de mayo del 2003, que nos hizo atenciones interesantes sobre el precedente. Por la misma época, e incidiendo en lo mismo, lo hizo Nelson Ramírez. Recibimos comentarios de algunas cortes superiores del país que nos sugerían, muy cordialmente, algunos cambios en nuestro proyecto. Lamentablemente las encontramos, casi todas, muy voluntariosas, pero sin mayor comprensión del tema. Algunos fiscales nos solicitaron no eliminar el dictamen fiscal en los procesos de Habeas Corpus, pues al parecer se sentían incómodos de que les quitásemos “trabajo”. La verdad es que, por consenso, todos optamos por quitar al Ministerio Público toda intervención, pues la experiencia había demostrado que este era, precisamente, el cuello de botella que retrasaba los procesos constitucionales y que además no aportaba gran cosa. Lamentablemente, en este punto y en lo referente a los municipios (art. 15 del Código Procesal Constitucional), el Congreso durante la discusión del proyecto, introdujo una excepción que aún se mantiene.

La versión final del proyecto, debidamente revisado y corregido, fue aprobado el 23 de septiembre del 2003. Ahí se mantiene, en sustancia, el artículo VII del Título Preliminar, pero la sumilla se ha acortado: dice solo “Precedente”.

El último párrafo del artículo VI del Título Preliminar señala la obligación de los jueces y tribunales de interpretar de acuerdo a las resoluciones del Tribunal Constitucional, que venía desde antes, y

que es simplemente una deducción del artículo VII sobre el precedente, pero puesto en forma aislada. Esto ha dado pie a una creación heroica del Tribunal Constitucional distinguiendo el “precedente” de la “doctrina jurisprudencial”, lo cual es una curiosidad innecesaria.

Por iniciativa de Pedro P. Grández y de su editorial Palestra, editamos nuestro anteproyecto, previamente revisado en septiembre del 2003. Preparamos una exposición de motivos fechada en octubre del 2003 y el libro salió en noviembre del 2003 y tiene la siguiente ficha:

Samuel Abad Yupanqui— Jorge Danós Ordóñez—Francisco J. Eguiguren Praeli Domingo García Belaunde—Juan Monroy Gálvez—Arsenio Oré Guardia

Código Procesal Constitucional  
Anteproyecto y legislación vigente  
Palestra Editores, Lima, 2003, pp. 184

El artículo VI del Título Preliminar se mantuvo tal cual. Y también el siguiente artículo VII, cuyo texto final es así:

Artículo VII.— Precedente.  
Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos en los que sustenta tal decisión. [Énfasis agregado]

Este proyecto circuló ampliamente y, apoyado por la editorial Palestra, se difundió en provincias a través de seminarios a los que viajamos varios de nosotros en esos días. A mí me tocó participar en un evento en Piura, donde tuve el gusto de conocer personalmente a Luis Castillo Córdova, de quien tenía importantes referencias. Otros colegas lo hicieron en Lima y algunos en Arequipa, con el apoyo del Tribunal Constitucional.

Todo esto fue debatido en el parlamento durante el año 2003 y aprobado a inicios del 2004. Fue promulgado en mayo del 2004 por el presidente Toledo en una ceremonia especial en la sede del Tribunal Constitucional en el jirón Ancash, en la conocida como “Casa de Pilatos” — con la intervención mía por parte de la Comisión de profesores y la de Javier Alva Orlandini, como presidente del Tribunal Constitucional — y publicado en el diario oficial *El Peruano* de 31 de mayo del 2004. La parte final de nuevo Código preveía una *vacatio legis* y por tanto el nuevo Código entró en vigencia solo el 1 de diciembre del 2004. La idea que tuvimos en mente era que en ese período de seis meses, hubiese un plan ordenado de capacitación para los jueces, en quienes estaría la responsabilidad del manejo de los procesos constitucionales. Y efectivamente, la Academia de la Magistratura convocó en ese período a diversos profesores de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional, para impartir cursillos específicos sobre el nuevo Có-

digo, con materiales de enseñanza, del cual salieron diversos ensayos que se publicaron luego.

Se encargaron de esos cursos, entre otros, los siguientes profesores: Eloy Espinosa-Saldaña Barrera (Modulo I: Alcance, Título Preliminar y Disposiciones Generales del Código Procesal Constitucional); Luis Sáenz Dávalos (Módulo II: Procesos Constitucionales y Órganos Competentes); Susana Castañeda Otsu (Módulo III: Interpretación de los Derechos a la luz de los Tratados Internacionales); Edgar Carpio Marcos (Modulo IV: Control Difuso e Interpretación Constitucional. El Control Judicial de Constitucionalidad de las Leyes y el Código Procesal Constitucional) y José F. Palomino Manchego (Modulo VI: El Efecto Vinculante de las Sentencias del Tribunal Constitucional).

En la actualidad y hasta donde alcanza mi información, este interés ha decaído y se ha dado preferencia a otro tipo de materias. Por lo demás, la capacitación de los jueces por parte de la Academia de la Magistratura ha venido a menos en los últimos años. En parte, por carecer de recursos para otorgar becas integrales a los jueces, que reemplacen los cursos nocturnos o de fin de semana, que no son una buena opción pedagógica.

## VI. La versión final promulgada.

Finalmente, el Código Procesal Constitucional trajo la siguiente redacción:

Artículo VII.— Precedente.

Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

Como puede apreciarse, este texto es básicamente el que se planteó y aprobó en la primera reunión de 1995, con los ajustes y afinamientos que se dieron en las sesiones posteriores, en especial en la versión del 2003. Y además con la reiteración de la palabra “precedente” para que no quede la menor duda.

El artículo VI destinado al control difuso e interpretación constitucional, consagra este párrafo final:

Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.

Conforme es fácil apreciar, es una versión básicamente igual al del originario artículo 13 aprobado por la Comisión en 1995, pero que ahora forma parte de otro artículo dedicado al “control difuso y a la interpretación”. Esto, por cierto, fue fruto de una revisión hecha por nosotros con fines de redacción y confirma que al final el Congreso respaldó el anteproyecto en

sus líneas fundamentales. No obstante, esta separación ha originado una interpretación del Tribunal Constitucional mediante la cual ha dicho —como debía ser— que uno era el precedente, o sea el artículo VII, y el otro “doctrina” jurisprudencial, sobre cuyos alcances no existe todavía un criterio uniforme. Por lo pronto, es demasiada vanidad pensar que nuestro Tribunal Constitucional “crea” doctrina. Y por otro, el enunciado del artículo VI, parte final, es genérico, de carácter orientador y no tiene necesariamente efecto vinculante, como la experiencia lo ha demostrado. Este enunciado se parece a las tendencias o líneas jurisprudenciales que tenía la Corte Suprema de Justicia antes de los años ochenta del siglo pasado, donde a una resolución determinada, la seguían otras de igual sentido y pasado el tiempo la propia Corte Suprema sentía que ataba sus decisiones, sin que esto significase que no podían modificar esa tendencia en el futuro.

La pretensión fatua de hacer inamovible sus decisiones ha llevado a esta “creación” del Tribunal Constitucional, que la veo totalmente innecesaria. En efecto, uno es un precedente con todas sus letras, y la otra es una directiva en todos los procesos que es eso y nada más, porque es obvio que ambos textos no son iguales (y si lo fuesen, uno sobraría y estaría de más). Con el agravante de que la experiencia de la llamada “doctrina” jurisprudencial ha sido irrelevante, pues no ha sido respetada ni siquiera por el mismo Tribunal Constitucional, que ha

hecho caso omiso de ella en infinidad de veces, con lo que, en los hechos, la ha terminado desautorizando. Pero se trata de un tema sobre el cual no hay la última palabra y conviene ser abordado en otra ocasión<sup>5</sup>.

## VII. Debates en torno al nuevo Código Procesal Constitucional

A diferencia del enunciado normativo de 1982 que pasó casi inadvertido, el del 2004 tuvo una gran influencia y fue prontamente seguido en otras aéreas del ordenamiento peruano (el primero fue la modificatoria del artículo 301-A del entonces Código de Procedimientos Penales promulgado mediante Decreto Legislativo N.º 959 de agosto del 2004, meses más tarde y del cual prácticamente es una copia). Y al que siguieron otros más.

La jurisprudencia con calidad de precedente vinculante emanada del Tribunal Constitucional no es muy numerosa (son 52 casos hasta marzo de 2020) pero no ha sido ni firme ni coherente: no ha tenido un norte definido y en veces ha sido errática. A lo que debe agregarse que desde agosto de 2014 se ha creado “ex nihilo” un precedente en el caso “Vásquez Romero” (STC 00987-2014-PA/TC) que ha yugulado la actividad del Tribunal

5 Véase, SÁENZ DÁVALOS, Luis, “La doctrina jurisprudencial vinculante y su desarrollo por el Tribunal Constitucional”, en *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*, t. 118, Lima: octubre de 2017.

Constitucional, con tendencia al abandono del garantismo y con manifiesta inconstitucionalidad.

Sobre el tema del precedente hay mucho escrito, tanto a nivel general como constitucional, del cual hemos dado cuenta en otra oportunidad. Son planteos doctrinarios de fuste, que hay que tener presente. Aquí nos limitamos a un punto muy simple, casi un dato casero, cuál es su origen dentro de nuestra legislación. Y en este campo llama la atención lo que hemos leído recientemente —o mejor dicho revisado— en el importante libro de Edward DYER<sup>6</sup>. Ahí hace una investigación muy seria, incluyendo entrevistas personales a Juan Monroy Gálvez y a mí, que son de interés, aun cuando no veo que hayan sido revisadas por los entrevistados que seguramente hubieran hecho algunas precisiones.

Con todo, es inequívoca la declaración de Juan Monroy Gálvez, quien ha manifestado que la introducción del “precedente” en el Código Procesal Constitucional es una contribución suya —preparada y redactada por él— y que la tomó de su experiencia académica y profesional en el Brasil que tiene, como se sabe, las “súmulas” (la palabra “súmula” viene del latín —*summula*— y significa “sumario” o “resumen”). Esta declaración —que por lo demás expuso con mucha pre-

cisión en una conferencia de 2015 en la Academia de la Magistratura— me ha llamado la atención, pues no solo no la recordaba, sino que no existe ningún dato en los debates ni en los proyectos que así lo confirme. Aún más, preocupado por esta afirmación de la que supe hace algún tiempo, me puse a buscar en mi biblioteca mi *file* sobre la Comisión ad-hoc y que tenía por perdido en alguna mudanza, pero que he podido recuperar para este artículo y que es el respaldo de lo que aquí sostengo. Pero ahí no consta nada de las súmulas ni en la correspondencia ni en los proyectos cruzados entre sus miembros ni menos su temprana propuesta sobre el precedente. Monroy ha sido un eficazísimo e insustituible colaborador de este Código, que en gran parte contribuyó a hacerlo realidad y no veo porque pretende, seguramente por una transcordación de datos, hacerse de una paternidad que no le corresponde.

En mis archivos no consta nada de esa supuesta colaboración y solo he podido obtener en fecha reciente un proyecto sin firma y que se le atribuye a él, en donde hace algunas atingencias sobre un proyecto del 2001 y en donde por primera vez incursiona en el texto del precedente (art. VII del Título Preliminar) sugiriendo usar en forma preferente la sumilla “sentencia normativa” en lugar de “precedente” que, puesto a discusión, nadie aceptó. Esto es, algo presentó, pero muy tarde y sin eco alguno. Y sin olvidar que antes de

6 Cfr. DYER CRUZADO, Edward, *El precedente constitucional. Análisis cultural del Derecho*, Lima: Ara Editores, 2015, pp.346-353.

2004 no existía en el Brasil la “súmula” vinculante. Lo que hubo desde un primer momento entre nosotros, es una aceptación preliminar del artículo 9 de la ley 23506 promulgada en 1982, que luego de debates, ajustes y afinamientos llegó al actual artículo VII del Código Procesal Constitucional, como consecuencia de un diálogo transparente y sin ninguna propuesta ajena. La tesis de la “súmula” y de su carácter inspirador del precedente, no se compeade con los hechos y esto por tres razones:

- a. El precedente en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene su origen en el artículo 9 de la Ley N.º 23506 de 1982 y fue planteado por mí en la primera sesión de trabajo de la Comisión de profesores en 1995. Y luego discutido y perfilado en el transcurso del tiempo, hasta llegar al texto actual.
- b. La “súmula” existente desde 1963 en el derecho brasileño, era un diseño pensado con fines de facilitar el manejo de los procesos. Dicha “súmula” era lo mismo que las “sumillas” que aquí preparaba la Corte Suprema de Justicia de los juicios que resolvía. Solo cuando en diciembre del 2004 se crea la “súmula vinculante” en el Brasil, la que será reglamentada por ley del 2006, podemos decir que estamos ante un precedente, por lo menos en sus aspectos centrales.

- c. La “súmula” que realmente importa en el derecho brasileño, es la “súmula clásica” que es una directriz genérica, orientadora, sin carácter vinculante y como facilidad para el litigio. Eran resúmenes que antecedian a los casos con fines de orientación y nada más. Tan solo mediante expresa reforma constitucional de diciembre de 2004 (EC-045) que así lo estableció en el artículo 103-A de la Constitución de 1988, se crea la “súmula vinculante” a cargo exclusivo del Supremo Tribunal Federal y que fue reglamentada recién en diciembre de 20067. Imposible pues pensar, que la “súmula vinculante” brasileña haya influenciado en el Perú, pues fue aprobada en diciembre del 2004, cuando el Código Procesal Constitucional estaba listo y promulgado en mayo del 2004. Y con el proyecto circulando tres años antes entre la comunidad jurídica y editado en 2003 por la editorial Palestra.

## VIII. A manera de conclusión

El propósito de estas líneas es precisar cuándo y bajo qué circunstancias, se introdujo el precedente en el derecho positivo peruano. Y el contexto en el

---

7 Cfr. SIFUENTES, Mónica, *Súmula Vinculante. Um estudo sobre o poder normativo dos Tribunais*, São Paulo: Editora São Paulo, 2015, pp.228-244; RAMOS TAVARES, Andrés, *Nova ley da Súmula Vinculante*, São Paulo: Método, 2009

cual esto se dio. Cómo se ha desarrollado y cómo se aplica, es un problema aparte. Soy consciente de los problemas que ha afrontado el precedente en los últimos años y las críticas, algunas no muy benévolas, que se le han dirigido. Y lo mismo podría decirse de la manera como lo utiliza el Tribunal Constitucional, que es muy debatible. Pero entiendo que es algo que no va a desaparecer, pues la idea que está detrás de todo esto, es la predictibilidad de los procesos, tanto en sede judicial como constitucional, que contribuye, sin lugar a dudas, a crear seguridad jurídica en el sistema, que no es nada fácil. Y sin descartar el principio de igualdad del justiciable que esto conlleva, así como la coherencia del sistema, además de saber por dónde andamos. Eso amerita bregar en ese sentido. Entiendo, pues, que el precedente llegó y pese a todo, ha venido para quedarse.

#### IX. Un escolio: el precedente en los Estados Unidos

Hemos visto, aun tangencialmente, la importancia de las decisiones y las políticas que lleva a cabo la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, que es ejemplar en muchos sentidos, y que ha tenido una gran influencia en nosotros y en nuestro entorno, en lo relativo al precedente, que es parte central del funcionamiento del sistema. Y lo más importante, sin lugar a dudas, es su enfoque sobre lo que ella debe hacer y no hacer y que se ejerce en lo que la doctrina conoce como *self-restraint*, o sea, “autocontención”, muy alejado del

activismo, en veces desenfrenado, que tienen muchos de nuestros tribunales o cortes constitucionales. Tan solo como referencia, mencionemos lo que señala Henry J. Abraham<sup>8</sup> que desarrolla un conjunto de dieciséis normas de las que señalamos por su importancia, solo las tres siguientes:

- a. La Corte Suprema no se aferra a sus precedentes; los mantiene, pero se adecua al presente y puede apartarse de ellos.
- b. Una norma aprobada puede no ser sabia ni agradable, pero en principio debe ser constitucional a los ojos de la Corte.
- c. La incompetencia de los legisladores en temas políticos, no es asunto de la Corte Suprema, es problema del electorado.

El precedente, tal como opera en el mundo judicial norteamericano, es peculiar, incluso en la manera como se construye y conforma. Pero, aun así, la idea básica que lo anima, es lo que más ha trascendido en los sistemas jurídicos romanistas. O del “civil law”, que es como en la literatura sajona se les denomina.

#### X. Bibliografía

Adicionalmente a lo señalado en nota al pie en la primera página de este texto, tenemos: “Justicia Constitu-

8 Cfr. ABRAHAM, Henry J., *The judicial process*, 7.<sup>a</sup> ed., Nueva York: Oxford University Press, 1998, pp. 386-410.

cional”, n.º 5, 2007 (número especial sobre el precedente constitucional que ha tenido gran repercusión; el texto de César Landa sobre Los precedentes vinculantes ha sido reproducido en el colectivo “El control del poder. Libro-homenaje a Diego Valadés”, en *Cuadernos del Rectorado*. Universidad Inca Garcilaso de la Vega, t. II, Lima: 2012; el trabajo de Christian DONAYRE MONTESINOS ahí incluido ha sido actualizado: *Alcances generales del precedente constitucional vinculante en el Perú* en “Diálogo con la jurisprudencia”, n.º 177, junio del 2013; ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy, *El precedente constitucional: sus alcances y ventajas, los riesgos de no respetarlo o de usarse en forma inadecuada en la reciente coyuntura peruana*, en “Estudios Constitucionales” Universidad de Talca, n.º 1, año 4, 2006; Aníbal QUIROGA LEÓN y Ma.Cristina CHIABRA VALERA, *El derecho procesal constitucional y los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*, APECC, Lima: 2009 (en su artículo *La judicial review en el Perú* publicado en el diario “El Comercio” de 13 de septiembre de 1996, Aníbal QUIROGA propone pioneramente un Código Procesal Constitucional para el Perú); SÁENZ DÁVALOS, Luis R., *El camino del precedente constitucional vinculante*, en “Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional”, n.º 83, noviembre del 2014; DYER CRUZADO, Edward, *El precedente constitucional. Análisis cultural del Derecho*, Lima: Ara Editores, 2015; MORALES SARAVIA,

Francisco, *Los precedentes vinculantes y su aplicación por el TC*, Lima: Gaceta Jurídica, 2017 (un gran panorama con datos muy útiles) y la conferencia de MONROY GÁLVEZ, Juan, *Presente y futuro de la doctrina del precedente en el Derecho Peruano*, Lima: 5 de octubre del 2015 impartida en la Academia de la Magistratura (archivada en la videoteca de la institución). De interés es el libro de ABAD YUPANQUI, Samuel B., *El proceso constitucional de Amparo*, 3.ª ed., Lima: Gaceta Jurídica, 2017, pp. 619-642 en donde analiza la distinción entre precedente vinculante y “doctrina jurisprudencial”. Para la reconstrucción del debate al interior de la Comisión nombrada en 1981, he recurrido a mis archivos y al testimonio de Alberto Borea Odría y Walter Rivera Vílchez, este último funcionario del Ministerio de Justicia adscrito a nuestra Comisión en aquel entonces. Lamentablemente, no hay actas de esas sesiones, al igual que de la posterior, con la ventaja para esta última de que hay correspondencia y proyectos en cantidad.

BOREA ODRÍA, Alberto, tiene publicado un importante libro: *El Amparo y el Habeas Corpus en el Perú de hoy*, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Lima: 1985, con prólogo mío. Hay ediciones posteriores de las que destaco la muy ampliada y con título distinto: *Evolución de las garantías constitucionales*, Lima: Editorial Grijley, 1996 (es un análisis detallado de la ley 23506 e incluye la exposición de motivos, el anteproyecto, la ley finalmente



promulgada y leyes complementarias). Igualmente de utilidad son los trabajos de ETO CRUZ, Gerardo, *Régimen legal del Habeas Corpus y Amparo*, Lima: Gaceta Jurídica, 1999; GUTIÉRREZ TICSE, Gustavo, *Los procesos constitucionales de la libertad*, Lima: Editora Rao, 2003, CARPIO MARCOS, Edgar, *Selección de jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Lima: Jurista Editores, 2002 y TORRES CARO, Carlos; FRANCISCO CARRUITERO LECCA, Hugo SOZA MESTA y María LUZ MANSILLA ROJAS, *Hábeas Corpus y Amparo. Ley 23506*, Lima: Jurista Editores, 2003 (dedicado básicamente a la jurisprudencia hasta ese momento) y para no alargar la lista menciono, sin ánimo exhaustivo, otros trabajos meritorios de Víctor Julio Ortecho Villena, Alejandro Ranilla Collado, Roberto Alfaro Piniños, Hermilio Vigo Zevallos, Edwin Figueroa Gutarra, Samuel B. Abad Yupanqui, quien preparó una valiosa selección de jurisprudencia, Walter Díaz Zegarra, Luis Castillo Córdova, Fernando Zubiate, Augusto Balbín Guadalupe, entre otros.). Para la Comisión posterior que preparó el anteproyecto de Código Procesal Constitucional, he rescatado mi file con los antecedentes, proyectos, propuestas, correspondencia y sucesivos textos que me han servido para corregir y/o rescatar algunos datos, especialmente de fechas, que por error se deslizaron en textos míos anteriores. Me he beneficiado igualmente de la información, sugerencias y comentarios que me han proporcionado Arsenio Oré Guardia, Gerardo Eto Cruz, Francisco Morales

Saravia, Samuel B. Abad Yupanqui, Jorge Danós Ordóñez, Francisco J. Eguiguren Praeli, Aníbal Quiroga León, Edgar Carpio Marcos y Luis Saénz Dávalos, sin que esto signifique que tengan responsabilidad alguna en lo que aquí sostengo. En el debate parlamentario de la ley, fue de inestimable ayuda Natale Amprimio Plá, entonces presidente de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso.

El más completo volumen sobre los antecedentes del Código Procesal Constitucional es el siguiente: ABAD YUPANQUI, Samuel B.; DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge; EGUIGUREN PRAELI, Francisco J., GARCÍA BELAUNDE, Domingo, MONROY GÁLVEZ, Juan, ORÉ GUARDIA, Arsenio, *Código Procesal Constitucional. Estudio introductorio, exposición de motivos, dictámenes e índice analítico* (incluye debate parlamentario), Tribunal Constitucional del Perú, al cuidado de ETO CRUZ, Gerardo, 3.<sup>a</sup> ed., Lima: 2008 (la primera edición es del 2004, la segunda, revisada y corregida, es del 2005 y es la definitiva. De esta proviene la tercera y última, que ha circulado ampliamente). En esta labor de difusión fue decisivo el apoyo que brindó la editora Palestra.

La bibliografía sobre el nuevo Código Procesal Constitucional es interminable y en continuo crecimiento. Una visión general con buena bibliografía de referencia, cf. ABAD YUPANQUI, Samuel B., *Manual de Derecho Procesal Constitucional*, Lima: Palestra Editores, 2019.

Con amplitud y especial énfasis en la interpretación jurisprudencial, véase de ETO CRUZ, Gerardo, *Derecho Procesal Constitucional*, 6.<sup>a</sup> ed., Lima: Grijley, 3 tomos, 2019 (el tema del precedente se encuentra en el t. II, pp.597-608).

Un problema aparte que merece ser considerado, son los desencuentros entre el Poder Judicial —en especial a través de la Corte Suprema de Justicia— y el Tribunal Constitucional. Y que tiene varias aristas, una de ellas es la eventual interferencia del Tribunal Constitucional en lo decidido por el Poder Judicial, de lo que es clara muestra el caso de los casinos y tragamonedas (cf. AA.VV. *¿Guerra de las Cortes? A propósito del proceso competencial entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial*, GARCÍA BELAUNDE, Domingo (coord.), Lima: Palestra Editores, 2008 y RAMÍREZ JIMÉNEZ, Nelson, *Jurisdicción constitucional. Guerra de cortes en “Diálogo con la jurisprudencia”*, n.º 178, junio del 2013, con una propuesta interesante para evitar estos roces; en el mismo sentido y más crítico, cf. MALPARTIDA CASTILLO, Víctor, *Tribunal Constitucional vs. Poder Judicial (A propósito de un proceso competencial)* en “Revista Oficial del Poder Judicial”, n.º 6 y n.º 7; 2010 y 2011). En fecha posterior, la Corte Suprema de Justicia emite un pronunciamiento a propósito de la STC 03116-2012-PHC/TC de 4 de septiembre del 2013, en la cual critica acerbamente lo que llama la “intromisión” del Tribunal Constitucional en temas que no le corresponden y dice así, entre otras afirmaciones:”...

El Tribunal Constitucional durante los últimos años y en forma sistemática y a veces contradictoria, ha emitido resoluciones invasivas en contra de otros órganos constitucionales autónomos y poderes del Estado, como el propio Poder Judicial, bajo un supuesto ejercicio del control constitucional, con lo que se llega a afectar gravemente las competencias, equilibrios y atribuciones propias que la Constitución asigna; y por tanto, vulnera el Estado de Derecho y debilita el sistema democrático”(Poder Judicial. Pronunciamiento. Aprobado por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia el 3 de octubre del 2013. Publicado a página completa en el diario El Comercio de Lima, 6 de octubre del 2013). El tema no es nuevo, pues se origina en Italia y se presenta en otros países como Colombia, en donde este fenómeno se conoce como “choque de trenes” (cf. MOLINA BETANCUR Carlos Mario (ed.) *Corte Constitucional. 10 años. Balance y perspectivas*, Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2003) y lo mismo podemos decir de España (cf. DE MENDIZÁBAL ALLENDE, Rafael, *La guerra de los jueces. Tribunal Supremo vs. Tribunal Constitucional*, Madrid: Dykinson, 2012).

Otro aspecto de actualidad y vinculado a aquél, pues se nota con más frecuencia, es la observancia que deben tener los jueces frente a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional (como simple muestra, véase el “Pleno Jurisdiccional Distrital Constitucional 2010 de la Corte Su-

perior de Justicia de Lima” que acordó dejar en libertad a los jueces para que mediando buenas razones, puedan desvincularse de los precedentes fijados en conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, basándose, precisamente, en la autonomía que tienen los jueces en el ejercicio de sus funciones). Este factor de la “autonomía” y además el empleo del “distinguishing”, ha permitido a la Corte Suprema de Justicia apartarse no solo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sino incluso de los precedentes vinculantes que emite este último. Esto se aprecia, sobre todo, en el precedente “Huatuco” (STC 02899-2016-PA/TC) del que se han desligado varios casos resueltos desde mediados de 2016, sin que ello causara problema alguno.

En la actualidad, el concepto de “precedente” se ha ampliado grandemente, a tal extremo que el diario oficial “El Peruano” publica con cierta regularidad una separata titulada “Precedentes vinculantes”, en los que incluye los constitucionales, los judiciales y los administrativos.

En lo referente a Alemania, tal como señala Robert Alexy, la situación es más simple: todas las decisiones del Tribunal Constitucional Federal tienen las características de un precedente y por tanto son vinculantes y deben ser observadas. Pero tratándose de casos distintos, cabe el apartamiento mediante una adecuada argumentación (cf. *Teoría*

*de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 535-540). Una solución similar, y al parecer inspirada por ella, lo ofrece el caso de la Sala Constitucional de Costa Rica (cf. HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, *Derecho Procesal Constitucional*, San José: Editorial Juricentro, 2009, pp.223-252).

Finalmente quiero señalar un dato interesante en relación con el concepto de “precedente”. Y es que hasta donde alcanza mi información, no existe en nuestro medio ensayos, monografías o libros sobre el tema en cuestión, no empecé que hay estudios, no siempre de primera mano, sobre el sistema jurídico y constitucional de los Estados Unidos de América. De excepción es el libro del jurista inglés H.H.A. Cooper, quien estuvo en Lima como profesor visitante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y publicó Diez ensayos sobre el “common law”, Edit. Universo, Lima 1967, en donde el tema se toca en forma marginal (publicó igualmente un interesante estudio buscando un paralelismo entre el juez inglés y el pretor romano; cf. *Evolución del pensamiento jurídico*, Lima: Editorial Universo, 1967). Lo que existe sobre el “precedente”, es básicamente lo que se publica a partir de 1982 y sobre todo desde 2004, con la puesta en vigencia del Código Procesal Constitucional y existiendo un Tribunal Constitucional activo y que incursiona, no sin audacia, en el concepto en cuestión.

Lima, mayo del 2020-2021



# LA EDUCACIÓN Y LA UNIVERSIDAD EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ

Víctor García Toma

**SUMARIO:** I. Introducción.— II. La naturaleza jurídica de la educación.— III. Los fines constitucionales del proceso educativo.— IV. Las responsabilidades estatales en materia educativa.— V. La libertad de enseñanza.— VI. Las asignaturas obligatorias establecidas por la Constitución.— VII. El caso de la educación religiosa.— VIII. La gratuidad de enseñanza.— IX. Los derechos del educando.— X. La educación y los medios de comunicación social.— XI. Las universidades.— XII. La Constitución y los fines de la universidad.— 1. La formación profesional.— 2. La difusión cultural.— 3. La creación intelectual y artística.— 4. La investigación científica y tecnológica.— XIII. La autonomía universitaria.— XIV. La naturaleza jurídica de la autonomía universitaria.— XV. El contenido constitucionalmente protegido de la autonomía universitaria.— XVI. Los límites jurídicos de la autonomía universitaria.— XVII. El derecho fundamental a la libertad de cátedra y su relación con la autonomía universitaria.— XVIII. El papel de la Superintendencia Nacional de Educación Universitaria (Sunedu).

## I. Introducción

La educación es una materia inherente a la persona. De conformidad con el corpus normativo de la Constitución comprende de un lado la enseñanza y, del otro, la educación propiamente dicha.

Esta composición contiene elementos éticos y jurídicos relacionados directamente con la dignidad humana.

La enseñanza conforme a la definición establecida por el Tribunal Constitucional español en el caso sesenta y cuatro Senadores (STC 5/1981), consiste en una actividad encaminada

de manera sistemática y continua a la transmisión de un conjunto objetivo de conocimientos científicos y técnicos.

Artemio MARTÍNEZ BLANCO<sup>1</sup> consigna que expele a la activación de las capacidades humanas fundamentales (lógicas, afectivas, valorativas, estéticas).

## II. La naturaleza jurídica de la educación

La naturaleza jurídica de la educación propiamente dicha, consiste en

<sup>1</sup> MARTÍNEZ BLANCO, Artemio, "Principios sobre enseñanza y educación", en *Anuario de Derecho Eclesiástico*, vol. xiv, Madrid, 1998.

aquella actividad encaminada al conocimiento, formación y praxis de determinadas convicciones morales, filosóficas y religiosas. Para tal efecto, requiere atender a los contenidos culturales de una específica civilización.

Esta tiene un carácter binario. A saber:

En *primer lugar*, es un derecho consistente en la facultad de adquirir o transmitir información, conocimientos y valores destinados a habilitar a las personas para sus acciones existenciales y coexistenciales; con el fin de ser una guía, dirección u orientación para el desarrollo integral de la persona. A través del adecuado goce de dicho derecho se afianza la igualdad de oportunidades.

Se trata de un derecho cuya efectiva vigencia garantiza el desarrollo *in totum* de la persona. Por ende, alienta el progresivo objetivo de la sociedad en su conjunto.

El Tribunal Constitucional en el caso Carlos Rodríguez Sánchez (Expediente N.º 02537-2002-AA/TC), ha señalado que el proceso educativo es *permanente* y tiene como objeto el *pleno desarrollo de la personalidad*; vale decir, el despliegue de todas las potencialidades humanas y la realización de su propio proyecto de vida.

En ese sentido, tal como plantea José Manuel ZUMAQUERO<sup>2</sup>, no consiste

en un mero proceso de la agregación o acumulación de datos, sino que implica el despliegue y desarrollo de una pluralidad de potencias y facultades ínsitas al ser humano.

Luis CASTILLO CÓRDOVA expone que “[...] La educación está llamada a convertirse en el instrumento necesario para encausar la actividad del hombre dirigiéndola hacia el logro de su perfeccionamiento”<sup>3</sup>.

En puridad, la educación implica un proceso de incentivación del despliegue de las múltiples potencialidades humanas cuyo fin es la capacitación del hombre para la realización de una vida existencial y coexistencial genuina y verdaderamente humana; y, en ese horizonte, permitir la cristalización de su “proyecto de vida”. Esto nos permite ser plenamente autodeterminativos ya que toda la elección requiere de conocimiento e información veraz.

Marc BELTH<sup>4</sup> expone que a través de ella se desarrolla la capacidad para cavilar, se conoce el mundo y la utilidad del uso de los símbolos, y se fijan las bases teóricas para la acción en la vida personal y social.

Así, la educación opera como la “natural obligación” derivada del ansia de perfección; la cual, por razones del propio carácter identitario del ser

2 ZUMAQUERO, José Manuel, *Los derechos educativos en la Constitución española de 1978*. Madrid: EUNSA, 1984.

3 CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Comentarios al Código Procesal Constitucional*. Lima: Ara Editores, 2004.

4 BELTH, Marc, *La educación como disciplina científica*, Buenos Aires: El Ateneo, 1971.

humano, incide instrumentalmente en el entendimiento, la voluntad y la sociabilidad de este.

El ejercicio cabal de este derecho permite, en buena medida, el cumplimiento de lo establecido en el artículo 2, inciso 1 de la Constitución, relativo al libre desarrollo de la persona humana.

Ello supone un proceso de transmisión del saber y la afirmación de valores que ayuden a la persona en su desarrollo integral y en la realización de su proyecto de vida en comunidad. De allí que nos permita alcanzar un mayor despliegue de nuestras potencialidades intelectuales y asumir un grado más acreado de participación política y social.

De otro lado, el proceso educativo no se restringe a la mera acción de los centros educativos, sino que incluye protagónica y asistemáticamente al entorno familiar.

Marcial RUBIO CORREA recuerda que “La cultura, los valores, los principios, las reglas comunes del uso social, el desarrollo inicial de las habilidades, la construcción de una emocionalidad fuerte, y otros componentes de la personalidad, son definitivamente colocados [...] por los padres”<sup>5</sup>.

José Bonifacio BARBA CASILLAS refiere que:

[D]ebido al desarrollo de los sistemas educativos, la transmisión de información y conocimientos adquiere indicadores de

5 RUBIO CORREA, *ob. cit.*

nivel, grado, modalidad, extensión, impacto, eficacia, etc., y ha llegado a convertirse en una importante preocupación estatal y en un factor fundamental para el desarrollo social y personal. 6

En este último aspecto aparece nítidamente la dimensión prestacional, en cuya virtud el Estado debe procurar la mayor efectividad del derecho a la educación.

En suma, la educación contribuye decididamente a fomentar el “saber” y el “saber hacer”, por lo que la educación se configura como un *derecho fundamental*, siendo corresponsables de su efectividad la familia, la sociedad y el Estado.

En efecto, el derecho fundamental a la educación está consagrado implícitamente en nuestra Norma Fundamental, la cual establece, entre otros aspectos, que “La educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana” (art. 13); “La educación promueve el conocimiento, el aprendizaje y la práctica de las humanidades, la ciencia, la técnica, las artes, la educación física y el deporte. Prepara para la vida y el trabajo y fomenta la solidaridad” (art. 14); y, en su artículo 17:

La educación inicial, primaria y secundaria son obligatorias. En las instituciones del Estado, la educación es gratuita. En las universidades públicas el Estado garantiza el derecho a educarse gratuitamente a los alumnos que mantengan un rendimiento

6 BARBA CASILLAS, José Bonifacio, *Educación para los derechos humanos*, Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1997.

satisfactorio y no cuenten con los recursos económicos necesarios para cubrir los costos de educación.

Asimismo, si bien mediante el derecho fundamental a la educación se garantiza a toda persona el interés jurídicamente protegido de recibir una formación que tiene por finalidad lograr su desarrollo integral y la promoción del conocimiento, entre otras, también se impone a toda persona el *deber* de cumplir con aquel conjunto de obligaciones académicas y administrativas establecidas por los órganos competentes.

Asimismo, se configura también como un *servicio público*, en la medida que se trata de una prestación a favor de la ciudadanía que explicita una de las funciones-fines del Estado, de ejecución *per se* o por terceros bajo su fiscalización estatal. Por ende, el Estado tiene la obligación de crear las condiciones y garantizar la continuidad de los servicios educativos, así como de aumentar progresivamente la cobertura y calidad de los mismos, debiendo tener siempre como premisa básica, como ya se ha mencionado, que tanto el derecho a la educación como todos los derechos fundamentales (e incluso las disposiciones constitucionales que regulan la actuación de los órganos constitucionales) tienen como fundamento el principio de la dignidad humana.

En efecto, el Tribunal Constitucional en el caso Luis Nicanor Maravi Arias (Expediente N.º 00034-2004-AI/TC), ha señalado que los servicios públicos

tienen como componentes los elementos siguientes:

- a) Que la prestación sea esencial para la comunidad.
- b) Que la prestación sea continua e ininterrumpida en el tiempo.
- c) Que la prestación sea bajo estándares mínimos de calidad.
- d) Que la prestación sea efectuada en condiciones de accesibilidad general; es decir, con respeto al derecho de igualdad.

Cabe afirmar, además, que el derecho a la educación se constituye hoy, en países como el nuestro, en una exigencia concomitante del principio de legitimidad democrática del Estado y en una condición imprescindible para la efectividad del derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues la participación de todo ciudadano en la formación de la voluntad general debe efectuarse en condiciones de igualdad, lo que supone el goce del conjunto de conocimientos más óptimos para que su participación sea efectiva y, sobre todo, autónoma.

Sobre el particular, Javier PÉREZ ROYO expresa que:

La transformación del individuo de súbdito a ciudadano, solamente puede ser real y efectiva con base en el ejercicio del derecho a la educación. Pues, ciudadano, como ya sabemos, es aquel individuo que participa en condiciones de igualdad en la formación de la voluntad general. El ciudadano no es un sujeto pasivo, sino activo tanto en el proceso de formación de la voluntad del Estado como en el de su ejecución general



y aplicación individual posteriores [...]. Es el ciudadano ejerciendo sus derechos, el punto de partida para la comprensión del Estado y sus poderes. 7

De conformidad con lo establecido por el Tribunal Constitucional en el caso Feliciano Contreras Arana (Expediente N.º 04646-2007-AA/TC), las manifestaciones de la educación son las siguientes:

- a) El acceso a la educación.
- b) El respeto a la dignidad del educando.
- c) La calidad de la educación.

### III. Los fines constitucionales del proceso educativo

De conformidad con lo establecido en los artículos 13 y 14 de la Constitución, se puede concluir, *prima facie*, que son tres los grandes objetivos que se deben alcanzar a través del proceso educativo peruano, a saber:

#### a) Promover el desarrollo integral de la personal

El proceso educativo debe contribuir a la plena formación intelectual, moral, psicológica y física de las personas.

#### b) Promover la preparación de la persona para la vida y el trabajo

El objeto del proceso educativo es que la persona pueda insertarse plena-

mente en la sociedad, y que, por ende, pueda acerar y progresar *in continuo* como ser humano, dentro del entorno en donde coexiste.

Asimismo, tiene como fin que el educando pueda desarrollar con inteligencia, conocimiento y habilidad suficiente, una determinada actividad generadora de un bien o servicio que coadyuve a su gratificación espiritual por lo realizado, y que le sirva como medio de sustento para la satisfacción de sus necesidades materiales.

#### c) El desarrollo de la acción solidaria

La solidaridad implica la creación de un nexo ético y común para las personas adscritas a un entorno social.

Marcial RUBIO CORREA señala, respecto a la solidaridad, que es:

[...] un principio de organización de la sociedad que consiste en que cada individuo haga causa común con los demás por la mejor marcha del grupo humano en su conjunto. Su signo es el preocuparse de los demás como de sí mismo. Su regla práctica es el respeto y la colaboración con los demás. 8

La solidaridad expresa una modalidad de orientación dirigida a la exaltación de los sentimientos, que impulsa a los hombres a prestarse ayuda mutua.

En ese sentido, se considera que la sociedad no es algo externo a la persona, sino que forma parte integrante de ella.

7 PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de derecho constitucional*, Madrid: Marcial Pons, 2005.

8 RUBIO CORREA, *ob. cit.*

Marco Tulio CÍCERÓN (106-43 a.C.) había enfatizado que:

Hay algunos que están en sus casas para no hacer agravio a nadie; pero estos, aunque no quieran, caen en uno de los extremos de la maldad con el otro, pues abandonan a la sociedad al no emplear en beneficio de los demás, ni su trabajo, ni sus bienes, ni su talento.

#### IV. Las responsabilidades estatales en materia educativa

La Constitución señala como responsabilidades, tareas o funciones del Estado, entre otras, las siguientes:

- a) Priorizar la educación en la asignación de recursos ordinarios del presupuesto de la República (artículo 16 párrafo cuarto, de la Constitución).
- b) Coordinar la política educativa (artículo 16 párrafo segundo, de la Constitución).
- c) Formular los lineamientos generales de los planes de estudio (artículo 16 párrafo segundo, de la Constitución).
- d) Formular los requisitos mínimos de la organización de los centros educativos (artículo 16 párrafo segundo, de la Constitución).
- e) Supervisar el cumplimiento y la calidad de la tarea educativa (artículo 16 párrafo segundo, de la Constitución).
- f) Asegurar que la tarea educativa se extienda a toda la población, especialmente para aquellas personas que presentan obstáculos derivados de su situación económica, o limitaciones de carácter físico o mental (artículo 16 párrafo tercero, de la Constitución).
- g) Garantizar la mayor pluralidad de la oferta educativa, subvencionando, de ser el caso, la educación privada en cualquiera de sus modalidades—incluyen la comunal y la cooperativa—, a favor de quienes per se no pueden sufragar su educación (artículo 17 párrafo segundo, de la Constitución).
- h) Promover el desarrollo científico y tecnológico del país (artículo 14 párrafo segundo, de la Constitución).
- i) Procurar permanentemente la evaluación, capacitación y promoción del profesorado perteneciente a la carrera pública (artículo 15 párrafo primero, de la Constitución).
- j) Promover la creación de centros educativos—de conformidad con los requerimientos de la oferta educativa existentes—en el seno de nuestra población (artículo 17 párrafo tercero, de la Constitución).
- k) Asegurar la erradicación del analfabetismo (artículo 17 párrafo cuarto, de la Constitución).
- l) Propender al aseguramiento de una remuneración a favor de los profesores, acorde con la elevada misión que cumplen. Esta tarea se desprende de lo establecido en el artículo 24 de la Constitución, el

cual establece que “El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual”.

- m) Fomentar la educación bilingüe e intercultural, según las características de cada zona. Dicha responsabilidad guarda relación con lo establecido en el artículo 2 inciso 19 de la Constitución, en donde se consigna el derecho de toda persona a su identidad étnica y cultural. Con ello el Estado se encuentra obligado a reconocer y proteger la pluralidad étnica y cultural de la Nación. A través de la educación bilingüe e intercultural se vigoriza y preserva la identidad cultural de los ciudadanos adscritos a las culturas nativas. La educación bilingüe e intercultural promueve el intercambio enriquecedor de valores y cosmovisiones coexistentes. Es importante enfatizar que a lo largo y ancho del territorio nacional existen doce familias lingüísticas.
- n) Promover la integración nacional. El Estado preserva las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas de los educandos; amén de viabilizar su interrelación con la comunidad nacional (artículo 17 párrafo cuarto, de la Constitución).
- o) Garantizar la libertad de enseñanza. Esta se expresa en la facultad de participación privada en la atención

del servicio educativo. Implica una coexistencia de responsabilidades comunes entre el Estado y los particulares.

- p) Garantizar el acceso irrestricto a la educación. Ello comporta que se imparta en los centros estatales gratuitamente, y que en general ninguna persona se vea impedida de recibir una educación adecuada en razón de su situación económica o por limitaciones mentales o físicas. Asimismo, plantea el establecimiento de políticas de subvención a la educación privada, a efectos de apoyar a los educandos que, encontrándose adscritos a dicha modalidad, estén imposibilitados de sufragarla por sí mismos o a través de sus padres.

## V. La libertad de enseñanza

A través de la participación de los privados en el proceso educativo se procura el máximo de oportunidades para los educandos, auspiciando la existencia de alternativas u opciones de ofertas educativas distintas a las que ofrece el Estado.

En suma, como bien refiere Ricardo LEÓN PASTOR: “La libertad de enseñanza es aquel derecho de las entidades educativas a crearse mediante la acción estatal o la iniciativa privada, comprendiendo a los diferentes niveles educativos”<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> LEÓN PASTOR, Ricardo, “La libertad de cátedra: ¿monopolio docente?”, en *Derecho*, n.º 43 y 44, Lima: 1989, 1990.

Dicha libertad se manifiesta en cuatro planos a saber: potestad de crear instituciones; potestad de transmitir información y conocimientos científicos o dogmáticos y valores dentro del marco constitucional y el ideario de la institución; potestad de acceder y aprender; y, potestad de recibir el tipo y contenido de enseñanza que se consideren más convenientes para el desarrollo de la personalidad.

Ahora bien, la libertad de enseñanza tiene como condición *sine qua non* la búsqueda de la verdad.

La libertad de enseñanza se entronca con los denominados derechos identitarios a través de la atribución de todo centro de enseñanza de guiar su actuación a través de un ideario.

## VI. Las asignaturas obligatorias establecidas por la Constitución

De conformidad con lo establecido en el artículo 14 de la Constitución, es imperativa la enseñanza de los siguientes contenidos, entre otros:

### a) La formación ética

El proceso educativo debe inculcar conciencia de los deberes morales. Ello implica la búsqueda de un crecimiento de las habilidades para distinguir entre lo bueno y lo malo, entre lo correcto y lo incorrecto, y el hacer o abstenerse de hacer en relación a algo.

La formación ética pretende que la persona de manera cognitiva, afectiva y

conductual pueda elegir y actuar con la moralidad.

### b) La formación cívica

El proceso educativo debe inculcar la asunción responsable y adecuada de los roles coexistenciales. Por ende, la persona como miembro de una determinada colectividad, tiene la obligación de asumir todas sus obligaciones derivadas de la Constitución y de la Ley.

Como refiere José Bonifacio BARBA CASILLAS:

La educación cívica es el proceso a través del cual se promueve el conocimiento y la comprensión del conjunto de normas que regulan la vida social y la formación de valores y actitudes que permitan al individuo integrarse a la sociedad y participar en su mejoramiento. 10

### c) La enseñanza de la Constitución y de los derechos humanos

El proceso educativo debe inculcar el conocimiento de facultades inherentes a la persona y que son objeto de reconocimiento y protección. Es evidente que dicho conocimiento coadyuva a su plena vigencia. Igualmente, auspicia el entender y reflexionar acerca de las bases y fundamentos de la comunidad política en donde la persona existe y coexiste.

Particular importancia tiene el hecho de que este conocimiento de la Constitución y los derechos humanos

---

10 BARBA CASILLAS, *Educación para los derechos humanos*, ob. cit.

se extienda al ámbito de los centros de formación castrense, a fin de promover su respeto irrestricto.

Al respecto, en la Ley N.º 25211 se establece que la enseñanza y difusión de la Constitución y normas internacionales relativas a los derechos humanos se promoverá en todos los centros de enseñanza, sean de naturaleza civil o castrense. Asimismo, consigna que en todas las dependencias estatales el conocimiento de estas materias es requisito indispensable para el ingreso y la promoción laboral.

## VII. El caso de la educación religiosa

El artículo 14 de la Constitución señala que la educación religiosa se imparte con respeto a la libertad de conciencia.

Cabe recordar que uno de los fines de la conquista española (siglo XVI) consistió en la evangelización o cristianización de los indígenas (llamados, en la época, *infeles*). A partir de ella aparecen —bajo el ascendiente de las órdenes religiosas católicas— las escuelas, colegios mayores, seminarios, colegios de ciencias y universidades.

El influjo de la educación católica durante la Colonia, pervivió durante el proceso de emancipación política y se mantiene aún con gran valor y significación.

No está de más recordar que la propia Constitución reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en

la formación cultural y moral del país; de allí que su labor educativa tenga el mismo reconocimiento.

Ahora bien, es potestad de los padres de familia el optar por que su prole reciba una formación con contenido religioso —sea católica o de otra vertiente— o escoja una con características estrictamente laicas.

Al respecto, la Ley N.º 29635 (Ley de Libertad Religiosa) señala que procede la exoneración de la asignatura religiosa de los centros escolares por motivos de conciencia, cuando así lo expresan los padres o quien tenga la tutela de los mismos.

## VIII. La gratuidad de la enseñanza

Partiendo del presupuesto de que toda persona tiene derecho a la educación, la Constitución ha previsto que su goce sea gratuito —esto es, que pueda recibirse sin costo alguno para el educando— en la esfera de los centros educativos administrados por el Estado, salvo que los padres de familia, por distintas razones, opten por la educación privada.

Esta gratuidad consiste en la responsabilidad estatal de ofrecer el servicio educativo sin costo alguno para los educandos adscritos a la educación inicial, primaria y secundaria, efectuada en los establecimientos de enseñanza a cargo del Estado.

La gratuidad de la enseñanza primaria tiene su origen en la Constitu-

ción de 1920 y ha ido extendiéndose paulatinamente a los otros niveles en las posteriores constituciones.

Con lamentable incuria la Constitución de 1993 ha “suprimido” una importante conquista consignada en la Constitución de 1979, que señalaba que la gratuidad de la enseñanza “se complementa con la obligación de contribuir a la nutrición de los escolares que carecen de medio económicos y la de proporcionarles útiles”.

En ese mismo contexto, la Constitución actual ha efectuado una regulación a la gratuidad de la enseñanza en el nivel universitario, condicionándola al cumplimiento de dos requisitos:

- a) Mantener un rendimiento satisfactorio.
- b) Carecer de recursos económicos para cubrir el costo de la educación.

Ahora bien, el artículo 17 de la Constitución señala que a fin de garantizar una mayor pluralidad de la oferta educativa —fundamentalmente, en favor de quienes no pueden sufragarla por sí mismos—, mediante ley se fijará el monto para subvencionar la educación privada en cualquiera de sus modalidades, incluyendo la comunal y la cooperativa.

## IX. Los derechos del educando

A tenor de lo establecido en el segundo párrafo del artículo 15 de la Constitución, se pueden extraer las siguientes dos facultades:

- a) **El derecho a que durante el desarrollo de su proceso educativo se respete su identidad**

Ello guarda relación con lo establecido en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución.

La identidad es aquello que autentifica a la persona en lo que constituye su propio reconocimiento como tal. Comprende los aspectos físico-biológico y espiritual, respectivamente. Ello permite determinar ante y para la sociedad, quién es y cómo es un ser humano.

- b) **El derecho a recibir un adecuado trato psicológico y físico durante el desarrollo del proceso educativo**

Ello guarda relación con lo establecido en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución.

El adecuado trato es aquello que auspicia que la persona tenga una relación de enseñanza-aprendizaje acorde con la corrección, las buenas maneras y calidez personal que debe existir entre el profesor y el alumno. Al respecto, son recordables las viejas prácticas pedagógicas en donde imperaba la regla que “la letra con sangre entra”.

Ricardo PALMA cuenta del caso suscitado entre el Arzobispo de Arequipa Pedro José Chávez de la Rosa y el entonces joven estudiante Francisco Javier de Luna Pizarro. Allí, nuestro querido escritor refería que:

En ese tiempo regía por doctrina aquello de que la letra con sangre entra, y todos

los colegios tenían un empleado o bedel, cuya tarea se reducía a aplicar tres, seis y hasta doce azotes sobre las posaderas de los estudiantes condenados a ir al rincón. 11

## X. La educación y los medios de comunicación social

Los medios de comunicación social expresan en la práctica un insoslayable y vigoroso poder social.

En ese sentido, la prensa (escrita, oral y visual) tiene un acceso poderoso a la conciencia ciudadana. En razón de ello, la Constitución de 1979 estableció, por primera vez, un nexo de colaboración con el Estado en el proceso formativo de la población.

En esa misma línea la parte *in fine* del artículo 14 de la Constitución establece como reglas para los medios de comunicación las siguientes:

- a) El deber de colaborar con el Estado en la educación de la población.
- b) El deber de colaborar con el Estado en la formación moral y cultural de la población.

El deber de colaboración anotado se viabiliza sin mengua de lo establecido en el artículo 2 inciso 5 y en el artículo 59 de la Constitución, los mismos que hacen referencia a las libertades de expresión, opinión, comercio e industria.

Cabe consignar que, en este caso, entre los conceptos instrucción y educación existe una relación de género y

especie. Desde nuestra perspectiva la primera hace hincapié en la transmisión de conocimientos; la segunda privilegia los valores.

El Tribunal Constitucional en el caso Jorge Santistevan de Noriega (Expediente N.º 00013-2007-AI/TC), ha señalado que estos deben buscar, primordialmente, promover una programación coherente con el impulso del desarrollo intelectual, moral, psíquico y físico de los peruanos, de cara a la protección del bienestar nacional y los intereses del país; que este proteja convenientemente a los niños y adolescentes; que ofrezca un verdadero pluralismo informativo; y que la emisión de la publicidad, no sea engañosa, desleal o subliminal, en pro de la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios.

## XI. Las universidades

La universidad es instituida constitucionalmente como una comunidad de personas que, en sus distintos roles, contribuye a la difusión del saber y el desarrollo de la tecnología.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 16 de la Constitución vigente, las universidades se encuentran integradas por profesores, estudiantes y graduados. Dentro de ellas también participan los representantes de los promotores o impulsores de su creación.

El nacimiento de estas se encuentra inescindiblemente ligada a la escolástica. Esta —literalmente, ciencia de la escuela— es el método intelectual que

11 PALMA, Ricardo, "Al rincón quita calzón", en *Tradiciones peruanas*, Buenos Aires: Codex, 1958.

fusionó la filosofía antigua (griega) con la doctrina cristiana; dotando a esta última de una estructura filosófica.

En ese sentido, la armonización de los aportes del platonismo y del aristotelismo con la doctrina emanada de los Santos Evangelios permitió que Tomás de Aquino y Duns Escoto dieran “cuerpo” conceptual al escolasticismo tal como hoy lo percibimos.

Es de verse que, a inicios de la Edad Media, la Iglesia Católica se encontró en la imperativa necesidad de formar nuevos cuadros para poder mantener vivo el interés por preservar los conocimientos por ella acumulados hasta entonces. En ese contexto, los escolásticos se encargaron inicialmente de esta tarea.

Más tarde el curso de la historia permitirá abrir estas casas de estudios a millones de personas.

Las universidades modernas provienen por línea directa de los “Centros de Estudios” de Salerno (siglo ix) y Bolonia (1088), a los que les siguieron los de Oxford (1200), Palencia (1209), París (1213), Salamanca (1239), Valencia (1245), Sevilla (1256), Cambridge (1284), etc. De ninguna manera puede obviarse la difusión del conocimiento a través de las escuelas musulmanas en la España invadida, particularmente la establecida en Córdoba.

En ese sentido, el historiador Jacques Pirenne<sup>12</sup> señala que el apor-

te musulmán en España influyó significativamente en el despertar del pensamiento occidental en el siglo xi; al extremo de convertirse en una suerte de “reenganche” con el pensamiento universal.

Como consecuencia de la aparición de las universidades modernas, la ciencia asumirá un rango de poder nada despreciable después del Estado y la Iglesia. Su notoria influencia en la vida comunitaria demostrará que la acumulación de conocimientos otorga desde siempre una indiscutible preeminencia socio-política.

El cada vez más relevante papel de las universidades permitirá inclusive que los conflictos entre la corona y el papado tengan en estas un punto de apoyo, según sean los casos que los motivaron. Más aun, hubo oportunidades en que desempeñaron el papel de árbitros o portavoces en la relación entre el poder político y el pueblo.

En las ciudades donde llegaron a concentrarse un significativo número de profesores y alumnos, se propició la constitución de una comunidad científica denominada *studium generalis* o *universitas magistrorum et scholarum*. De dicha denominación surgirá el nombre de universidad.

La *universitas* o universidad plantea la idea del conocimiento global o universal. La expresión *alma mater* —madre nutricia— proviene del significativo número de miembros integrantes.

12 PIRENNE, Jacques, *Historia universal*, Barcelona: Océano, 1987.



En ese período, los profesores, de acuerdo a sus especialidades, empezaron a agruparse en facultades; entre las más importantes se pueden mencionar a las de Teología, Derecho, Medicina y Filosofía.

Igualmente, aparecerá el fuero universitario como consecuencia de las libertades y privilegios que le otorgaron el Estado feudal y la Iglesia Católica. Ello se produjo al haber devenido políticamente la universidad, en un gremio de sabios. Entre los principales privilegios concedidos, aparece la protección a profesores y alumnos durante su residencia en la ciudad universitaria o en tránsito hacia o desde ella. Asimismo, ejercerán poder disciplinario dentro de sus claustros; amén de ciertas facultades de auto regulación institucional.

En el Perú, la historia de la universidad se inicia con las gestiones efectuadas por fray Tomás de San Martín el 12 de mayo de 1551, consiguiendo que el reino español expidiese la real cédula que creó a la hoy más antigua universidad de América —conocida primigeniamente como “La Real y Pontificia Universidad de la Ciudad de los Reyes o de Lima”—, la misma que empezó a funcionar en 1553 en el convento de Santo Domingo. Su primer rector fue fray Juan Bautista de la Rosa.

Enrique GONZÁLEZ CORREA y Virgilio GALDO GUTIÉRREZ<sup>13</sup> refieren que

13 GONZÁLEZ CORREA Enrique y Virgilio GALDO GUTIÉRREZ, *Colección histórica del Perú. Procesos e instituciones*, t. X, Lima: Mejía Baca, 1980.

la flamante universidad fue recibiendo paulatinamente a miembros de otras congregaciones religiosas —y a laicos—, lo que dio lugar a que los dominicos perdieran su gobierno.

En 1571, el virrey Francisco de Toledo autorizó la elección del primer rector laico, quien fue Pedro Fernández de Valenzuela. Al abandonar la sede del convento de Santo Domingo se instaló en el Colegio Mayor de San Marcos, por lo que fue rebautizada con su actual nombre: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Las primeras facultades que se crearon fueron las de Teología y Artes. Posteriormente aparecieron las de Canon, Leyes y Medicina.

En 1680 se creó la Universidad San Cristóbal de Huamanga, mediante una real cédula de Carlos II; y en 1692 se fundó la Universidad de San Antonio Abad del Cusco, mediante otra real cédula refrendada por el citado monarca.

El 15 de junio de 1918 se gestó la histórica Reforma Universitaria de Córdoba (Argentina), al influjo de la acción de Enrique Palacios, José Ingenieros, Adolfo Korn, Carlos Sánchez Viamonte, entre otros. Ella promovió el ascenso de las clases medias en la vida política y cultural.

Con la Reforma Universitaria se alcanzó la independencia de orden intelectual y el acceso a las nuevas ideas, “castradas” hasta ese momento por los denominados “virreinos del espíritu”

que se habían enquistado en las universidades.

Dicho movimiento postuló una franca y abierta lucha contra los “virreinos del espíritu”, enraizados en los centros universitarios latinoamericanos. Así, los estudiantes hicieron frente al oscurantismo intelectual, al elitismo social universitario y contra una estructura de gobierno académica antidemocrática.

Dicho movimiento se propagó en el Perú luego de la visita de Alfredo Palacios a los claustros sanmarquinos. Su consumación estuvo a cargo de la famosa “Generación del Veinte”, encabezada por Víctor Raúl Haya de la Torre e integrada por Raúl Porras Barrenechea, Manuel Seoane Corrales, Luis Alberto Sánchez, Guillermo Luna Garland, entre otros.

La reforma se plasmó a través de una huelga estudiantil donde Haya de la Torre, en su condición de presidente de la Federación de Estudiantes, arrancó al gobierno de Augusto B. Leguía la dación de la Ley N.º 4002. A partir de ese momento se consagraron conceptos vitales para la vida universitaria, tales como el cogobierno, la cátedra libre, el derecho de tacha, la libertad de cátedra, etc.

Durante el rectorado de don José Antonio Encinas en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos entre 1930 y 1932, se continuó el proceso de reforma incidiéndose fundamentalmente en el aspecto académico-administrativo.

Mediante la Ley N.º 17437 de fecha 18 de febrero de 1969, dictada

durante el gobierno del general Juan Velasco Alvarado, se estableció la denominada autonomía universitaria.

La regulación constitucional de las universidades en el Perú se inició en la Constitución de 1823, al establecerse como derecho programático el que, en todas las poblaciones de capital de departamento, se crearía un centro superior de enseñanza. La Constitución de 1867 aludirá a la libertad de creación y de enseñanza universitaria. La Constitución de 1933 establecerá la libertad de cátedra y el fomento de la enseñanza superior, con tendencia a la gratuidad. La Constitución de 1979 será la primera en darle un tratamiento orgánico y sistemático. La Constitución vigente prácticamente ha repetido los conceptos fundamentales sobre las materias expuestas en el texto precedente.

En el ámbito de la protección de los derechos humanos vinculados con la institución universitaria y reconocida por el ordenamiento interno, encontramos que en el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), se establece el derecho de acceso igualitario sobre la base de la capacidad; amén de la implantación progresiva de la enseñanza gratuita.

## **XII. La Constitución y los fines de la universidad**

El artículo 18 de la Constitución señala como fines de la educación universitaria los siguientes:

### 1. La formación profesional

Esta consiste en la exposición de los fundamentos conceptuales y científicos atinentes a las distintas y calificadas ramas del conocimiento humano, así como del desarrollo de las habilidades personales para su aplicación práctica.

Dicho proceso de preparación e inculcamiento de las bases teóricas y prácticas de las respectivas profesiones, implica también la actualización de los conocimientos de sus ejercientes, vía las actividades de postgrado.

Dicha formación debe propender a ser de alta calidad, integral y con pleno sentido de responsabilidad social de acuerdo a las necesidades del país.

### 2. La difusión cultural

Esta consiste en la divulgación hacia la sociedad de los aportes trascendentales del saber y la experiencia humana.

A través de esta suerte de “vaso comunicante” entre la universidad y la sociedad, se permite el acceso a la cultura de personas ajenas a los claustros universitarios, vía las actividades de proyección social.

Particular importancia reviste la afirmación y transmisión de las diversas identidades culturales del país.

### 3. La creación intelectual y artística

Esta consiste en estimular el poder forjador de ideas y conceptos; la capacidad de invención; y los atributos imaginativos del espíritu humano.

En el primer caso contribuye al avance del conocimiento a través del desarrollo de la ciencia.

En el segundo caso contribuye a la plasmación del goce espiritual, a través de la comunión fecunda de los conocimientos, las emociones y los sentimientos humanos.

### 4. La investigación científica y tecnológica

Esta consiste en la promoción del progreso y desarrollo de los pueblos, a través del conocimiento de la realidad y de las ideas, proponiéndose para tal efecto nuevas explicaciones sobre ellas.

Ello conlleva a alentar las acciones de averiguación, indagación o descubrimiento en el ámbito de las ideas y la realidad; así como de la aplicación de los conocimientos científicos a la praxis.

En el primer caso coadyuva a la consecución de nuevas interpretaciones sobre las ideas o la substantividad de todo aquello que circunda la existencia y coexistencia humana.

En el segundo caso coadyuva a la producción de bienes y servicios destinados a mejorar la vida cotidiana.

El Tribunal Constitucional en el caso Ley N.º 28564 (Expediente N.º 00011-2008-PI/TC), ha estimado que el logro de la formación profesional es el paradigma ontológico de la educación universitaria; es decir, lo propio y esencial de la universidad.

Asimismo, el Tribunal Constitucional en el caso Larry Ormeño Cabrera (Expediente N.º 04232-2004-AA/TC), ha señalado que la educación universitaria debe garantizar lo siguiente:

- a) El acceso a la universidad en condiciones de igualdad, previo cumplimiento de los requisitos de conocimientos y grado de inteligencia que razonablemente se exigen al respecto.
- b) La permanencia en la universidad libre de limitaciones arbitrarias.
- c) La obtención del respectivo título universitario una vez cumplido los requisitos académicos y administrativos correspondientes.

### XIII. La autonomía universitaria

Como se ha referido anteriormente las universidades se instituyeron mediante fueros y privilegios regios y papales.

Con la aparición del ideario liberal de finales del siglo xviii la noción de fuero universitario fue sustituida paulatinamente por el de autonomía universitaria. La otrora autorregulación institucional como gracia o merced, se transformó en una capacidad inherente a la institucionalidad universitaria. En ese sentido, el derecho dejará de percibir la autorregulación universitaria como una concesión jurídica, para pasar al reconocimiento legal de una garantía jurídica e inherente a la institucionalidad de los claustros de enseñanza superior.

Manuel Gómez Moreno<sup>14</sup> expone que la autonomía universitaria surge, de un lado, del ser y su función social; y, de otro, de las complejas relaciones con el poder político.

La autonomía consiste en el atributo de la autodeterminación en el desarrollo de las actividades y funciones derivadas de los fines institucionales.

Constantino MORTATI señala que en abstracto la autonomía puede entenderse como:

[...] la libertad de determinación consentida a un sujeto, la que se manifiesta en el poder de darse normas reguladoras de su propia acción, o, más comprensivamente, como la potestad de prever la protección de intereses propios y, por tanto, de gozar y disponer de los medios necesarios para obtener una armoniosa y coordinada satisfacción de los propios intereses. <sup>15</sup>

El atributo de la autonomía es inherente al espíritu de independencia para acopiar, desarrollar y difundir el conocimiento y las ideas. En puridad, alude a un estado o situación de una institución de enseñanza de no supeditación ajena respecto al ejercicio de sus capacidades para conducirse y organizarse académica, administrativa y económicamente. Por ello deviene en una suerte de “asilo académico”, para la búsqueda de la verdad

14 GÓMEZ MORENO, Manuel, “La universidad de México. Su función social y la razón de ser autónoma”, en *Separata de la Maestría de Derecho Constitucional*, Lima: 2005.

15 MORTATI, Constantino, *Istituzione di diritto pubblico*, t. II, 9.ª ed., Padova: Cedam, 1976.

y del respeto a las ideas y convicciones discrepantes.

Por su parte, Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ precisa que “[...] la autonomía universitaria es, pues, autonomía para la ciencia y no para otra cosa”<sup>16</sup>.

Este atributo de autorregulación y no injerencia externa en el desempeño de sus actividades funcionales, es el medio necesario para que los centros superiores de enseñanza puedan cumplir con sus finalidades y sean siempre fieles a su propia y peculiar naturaleza.

Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), en el referido Informe sobre el Derecho a la Educación (Observación general 13:08/12/99 E/C.12/1999/10), prestó especial atención al hecho de que: “[...] el cuerpo docente y los alumnos de enseñanza superior son especialmente vulnerables a las presiones políticas y de otro tipo que ponen en peligro la libertad académica”. En ese sentido, hizo hincapié en que:

[L]os miembros de la comunidad académica son libres, individual o colectivamente, de buscar, desarrollar y transmitir el conocimiento y las ideas mediante la investigación, la docencia, el estudio, el debate, la documentación, la producción, la creación o los escritos. La libertad académica comprende la libertad del individuo para expresar libremente sus

opiniones sobre la institución o el sistema en el que trabaja, para desempeñar sus funciones sin discriminación ni miedo a la represión del Estado o cualquier otra institución, de participar en organismos académicos profesionales o representativos y de disfrutar de todos los derechos humanos reconocidos internacionalmente que se apliquen a los demás habitantes del mismo territorio. El disfrute de la libertad académica conlleva obligaciones, como el deber de respetar la libertad académica de los demás, velar por la discusión ecuaníme de las opiniones contrarias y tratar a todos sin discriminación por ninguno de los motivos prohibidos.

Es por ello que el ejercicio de la autonomía universitaria se manifiesta en la potestad de autorregulación, sujeta al marco de la Constitución y la ley. En ese contexto, esta puede ser objeto de una “determinación legislativa” en cuanto a su extensión, siempre que esta respete y permita desarrollar las ideas nucleares y los contenidos esenciales que la Constitución ha fijado sobre la materia.

Esta capacidad de autorregulación prevista en la Constitución y verificable en la práctica a través de la aprobación de sus propios estatutos y reglamentos, exige el correlativo deber institucional de respetar los principios constitucionales de coherencia y armonía, asegurando simultáneamente el goce pleno del resto de los derechos fundamentales consagrados en la Norma Fundamental. Así, la normatividad interna de la universidad no puede desconocer los derechos de sus miembros a la igualdad, intimidad, tutela jurisdiccional, entre otros.

16 RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás, *La autonomía universitaria: ámbito y límites*, Madrid: Civitas, 1982.

#### XIV. La naturaleza jurídica de la autonomía universitaria

Se trata de una garantía institucional destinada a servir de valladar infranqueable, a la intromisión política y legislativa de los órganos del Estado.

Luciano PAREJO ALFONSO expone sobre la doctrina de la garantía institucional que:

[...] continúa teniendo una utilidad actual para las decisiones básicas del orden constitucional que no comportan para el titular de la institución un derecho fundamental [...] pero incluso allí donde esa categoría opera en unión con un derecho fundamental, cabe reconocerle una significación propia.<sup>17</sup>

En suma, la autonomía universitaria se encuentra configurada en la Constitución, como una garantía institucional destinada a proteger su autodeterminación normativa, de gobierno, académica, administrativa y económica, siempre y cuando se realice dentro del marco que aquella y la ley establecen.

#### XV. El contenido constitucionalmente protegido de la autonomía universitaria

La función institucional que cumple la educación universitaria en una sociedad democrática a través de la libertad o investigación científica, encuentra protección constitucional en la autonomía universitaria. Esta es una

garantía institucional contenida en el último párrafo del artículo 18 de la Constitución.

Dicho precepto textualmente señala: “[...] Cada universidad es autónoma en su régimen normativo, de gobierno, académico, administrativo y económico. Las universidades se rigen por sus propios estatutos en el marco de la Constitución y de las leyes”.

La eficacia de la garantía institucional en aquellos casos en que la Constitución establezca un nexo entre esta y los derechos fundamentales resulta de vital importancia, toda vez que con ello se resguardan determinados contenidos objetivos de la norma fundamental, manteniéndolos intangibles respecto del legislador, así como de los poderes públicos.

Es evidente que las garantías institucionales establecidas en la Constitución (como, por ejemplo, la autonomía universitaria, artículo 18; la autonomía municipal, artículo 191; o la independencia jurisdiccional, artículo 146.1) no otorgan a estos órganos un ámbito de autosuficiencia que esté desconectado del resto de disposiciones constitucionales.

El Tribunal Constitucional en el caso Defensor del Pueblo (Expediente N.º 00007-2001-AI/TC), al hacer referencia a la autonomía otorgada a los gobiernos locales, ha señalado que:

Aunque (tal) autonomía [...] les permite desenvolverse con plena libertad en los as-

17 PAREJO ALFONSO, Luciano, *Constitución, municipio y garantía institucional*, Lima: Grijley, 2000.

pectos administrativos, económicos y políticos (entre ellos, los legislativos), la misma no supone autarquía funcional al extremo de que, de alguna de sus competencias, pueda desprenderse una desvinculación parcial o total del sistema político o del propio orden jurídico en el que se encuentra inmerso cada gobierno municipal. En consecuencia, no porque un organismo sea autónomo deja de pertenecer al Estado, pues sigue dentro de él y, como tal, no puede apartarse del esquema jurídico y político que le sirve de fundamento a este y, por supuesto, a aquel.

En el caso de la autonomía universitaria, esta protege a la institución no solo frente a los actos externos de los poderes públicos y los sujetos periféricos en general, sino también frente a los actos internos de órganos de gestión de la universidad, tutelando, así, la autodeterminación de los contenidos culturales, científicos y técnicos, así como las posiciones críticas de la comunidad universitaria.

René ORTIZ CABALLERO sostiene que:

[...] la autonomía universitaria es, en primer término, un requisito indispensable en el quehacer universitario porque el fruto principal de la tarea universitaria, el conocimiento, es siempre inacabado y perfectible y esto es solo percible cuando permitimos que la crítica se ejerza sin respiro y limitada únicamente por los linderos que nos impone la razón o la evidencia.<sup>18</sup>

18 ORTIZ CABALLERO, René, “La autonomía universitaria: un ejemplo de espacio político-jurídico”, en *Scribas, Revista de Derecho*, Arequipa: 1996.

En efecto, tal como lo ha expresado el Tribunal Constitucional en el caso Colegio de Abogados del Cuzco (Expediente N.º 00005-2004-AI/TC):

[...] una promoción de la educación que se condiga con el desarrollo integral de la persona exigido por la Constitución, requiere que el Estado garantice la libertad de enseñanza (artículo 13), la libertad de conciencia (artículo 14) y la libertad de cátedra (artículo 18 de la Constitución).

El fundamento de tales libertades supone una autonomía en sentido general que garantice que la formación en conocimientos y espíritu tenga lugar en un ambiente libre de todo tipo de injerencias ilegítimas, particularmente de aquellas provenientes del poder público, sean estas de carácter confesional, académico o ideológico. Estas garantías de libertad aseguran que la formación del saber y el impulso de la investigación científica se encuentren al servicio del pluralismo (artículo 17 de la Constitución) y la tolerancia (artículo 18 de la Constitución), y no de paradigmas dogmáticos que vengan impuestos por poderes ajenos a los fines reservados a la educación, los que coartarían la realización intelectual del ser humano e impedirían el desarrollo de una opinión pública crítica como proyección de conocimiento en el proceso de evolución social, económica y cultural.

Así, también, el Tribunal Constitucional de España, en el caso conocido como Gobierno vasco (STC N.º 26/1987), ha expresado que:

[...] la autonomía (universitaria) es la dimensión institucional de la libertad académica que garantiza y completa su dimensión individual, constituida por la libertad de cátedra. Ambas sirven para delimitar

ese 'espacio de libertad intelectual' sin el cual no es posible 'la creación, desarrollo, transmisión y crítica de la ciencia, de la técnica y de la cultura' [...] que constituye la última razón de ser de la Universidad.

De este modo, teniendo en cuenta el artículo 18 de la Constitución, debe precisarse que el contenido constitucionalmente protegido de la garantía institucional de la autonomía universitaria y los derechos fundamentales conexos a ella, se encuentra constituido, *prima facie*, por el conjunto de potestades que dentro de nuestro ordenamiento jurídico se ha otorgado a la universidad, con el fin de evitar cualquier tipo de intervención de entes extraños en su seno. Con ello se consagra como pendón la libertad académica, ante los posibles embates del poder político.

La autonomía inherente a las universidades se ejerce de conformidad con lo establecido en la Constitución y las leyes. Esta autonomía se manifiesta en los siguientes cinco planos:

**a) Régimen normativo**

Implica la potestad autodeterminativa para la creación de normas internas (estatuto y reglamentos) destinados a regular *per se* la institución universitaria.

**b) Régimen de gobierno**

Implica la potestad autodeterminativa para estructurar, organizar y conducir *per se* la institución universitaria. Es formalmente dependiente del régimen normativo.

**c) Régimen académico**

Implica la potestad autodeterminativa para fijar el marco del proceso de enseñanza-aprendizaje dentro de la institución universitaria.

Ello comporta el señalamiento de los planes de estudios, programas de investigación, formas de ingreso y egreso de la institución, etc. Es formalmente dependiente del régimen normativo y es la expresión más acabada de la razón de ser de la actividad universitaria.

**d) Régimen administrativo**

Implica la potestad autodeterminativa para establecer los principios, técnicas y prácticas de sistemas de gestión, tendientes a facilitar la consecución de los fines de la institución universitaria.

**e) Régimen económico**

Implica la potestad autodeterminativa para administrar y disponer del patrimonio institucional; así como para fijar los criterios de generación y aplicación de los recursos financieros.

Por lo tanto, la actividad de los poderes públicos, e incluso de los particulares, no puede ser ejercida contraviniendo los fines que la propia Constitución ha establecido, ni desnaturalizando cada uno de los mencionados niveles de autonomía.

La institución universitaria requiere de márgenes de libertad para la realización de una adecuada y óptima prestación del servicio educativo.



Efectuar injerencias irrazonables y desproporcionadas en los mencionados ámbitos de autonomía solo produciría la desnaturalización de una institución a la que la Constitución le ha otorgado un tratamiento especial, toda vez que allí se efectúa la formación profesional, la difusión cultural, la creación intelectual y artística y la investigación científica y tecnológica, además del desarrollo de una opinión pública crítica.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), ha sostenido en el Informe sobre el Derecho a la Educación (Observación general 13:08/12/99 E/C.12/1999/10) que:

[P]ara el disfrute de la libertad académica es imprescindible la autonomía de las instituciones de enseñanza superior. La autonomía es el grado de autogobierno necesario para que sean eficaces las decisiones adoptadas por las instituciones de enseñanza superior con respecto a su labor académica, normas, gestión y actividades conexas.

Ahora bien, el autogobierno debe ser compatible con los sistemas de fiscalización pública, especialmente en lo que respecta a la financiación estatal. Habida cuenta de las considerables inversiones públicas destinadas a la enseñanza superior, es preciso llegar a un equilibrio correcto entre la autonomía institucional y la obligación de rendir cuentas. Si bien no hay un único modelo, las disposiciones institucionales han de ser razonables, justas y equitativas y, en la medida de lo posible, transparentes y participativas.

De igual modo, cabe destacar que si bien es evidente que la Constitución ha establecido que para cumplir los

mencionados fines de la educación universitaria se requiere que todas las universidades, sean públicas o privadas, deban gozar como los referidos niveles de autonomía, debiéndose regir por sus propios estatutos; también lo es que esta sea ejercitada en el marco de la Constitución y de las leyes.

Asimismo, si bien el legislador se encuentra autorizado a regular determinados ámbitos de la educación universitaria para garantizarla y a su vez facilitarla, este nivel de actuación debe ser menor que cuando regula los niveles de educación inicial, primaria y secundaria.

Precisamente, en el nivel universitario los límites a la autonomía de las universidades se encuentran en la propia Constitución, delegándose al legislador la regulación de determinadas materias, por ejemplo, cuando el artículo 18 establece que la ley fija las condiciones para autorizar el funcionamiento de las universidades privadas o públicas; o cuando regula la participación de los representantes de los promotores en la universidad de acuerdo a ley.

Cabe señalar, que las universidades pueden ser públicas o privadas, según se promuevan por iniciativa del Estado o de los particulares; esto es, en ejercicio pleno de la denominada libertad de enseñanza.

Así, el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 882, Ley de Promoción de la Inversión en la Educación, preceptúa que “Toda persona natural o jurídica

tiene el derecho a la libre iniciativa privada, para realizar actividades en la educación. Este derecho comprende los de fundar, promover, conducir y gestionar Instituciones Educativas Particulares, con o sin finalidad lucrativa”. Con ello se instituyen dos tipos de modelos universitarios, a saber:

- a) Las universidades sin fines de lucro o asociativas.
- b) Las universidades con fines de lucro o societarias.

En el caso de las primeras, sus excedentes económicos deben ser reinvertidos en la mejora de la calidad de la educación que brindan.

En el caso de las segundas, sus utilidades se sujetan al Régimen del Impuesto a la Renta. En caso que decidan reinvertir acceden a un crédito universitario equivalente al treinta por ciento del monto reinvertido.

Es necesario precisar que esta libre iniciativa para realizar actividades educativas no implica, de modo alguno, la concesión, a favor de la persona natural o jurídica que la ejerza, de un ámbito que se encuentre desvinculado de las disposiciones constitucionales, de los principios y fines del proceso educativo y de las políticas generales que en materia de educación haya fijado el Estado, pues como ya se ha mencionado ampliamente, la educación se constituye también como un servicio público y, como tal, exige una activa participación del Estado para su eficaz realización.

## **XVI. Los límites jurídicos de la autonomía universitaria**

El desarrollo de la autonomía universitaria no puede afectar los principios, valores o derechos que la Constitución reconoce.

La educación universitaria constituye también un servicio público, en la medida que realiza una actividad destinada a satisfacer una necesidad de carácter general; por ende, exige una activa participación del Estado para su eficaz realización. Ello es particularmente importante en lo relativo a la calidad de la educación que se brinda.

Las universidades *in genere* tienen fijados por ley las condiciones para normar la creación, funcionamiento y cierre de las mismas.

Asimismo, mediante dicho mecanismo establece los principios, fines y funciones que rigen el modelo institucional de la universidad.

Para tal efecto, se ha dictado la Ley N.º 30220 (Ley Universitaria).

## **XVII. El derecho fundamental a la libertad de cátedra y su relación con la autonomía universitaria**

La libertad de cátedra consiste en la facultad de expresar, en el ejercicio de la docencia universitaria, las ideas o creencias vinculadas con el desarrollo de una asignatura o materia, sin ningún tipo de sometimiento o sumisión ante ninguna autoridad estatal o privada (sea interna o externa). Por ende, es incompatible con

la existencia de una doctrina o ciencia oficial. Esta libertad se ejerce solo en el ámbito de la educación universitaria, por el peligro de deformar la conciencia de los educandos, débilmente crítica y enormemente sugestionable en los menores de edad.

La libertad de cátedra tiene una triple vertiente histórica; a saber:

*La primera* aparece en la Constitución prusiana de 1880 bajo el criterio que “la ciencia y la doctrina son libres”. Dicha conceptualización fue la respuesta a la vil destitución que sufrió un grupo de catedráticos —los siete de Gotinga— luego de su protesta contra el rey de Hannover Ernesto Augusto, por haber determinado la suspensión de la vigencia de la Constitución de 1837.

En efecto, en 1837, tras la declaración del flamante rey de Hannover de desvincularse de las prescripciones establecidas en la Constitución, al no haber sido consultado ni prestado su consentimiento para su aplicación, un grupo de profesores de la Universidad de Gotinga firmó un documento de protesta que fue inmediatamente respaldado por cientos de estudiantes.

El rey dispuso la inmediata expulsión de los denominados “siete de Gotinga”; los cuales fueron objeto de múltiples actos de solidaridad por parte de intelectuales y estudiantes.

*La segunda* aparece en la Real Orden Circular Española de fecha 3 de marzo de 1881 durante el gobierno

de Mateo Praxedes Sagasta. Dicho reconocimiento surge como respuesta a los controles informativos impuestos a la actividad docente en 1875, durante la gestión del conservador Antonio Cánovas del Castillo. La Constitución española de 1931 la elevó a la categoría de garantía institucional.

Cabe señalar, que en 1875 Gumerindo de Azcarate fue expulsado de la Universidad de Madrid, por negarse a cumplir la directiva gubernamental de Antonio Cánovas del Castillo (responsable de la Restauración Borbónica después de la Primera República Española), que exigía a los docentes en sus clases, expresar argumentos a favor de la monarquía de Alfonso XII y la religión católica.

A dicha lucha se unieron los catedráticos Nicolás Salmerón y Francisco Ginés de los Ríos; los cuales corrieron igual suerte.

*La tercera* aparece con la reforma universitaria de Córdoba (Argentina) en 1918, con el histórico manifiesto dirigido a “Los hombres libres de Sudamérica” y en donde se proclamó el “sagrado derecho a la insurrección estudiantil”.

Dicho movimiento encabezado por Gabriel del Mazo —entonces presidente de la Federación Universitaria Argentina— encontró eco en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Víctor Raúl Haya de la Torre, principal responsable de la divulgación del Ideario de Córdoba en nuestro país, señaló que esta representaba “el primer grito de emancipación del coloniaje mental”.

La reforma apuntaba a cancelar un modelo universitario que se había convertido “en el refugio secular de los mediocres, la renta de los ignorantes y el lugar en donde todas las formas de tiranizar y de insensibilizar hallaron cátedras que las dictaran”. Por ello, se hacía necesario renovar los métodos y sistemas de enseñanza; así como otorgar capacidad autodeterminativa al docente universitario en la explicación de las doctrinas y temas imperantes.

Pablo LUCAS VERDÚ la define como “La excepción de trabas [...] para investigar, expresar y transmitir el saber científico mediante la lección, seminarios, conferencias, escritos y experimentos a quienes aprenden”<sup>19</sup>.

Francisco FERNÁNDEZ SEGADO señala que la libertad de cátedra es el “[...] medio institucional más adecuado para verificar la relación entre la ciencia y su posible audiencia [...] como una garantía institucional en beneficio del mismo profesor, de sus alumnos y de la sociedad en general”<sup>20</sup>.

En esa orientación Néstor PEDRO SAGÜÉS anota que “[...] implica desarrollar las asignaturas con un margen de discrecionalidad técnica e ideológica”<sup>21</sup>.

La libertad de cátedra contiene una expresión de albedrío individual a favor del docente a efectos de, en *primer lugar*, asegurar la autodeterminación de su cosmovisión ideológica y su opción hacia una expresión metodológica y procedimental de raigambre científica; y, en *segundo lugar*, para difundir la autonomía de pensamiento en el ejercicio de la función. Por ende, como expone Cristina RODRÍGUEZ COARASA<sup>22</sup> implica la autodeterminación en cuanto al desarrollo de una asignatura; el uso de una metodología de enseñanza; y la fundamentación del mensaje educativo. Todo ello teniendo como marco los planes de estudios aprobados por la institución universitaria.

La libertad de cátedra habilita al docente universitario a desdeñar los mandatos emanados de cualquier estructura de poder, orientados a divulgar una ideología oficial, así como a plantear criterios informativos y técnicos acorde con sus propias convicciones. Ello sin mengua del respeto a las creencias ajenas.

Javier PÉREZ ROYO señala, sobre el docente, que:

[N]o debe estar sometido a ninguna injerencia externa a fin de que tenga libertad para poder investigar lo que él considera que se tiene que investigar y para transmitir

19 LUCAS VERDÚ, Pablo, *Curso de derecho político*, Madrid: Tecnos, 1984.

20 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El sistema constitucional español*, Madrid: Dykinson, 1992.

21 PEDRO SAGÜÉS, Néstor, *Elementos de derecho constitucional*, t. II, Buenos Aires: Astrea, 2003.

22 RODRÍGUEZ COARASA, Cristina, “La libertad de cátedra y autonomía universitaria. Algunas reflexiones a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 94, Madrid: 1999.

los conocimientos que él considere que debe transmitir y hacerlo de la forma y con el orden que él considere que debe hacerlo. Se trata, por tanto, de la concreción de la libertad de expresión [...] y de la libertad de producción científica [...].<sup>23</sup>

Dicha libertad es el “antídoto intelectual” contra el dogmatismo, la ausencia de actualización académica y es el mayor estimulante para la creación e innovación en el terreno de las ideas.

El ejercicio de la libertad de cátedra contribuye a la consecución de los objetivos siguientes:

- a) Permitir la discrecionalidad en la delimitación de una asignatura universitaria, tanto en su contenido informativo como en su metodología. No obstante, tal como señala Enrique Bernales Ballesteros dicha capacidad de autodeterminación no es absoluta, ya que debe guardar “[...] correspondencia con el estado del curso y a lo que una disciplina apuesta en concordancia con el plan general de estudios”<sup>24</sup>.
- b) Generar un ámbito mayor de reflexión y divulgación sobre la información accesible y sobre la capacidad informativa del docente universitario. En relación a esto último es evidente que, con ello, se fortalece la creatividad en el proceso

de enseñanza-aprendizaje a nivel universitario.

Luis Castillo Córdova<sup>25</sup> señala que la libertad de cátedra tiene una faz simultáneamente positiva y negativa.

*La faz positiva* implica el ejercicio de las facultades referidas a la libre creación y transmisión de mensajes educativos; así como a la libre determinación para el uso de la metodología de enseñanza.

*La faz negativa* implica evitar las intromisiones o interferencias ilegítimas en el ejercicio de la labor docente. En ese sentido, la cátedra universitaria es incompatible con una “doctrina oficial”.

El Tribunal Constitucional, en el caso Rodrigo Seminario Chirinos (Expediente N.º 00025-2006-PI/TC), ha señalado que, cuando alguna de las fórmulas legales afecta o interviene desproporcionadamente sobre los contenidos culturales, científicos y técnicos, esta debe ser expulsada del ordenamiento en salvaguarda de dicha libertad.

La libertad de cátedra tiene un carácter binario ya que, de un lado, faculta el ejercicio de la docencia universitaria con libertad de pensamiento, y, de otro, exige el derecho a la discrepancia.

Ricardo LEÓN PASTOR afirma que “[...] consiste en la potestad de opinar sin restricciones sobre las materias de los cursos, debiendo respetarse las po-

23 PÉREZ ROYO, *Curso de derecho constitucional*, ob. cit.

24 BERNALES BALLESTEROS, Enrique, *La Constitución 1993. Análisis comparado*, Lima: Konrad Adenauer, 1996.

25 CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *El principio de libertad en el sistema educativo*, Lima: Arrué, 2004.

siones discrepantes”<sup>26</sup>. Es decir, debe aceptar las diferencias o disentimientos de los discentes o colegas en relación a los temas tratados en una clase, conferencia, etc.

En suma, el rechazo a la intolerancia implica incuestionablemente el deber jurídico de respetar y valorar las apreciaciones ajenas.

El Tribunal Constitucional en el caso Yeni Huaroto Palomino (Expediente N.º 00091-2005-AA/TC), ha señalado que la libertad de cátedra está sujeta a límites inmanentes en su ejercicio, a saber:

- a) Respetar el ejercicio de dicho derecho por parte del resto de sus colegas.
- b) Velar por la discusión exánime de las opiniones contrarias.
- c) Respetar el derecho de igualdad de trato en la relación con los estudiantes.

Ahora bien, esta discrecionalidad técnica e ideológica —como prerrogativa del docente universitario— a la par del deber de tolerancia, debe tomar en cuenta el respeto a las características propias del ideario del centro universitario en donde, por propia voluntad, este ofrece sus servicios.

Así, por ejemplo, sería evidentemente un ejercicio abusivo del derecho que un docente universitario difunda

una opción atea dentro de un centro particular promovido y regentado por una confesión católica. En ese caso, es obvio que el docente no debería exponer criterios de contenido contrario a los valores que inspiran el funcionamiento de dicho centro de estudios.

Al respecto, el Tribunal Constitucional de España ha establecido en el caso Pilar Sela Ribalta (STC 47/1985), que “[...] una actividad docente contraria al ideario de un centro docente privado puede ser causa legítima de despido”. En dicho proceso se ventiló la demanda de amparo presentada por la profesora Pilar Sela Ribalta contra el colegio religioso Lestonnac (Barcelona), en donde denunciaba haber sido despedida supuestamente por motivos de ideología religiosa. Aun cuando la demanda fue declarada fundada por otras consideraciones, el Tribunal claramente estableció la doctrina de que es causa legítima para el despido, el ataque abierto o ladino al ideario del centro de enseñanza.

### XVIII. El papel de la Superintendencia Nacional de Educación Universitaria (Sunedu)

Por mandato expreso de la Ley N.º 30220, se ha creado dicho ente como un Organismo Público Técnico Especializado adscrito al Ministerio de Educación, con autonomía técnica, funcional, económica, presupuestal y administrativa, para el ejercicio de sus funciones.

Esta institución tiene naturaleza jurídica de derecho público interno

---

26 LEÓN PASTOR, “La libertad de cátedra: ¿monopolio docente?”, art. cit.

y constituye un pliego presupuestal. Tiene domicilio y sede principal en la ciudad de Lima y ejerce su jurisdicción a nivel nacional, con su correspondiente estructura orgánica.

Es responsable del licenciamiento para el servicio educativo superior universitario, entendiéndose por tal, al procedimiento que tiene como objetivo verificar el cumplimiento de condiciones básicas de calidad, para ofrecer el servicio educativo superior universitario y autorizar su funcionamiento.

En el marco de sus competencias, supervisa la calidad del servicio educativo superior, incluyendo aquel que es brindado por entidades o instituciones que por normativa específica se encuentren facultadas a otorgar grados y títulos equivalentes a los otorgados por las universidades; así como de fiscalizar qué recursos públicos y los beneficios

otorgados por el marco legal a las universidades, sean destinados estrictamente a fines educativos y al mejoramiento de la calidad académica.

Ejerce sus funciones de acuerdo a la normativa aplicable y en coordinación con los organismos competentes en materia tributaria, de propiedad y competencia, de control, de defensa civil, de protección y defensa del consumidor, entre otros.

La autorización y licenciamiento otorgado por esta, es temporal y renovable y tendrá una vigencia mínima de seis años.

Ejercita sus funciones en el ámbito nacional, público y privado, de acuerdo a su finalidad y conforme a las políticas y planes nacionales y sectoriales aplicables y a los lineamientos del Ministerio de Educación.





# SIGNIFICADO, IMPORTANCIA Y RETOS DEL BICENTENARIO PARA CONSOLIDAR EL ESTADO CONSTITUCIONAL PERUANO

Ernesto Blume Fortini\*

**SUMARIO:** I. Introducción.— II. Los problemas de origen de la república.— III. El significado e importancia del bicentenario de la independencia nacional.— IV. Los retos del bicentenario para consolidar el pleno Estado constitucional que todo anhelamos.

## I. Introducción

El próximo 28 de julio del presente año 2021 el Perú cumplirá doscientos años de su fundación republicana, conmemorando el segundo siglo transcurrido desde la declaración de nuestra independencia, que fuera formulada por el general don José de San Martín el 28 de julio de 1821, con las siguientes palabras: “El Perú es, desde este momento, libre e independiente por la voluntad general de los pueblos y por la justicia de su causa que Dios defiende”.

Comentando esta proclama libertaria, el célebre historiador peruano don Jorge BASADRE GROHMANN, sostiene textualmente que:

En la iniciación de su frase, al hablar de ‘el Perú’, se refirió específicamente a un país de rica solera histórica que hasta entonces había existido, cualesquiera que fuesen sus características propias, solo como parte de la vasta comunidad hispanoamericana. Las palabras que siguieron —‘es libre e independiente’— simbolizaron la nueva forma que desde ese instante revestía, el salto audaz que emprendía ‘desde ese momento’. Y ¿en virtud de qué fundamento se producía dicha metamorfosis? En primer lugar, del nombre del principio de ‘la voluntad general de los pueblos’, o sea la libre determinación de los peruanos conscientes. Y ese acto soberano se efectuaba porque ellos creían en la ‘justicia de su causa’, es decir, aspiraban a una vida mejor de la que habían llevado hasta ese entonces, buscaban un ordenamiento más equitativo, más digno, más auténticamente

\* Magistrado y Ex presidente del Tribunal Constitucional. Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

estable. He aquí, pues, una declaración con raíz y con alas.<sup>1</sup>

A lo cual agrega más adelante que el Libertador:

En sus solemnes palabras hace también una invocación a Dios, es decir consagra creencias y principios previamente sembrados por España, manteniendo el patrimonio cultural y espiritual representado, no solo por el idioma, sino también por la religión cristiana.<sup>2</sup>

De esta forma, el general José de San Martín sintetizaba la culminación del largo camino transitado por los pueblos oriundos de estas tierras. Desde sus albores como colectividades asentadas en ellas, unidas por algunos elementos autóctonos y en proceso de unificación bajo el dominio del denominado imperio incaico, pasando por la conquista española, que significó su sojuzgamiento y explotación, hasta el virreinato, durante el cual se fue asentando una lenta fusión cultural y étnica, así como germinándose una identidad nacional y una voluntad libertaria e independentista, que afloró en la gesta de los libertadores de América, que inició Túpac Amaru y culminaron San Martín y Bolívar.

Y es con motivo de tal efeméride, que se nos ha convocado para alcanzar algunas reflexiones sobre la significación

de la misma, así como sobre su importancia y los desafíos que ella conlleva, frente al gran reto que nos presenta el siglo XXI, en la línea de fortalecer nuestro aún incipiente Estado constitucional, en aras de consolidarlo, para convertirnos en una sociedad de justicia, paz, desarrollo y prosperidad, en la que se reconozca, respete y garanticen los derechos fundamentales, la democracia, el Estado de derecho, la institucionalidad y la plena libertad.

Con tal fin, abordaremos, en primer lugar, y siguiendo algunas ideas que antes hemos dejado sentadas en diversos trabajos, los problemas de origen de la República, para, en segundo término, tratar sobre el significado y la importancia del bicentenario de la independencia nacional; y, en tercer orden, sobre los retos que aquel nos presenta en la forja del Estado Constitucional peruano.

## II. Los problemas de origen de la república

El Perú presenta problemas desde su origen republicano, que lo tipifican, a nuestro juicio, como un Estado nación aun en formación, que ha adoptado la forma de un Estado constitucional a partir de la Constitución de 1979, predecesora de la actual, que data de 1993, pero que aún no se encuentra plenamente consolidado como tal por una serie de factores. Entre ellos, se pueden resaltar los siguientes: la falta de una conciencia y un compromiso colectivo de lo que ello significa; la ausencia de un

1 BASADRE GROHMAN, Jorge, *Historia de la República del Perú (1822-1933)*, t. I, Lima: El Comercio, 2005, p. 36.

2 BASADRE GROHMAN, *Historia de la República del Perú (1822-1933)*, ob. cit., p. 36.

verdadero sentimiento constitucional; la crisis de valores y principios existente; la precaria institucionalidad; la carencia de una clase política madura, seria y responsable; la orfandad de solidaridad y compromiso de los medios de comunicación respecto a la responsabilidad social que les corresponde; y la existencia de una colectividad no comprometida, sin formación adecuada en principios y valores, y altamente manipulable.

Para entender esta realidad es menester tener en cuenta que los Estados nacionales en América Latina surgieron dentro de un contexto *sui géneris* y atípico, caracterizado por la existencia de una serie de elementos y fuerzas que provocaron, simultáneamente, energías centrífugas y centrípetas. Así, pues, puede afirmarse que la emancipación americana no correspondió en verdad a un movimiento unánime, coherente, deseado por todos los involucrados y conscientemente aceptado; sino que fue en cierta medida un fenómeno impuesto por las circunstancias, en cuya base se daba un tejido social enmarañado y complejo, así como impregnado de intereses, fuerzas y posiciones contradictorias.

El Perú no solo no fue ajeno a este contexto, sino que en él se dieron con más énfasis estas contradicciones, como lo reconoce el mismo BASADRE al sostener que:

Por el mayor enraizamiento de la tradición colonial, por la abundancia de funcionarios, nobles y comerciantes prósperos

dentro del régimen vigente, por las condiciones excepcionales que supo desplegar el Virrey Abascal, el Perú no solo resulto el país menos movido por la conmoción libertadora sino el paladín de la resistencia colonial. Fueron necesarias las intervenciones argentina, chilena y colombiana para libertar al Perú.<sup>3</sup>

En tal sentido, su inicio fue débil, dubitativo y sin convicción popular, lo cual permite entender la razón de su posterior decurso y de su situación actual; pues desde ese temprano amanecer como Estado Nación se dio un divorcio entre la sociedad y el Estado formal, a pesar que eran elementos cuyo ensamble y armonía resultaban consustanciales para su real existencia. Este divorcio se hizo más palpable si se tiene en cuenta que, siendo una sociedad desarticulada, sin auténtica conciencia nacional, con grupos que tenían intereses distintos y hasta contrapuestos e, inclusive, con etnias en abierta pugna, se pretendió imponer un derecho importado, copia de los modelos liberales de la Europa Occidental, no probado ni menos consultado al pueblo peruano.

El Perú nacía a la independencia en esta contradicción, ausente de los elementos necesarios para gestar una decisión integradora. Y, por ende, ausente de un requerimiento de integración nacional, por lo que se trató en realidad de un nacimiento como Estado nación formal más que real, ya que en la

3 BASADRE GROHMAN, Jorge, *Perú. Problema y posibilidad*, 4.<sup>a</sup> ed., Lima: Consorcio Técnico de Editores, 1978, p. 19.

práctica la sociedad peruana no varió en su esencia<sup>4</sup>, sino que, por el contrario, como afirma Basadre mostró “supervivencias coloniales”<sup>5</sup> y “supervivencias precoloniales”<sup>6</sup>.

En conclusión, el inicio de la República nos muestra un panorama ajeno a la gestación de una decisión firme y consolidada por la integración interna y, menos aún, de acciones concretas por emprender siquiera el camino para adoptarla, debido en gran parte a los problemas que se han esbozado y a otros cuyo detalle escapa a los propósitos que hoy nos convocan, así como a una serie de variables reveladoras de la existencia desde tal época de un germen de violencia en la estructura misma de la sociedad peruana. Al respecto, resulta pertinente citar las palabras de Enrique BERNALES, quien, al analizar los factores culturales de la crisis política peruana, en la línea de lo dicho por John Lynch, sostiene que:

[L]a conformación de la República y la fundación del Estado independiente, no significaron un cambio sustantivo en el patrón de las relaciones sociales existentes. La ausencia desde el comienzo, de una clase dirigente que optara definitivamente por la democracia, de un Estado liberador, democrático y eficiente, marcaron negativamente el derrotero del Estado recién fundado. Faltó quienes asumiesen la tarea de construir la unidad de la Nación y desde

esa sólida base, progresar en la especificidad del sistema y de las instituciones políticas peruanas, pudiendo ser ello la causa de la escasa representación del Estado. Solo una parte pequeña de la sociedad se siente convergente con él; otra parte lo ve como algo distante y hasta hostil, mientras que una tercera parte, tal vez la más grande de las tres, es indiferente y ajena al modelo político del Estado.<sup>7</sup>

Estos problemas de origen de la República, cual sino fatal, han sido como un sello que hasta ahora no hemos logrado borrar y vencer en términos definitivos, a los cuales se debe adicionar el fenómeno de la corrupción, que en las últimas décadas ha tenido un incremento impresionante, además de la acentuación de la crisis política producida en los últimos años; constituyendo el marco en el que llegamos al bicentenario, cuya significación, importancia y retos respecto a la consolidación del Estado Constitucional peruano veremos en las líneas que siguen.

### III. El significado y la importancia del bicentenario de la independencia nacional

El bicentenario es el cumplimiento de nuestros primeros doscientos años de vida republicana como país libre e independiente, y constituye una efeméride de especial significación porque marca un hito en el camino que nos corres-

4 BASADRE GROHMAN, *Perú. Problema y posibilidad*, ob. cit., p. 20.

5 *Loc. cit.*

6 *Ibid.*, p. 23.

7 BERNALES, Enrique, “Crisis y partidos políticos”, en *Del golpe de Estado a la Nueva Constitución. Comisión andina de juristas. Serie de lecturas sobre temas constitucionales*, n.º 9, Lima: 1993, p. 20.

ponde transitar como pueblo dueño de nuestro propio destino hacia la conquista de sus más caros anhelos; afirmando el modelo de Estado Constitucional que hemos logrado alcanzar y que estamos en el imperativo de consolidar.

El bicentenario es también un punto de llegada, una estación en el camino, pero a su vez, un punto de partida, que debe emprenderse a la luz de las vivencias tenidas en la segunda centuria de este Perú republicano que nos ha tocado vivir y de los ideales y propósitos que nos impulsan a seguir adelante.

Efeméride de recuerdo y conmemoración de la gesta libertaria, de homenaje y reconocimiento a todos aquellos que participaron en ella y lograron su concreción con la declaración de nuestra independencia, aquel histórico 28 de julio del 1821, en que el general don José de San Martín pronunció aquellas memorables palabras que sellaron nuestra independencia y que han quedado gravadas en el alma nacional, que hemos transcrito en la introducción de estas reflexiones.

Ahora bien, la importancia del bicentenario de nuestra independencia radica en que, al cerrar un ciclo importante de la vida nacional, contamos con una excelente oportunidad para la reflexionar sobre todo lo vivido por nuestro país en los últimos doscientos años, lo que nos permite hacer un balance para evaluar nuestra situación en todas las dimensiones de la vida nacional, a fin de sacar las lecciones que

nos permitan detectar aciertos, errores, excesos, falencias, éxitos, fracasos, avances, retrocesos, incógnitas, respuestas, interrogantes, experiencias, vivencias, fórmulas aplicadas y resultado de las mismas, entre otras; y, aplicando los correctivos que sean necesarios, reorientarnos en nuestro camino.

#### **IV. Los retos del bicentenario para consolidar el pleno Estado constitucional que todos anhelamos**

Uno de los logros más importantes que hemos alcanzado en estos primeros doscientos años de vida republicana es la adopción de la forma de un Estado constitucional, que es la forma más avanzada de Estado lograda hasta la fecha, comparativamente con las otras principales formas de Estado, tales como el Estado liberal de derecho, el Estado socialista marxista, el Estado social de derecho y el Estado neoliberal.

El Estado constitucional se caracteriza por implantar, en libertad y democracia plenas, la soberanía de la Constitución, en cuanto expresión normativa del poder constituyente, del cual el pueblo es su titular auténtico, único y primigenio. También se caracteriza por implantar conceptos vitales y consustanciales a ella, a los cuales el profesor Peter Häberle denomina propios, como lo son: la dignidad humana, el principio de la soberanía popular, el valor primacía normativa de la Constitución, el principio de la división de poderes, los principios del Estado de Derecho y del

Estado Social, las garantías de los derechos fundamentales, la independencia de la jurisdicción, el control constitucional, entre otros.<sup>8</sup>

En tal sentido, a nuestro juicio, es indiscutible que uno de los grandes retos del bicentenario, sino el principal, es consolidar nuestro Estado constitucional, el cual, lo reiteramos, aún se encuentra en incipiente desarrollo; impulsando para ello la revalorización de la persona humana y el respeto de su dignidad, por ser sus pilares fundamentales; cuyos derechos fundamentales son inalienables e, incluso, anteriores al texto constitucional y de naturaleza universal, debiendo enfatizarse que en el Estado constitucional la persona como tal y también como principio y valor, es anterior, superior y razón de ser del Estado. Núcleo de todo el orden social, político, económico y de toda índole que aquel regula, en torno al cual se estructura todo el ordenamiento constitucional, en procura de su plena y cabal realización personal o individual, y también del colectivo social que integra.<sup>9</sup>

Ahora bien, la consolidación del Estado Constitucional como reto implica grandes retos condicionantes del mismo, que, en gran medida, son los siguientes:

— Iniciar una gran cruzada nacional de carácter permanente en los próximos diez años, por lo menos, con el objetivo de sembrar en toda la población a nivel nacional una cultura constitucional. Una cruzada que permita, con el concurso y apoyo de todos los sectores de la sociedad, llegar a cada habitante de nuestro territorio con un mensaje asequible para las grandes mayorías brindándoles los conocimientos básicos sobre la democracia, el Estado de derecho, los derechos fundamentales, los valores y principios que informan el sistema constitucional peruano, el rol del Estado, el rol del sector público, las libertades, las competencias de los órganos del Estado, el principio de separación de poderes, entre otros. En esta cruzada debe procurarse una activa, constante y solidaria participación de las diversas instituciones públicas y privadas de la sociedad, así como de todos los sectores que ella comprende y, con especial énfasis, de los medios de comunicación, que deben difundir consistentemente tal cultura constitucional.

Esta campaña permitirá instruir masivamente a la población para lograr que todos tengan los conocimientos requeridos en materia constitucional y, así, tomen conciencia de la importancia y trascendencia de la democracia, el Estado Constitucional y la Consti-

8 HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional*, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, pp. 1 y 2.

9 HÄBERLE, *El Estado constitucional*, ob. cit., pp. 1 y 2.

tución, para alcanzar un sentimiento constitucional que permita que cada peruano se convierta en un portaestandarte de la defensa del Estado Constitucional y de todo lo que el comprende.

- Implementar paulatinamente todos los mecanismos necesarios para hacer cumplible y exigible la Constitución en sus diversos aspectos, centrándonos en la exigencia de respeto a sus mandatos. Empeñarnos en la gran tarea de lograr la unidad nacional, con respeto y tolerancia, que tenga como premisa la reevaluación de la persona y sus derechos, el reconocimiento respetuoso de nuestras diferencias, resaltando méritos y valores, en aras de acabar con la sociedad de la sospecha, de la intolerancia, de la devaluación del colectivo social, apostando por la confianza en el prójimo, la valía del ser humano y el rescate de lo positivo, así como de las conductas paradigmáticas; el respeto y la defensa de los derechos humanos; el respeto escrupuloso de la independencia y autonomía de las instituciones, así como de sus competencias.
- Implementar, en paralelo, las treinta y cinco políticas de Estado aprobadas por el Acuerdo Nacional<sup>10</sup> que, en el eje temático “Democracia y Estado de Derecho”, son las siguientes: fortalecimiento del

régimen democrático y del Estado de derecho; democratización de la vida política y fortalecimiento del sistema de partidos; afirmación de la identidad nacional; institucionalización del diálogo y la concertación; gobierno en función de objetivos con planeamiento estratégico, prospectiva nacional y procedimientos transparentes; política exterior para la paz, la democracia, el desarrollo y la integración; erradicación de la violencia y fortalecimiento del civismo y de la seguridad ciudadana; descentralización política, económica y administrativa para propiciar el desarrollo integral, armónico y sostenido del Perú; y políticas de Seguridad Nacional.

En el eje “Equidad y Justicia Social” son las siguientes: reducción de la pobreza; promoción de la igualdad de oportunidades sin discriminación; acceso universal a una educación pública gratuita y de calidad y promoción y defensa de la cultura y del deporte; acceso universal a los servicios de salud y a la seguridad social; acceso al empleo pleno, digno y productivo; promoción de la seguridad alimentaria y nutrición; y fortalecimiento de la familia, promoción y protección de la niñez, la adolescencia y la juventud.

En el eje “Competitividad del país” son las siguientes: afirmación de la economía social de mercado, bús-

<sup>10</sup> Recuperado de <<https://bit.ly/3DcEsXS>>.

queda de la competitividad productiva y formalización de la actividad económica; desarrollo sostenible y gestión ambiental; desarrollo de la ciencia y la tecnología; desarrollo en infraestructura y vivienda; políticas de desarrollo agrario y rural; y política de comercio exterior para la ampliación de mercados con reciprocidad.

En el eje “Estado Eficiente, Transparente y Descentralizado” son las siguientes: afirmación de un Estado eficiente y transparente; cautela de la institucionalidad de las Fuerzas Armadas y su servicio a la democracia; promoción de la ética y la transparencia y erradicación de la corrupción, el lavado de dinero, la

evasión tributaria y el contrabando en todas sus formas; erradicación de la producción, el tráfico y el consumo ilegal de drogas; plena vigencia de la Constitución y de los derechos humanos y acceso a la justicia e independencia judicial; acceso a la información, libertad de expresión y libertad de prensa; eliminación del terrorismo y afirmación de la reconciliación nacional; sostenibilidad fiscal y reducción del peso de la deuda; gestión del riesgo de desastres; política de Estado sobre los recursos hídricos; ordenamiento y gestión territorial; y sociedad de la información y sociedad del conocimiento.

Junio del 2021



# LA CRISIS CONSTITUCIONAL REPUBLICANA ¿QUÉ NO DEBE IMITARSE?

Jorge Luis Cáceres Arce\*

**SUMARIO:** I. Elementos Constitucionales - Constituyentes: 1821 - 1860. – II. Evolución del constitucionalismo peruano: 1860 - 1930. – III. Crisis política y constitucional: 1930 - 1980. – IV. Etapa de consolidación constitucional: 1980 - 2021. – V. Bibliografía.

Hemos llegado al bicentenario de la emancipación de nuestra patria, sin mayores esperanzas sólidas, lo ocurrido en el régimen y/o período presidencial que culminó el 28 de julio, no encuentra precedente en el legajo de la historia republicana.

Se inició el 28 de julio del 2016, con la juramentación del Sr. Pedro Pablo Kuczynski Godard, conforme a lo contemplado en el numeral 116 de la Constitución Política y feneció este último 28 de julio del 2021, con la asunción al mando presidencial del profesor José

Pedro Castillo Terrones, que sucedió a don Francisco Sagasti.

## I. Elementos Constitucionales – Constituyentes: 1821 - 1860

El sistema de Gobierno peruano se encuentra enmarcado producto del devenir histórico que se inició en la carta de 1823, debatida y aprobada por el Congreso Constituyente instalado el 20 de setiembre de 1822, en la ciudad de los reyes y liderado por el ilustre clérigo y tribuno arequipeño, Francisco Javier de Luna Pizarro y Pacheco.

---

\* Doctor en Derecho. Ejerció el cargo de Decano en el Colegio de Abogados de Arequipa y de Consejero de la Academia de la Magistratura. Es vicepresidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y Vicerrector Académico de la Universidad Católica de Santa María de Arequipa.

El numeral 27 estableció que “El Gobierno del Perú es popular y representativo”<sup>1</sup>. Su gobierno debió expresar la voluntad ciudadana que el parlamento unicameral estaba obligado a garantizar.

La forma del ejercicio de la administración era a través de los tres poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Los constituyentes del 22 recogieron con acierto la sólida aplicación del principio de separación de poderes, herramienta útil y eficaz para la salud de la naciente democracia del aún infante Estado peruano. En el artículo 29 de la citada carta se reservó: “Ninguno de los poderes podrá ejercer jamás ninguna de las atribuciones de los otros dos.”<sup>2</sup>

Recordemos que el Congreso que se instaló fue unicameral, (el Senado conservador no funcionó) asumió las principales funciones y responsabilidades políticas de la naciente República y entre ellas elegir al presidente y vicepresidente (numeral 60 inciso 24), entre los individuos que le proponga el Senado).

El Parlamento eligió a José de la RIVA AGÜERO y SÁNCHEZ BOQUETE, en marzo de 1823 respaldado por el Ejército. Empero:

Los constituyentes lo acusaron de tener acuerdos con los realistas y planes con la monarquía española. El Parlamento

lo destituyó, lo vacó en el cargo; por su puesta traición a la nación. Riva Agüero, no aceptó la decisión del Legislativo y partió a Trujillo y dispuso la disolución del Congreso.<sup>3</sup>

Posterior a este acontecimiento el Congreso se reinstaló y nombró como presidente de la República en noviembre de 1823 a José Bernardo de Torre Tagle.

La carta vitalicia de 1826, de efímera vivencia que se quedó en la historia y que no trascendió (rigió no más de 50 días), pretendió incorporar al constitucionalismo peruano una serie de instituciones no amoldables al sistema político como: la tricameralidad, la presidencia vitalicia (con un Ejecutivo interminable, con un personaje con derecho a nombrar a su sucesor y un vicepresidente sometido políticamente al gobernante vitalicio).

El modelo de Gobierno federal se encuentra estructurado con un presidente vitalicio (dotado de inmunidad y que no respondía a nadie de sus actos gubernamentales y el Parlamento se encontraba impedido de juzgarlo) y un vicepresidente (en quien recaía toda la responsabilidad política, en sí sería un Primer Ministro), junto a ello, la propuesta contaba con 4 secretarios de Estado.

Planteó un cuarto poder: el electoral. Así se desarrolló en su título IV entre los numerales 20 al 23. Lo destacable

1 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Las Constituciones del Perú*, Arequipa: Antares, 2018.

2 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Las Constituciones del Perú*, ob. cit., p. 201.

3 CÁCERES ARCE, Jorge Luis, *La vacancia por incapacidad moral*, Arequipa: Antares, 2018.

del aporte constitucional radicó en que reservaron la necesidad de dictar una norma especial de elecciones (reglamento; hoy mentado como una disposición sistematizada, codificada, bajo la denominación: Código Electoral; que unifique, uniformice y organice según el ente rector los procesos electorales, en sus distintas instancias).

La forma de gobierno quedó sellada en su capítulo I, donde hace referencia a que la soberanía emana del pueblo; siendo este el ejercicio ciudadano que no se efectivizó, por la no aplicación de los extremos políticos de la ley de corte napoleónico y distante a las necesidades patrias, que generó el descontento ciudadano y creció el nacionalismo que condujo a la derogatoria de la carta bolivariana de pretensiones perpetuas, federales y románticas).

Reiteró la postura de un gobierno popular y representativo, recogido del texto de 1823; que, en sí, fue expresión lírica y distante a la voluntad de quienes pretendieron ejercer el poder político, bajo las reglas de esta norma constitucional consular de espíritu bonapartista.

La denominada “Madre de nuestras constituciones”, así la llamó el jurista talentoso Manuel Vicente Villarán y Godoy, a la Constitución de 1828, liberal y cuyo ideólogo fue Luna Pizarro inspirador a su vez de los textos supremos de 1823 y 1834.

El maestro José Pareja dijo de ella “Liberal por esencia, contenido y

ambiente”<sup>4</sup>. Sin duda “Fue un texto para el Perú y del Perú, a modo original la más importante del primer centenario de nuestra independencia, trascendente como las cartas castillistas de 1856 y 1860”<sup>5</sup>. Marcó las vigas rectoras del constitucionalismo peruano.

El texto del 28 fue moderado, conciliador, peruanista y diseñó la estructura del Estado y su forma de Gobierno: unitaria, democrática, descentralizadora, social y representativa que se ha venido consolidando en estas casi dos centurias de vida emancipadora.

La Constitución de 1828, se constituyó en el elemento histórico e ideológico que inspiraron y guiaron a los constituyentes que dictaron las leyes fundamentales que la precedieron; las cartas de: 1834 (su segunda edición), la de Huancayo de 1839, las normas supremas castillistas de 1856 y 1860 (esta última la de mayor vigencia; casi 60 años de vida política). La liberal de 1867 (que no entró en vigor y se restituyó los alcances jurídicos y políticos de la más veterana de las cartas, la otra semi-liberal de 1860) y la primera ley magna de inicios del bicentenario, la denominada Constitución “De la Patria Nueva”, de 1920, la que incorporó los conocidos derechos socializantes (recogidos de la ley de Querétaro de 1917),

4 PAREJA PAZ-SOLDÁN, José, *Historia de las Constituciones Nacionales (1812-1979)*, Lima: Fondo Editorial PUCP, 2005.

5 CÁCERES ARCE, *La vacancia por incapacidad moral*, ob. cit., p. 109.

empero no los garantizó y qué recién la carta de 1979, ella no solo las enumeró, lo trascendente de ella los reconoció y los garantizó.

El maestro VILLARÁN dijo de la carta emblemática del 28, en relación con las leyes que la precedieron “son como sucesivas ediciones corregidas, aumentadas o reducidas en un libro original”<sup>6</sup>.

Luego se dictó la ley de 1834, que contó como ideólogo al tribuno Luna Pizarro; de ella otro connotado jurista Toribio Pacheco escribió “La Constitución sancionada el 10 de junio de 1834, es casi la misma que la del año 28, con algunas modificaciones. Los artículos reformados no pasan de dos [...]”<sup>7</sup>.

En si fue la segunda edición del texto del 28, lo promulgó Luis José Orbegoso, encargado de la presidencia de la República, benemérito de la Patria otro caudillo militar. La nación peruana adopta como gobierno, la forma popular representativa consolidada en la unidad; apartan la propuesta federativa desarrollada por Sánchez Carrión y se va cimentando, la forma unitaria que hoy prevalece y que contó como mentor al clérigo arequipeño Luna Pizarro.

Ratifica la norma del 34, la valoración estadual al ecuaníme y sensato equilibrio del ejercicio de poderes, pre-

cisando en su numeral 9: “Ninguno de los tres poderes puede salir de los límites prescritos de esta Constitución”<sup>8</sup>.

Nuestra historia republicana registra el frágil episodio de la confederación “Peruana- bolivariana”. El proyecto de construir un Estado nor-peruano, cuyo inspirador fue el Mariscal don Andrés de Santa Cruz, generó espacios de intranquilidad política cuando en agosto de 1839 eligieron al General Agustín Gamarra, como presidente provisorio, y Ramón Castilla ocupa la cartera de Guerra; ante los constantes enfrentamientos militares de los generales, Francisco Vidal en contra de Santa Cruz y Domingo Nieto, que se adhiere a la postura del primero por respaldar la paz con Chile (impulsada por Santa Cruz; es necesario recordar que el Congreso chileno declaró la Guerra a la confederación y convenció al tirano argentino, Juan Manuel Rosas a respaldar tan infame hazaña militar).

En estos instantes de los anales históricos de la naciente patria, es que se registra como lo relata con acierto el maestro Jorge Basadre, que siete personajes se disputan la jefatura del Gobierno peruano. Los actores políticos en escena fueron: el Mariscal Santa Cruz, el proclamado presidente provisional por el Parlamento General Gamarra, el otro General Luis José Orbegoso, quién se encontraba al mando del Estado nor-peruano, el Mariscal José de la Riva Agüero (destituido en 1823 por el

6 VILLARÁN Y GODOY, Manuel Vicente, *Leciones de derecho constitucional*, Lima: Fondo Editorial PUCP, 1998.

7 PACHECO Y RIVERO, Toribio, *Cuestiones constitucionales*, Lima: C.E.C Tribunal Constitucional, 2015.

8 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Las Constituciones del Perú*, ob. cit., p. 289.

Congreso como Jefe de Estado), don Pio Tristán responsable de la jefatura del Estado Sur-peruano, el General Domingo Nieto, con despacho castrense en el sur chico y el oficial Francisco Vidal, con presencia militar en el norte (Huaraz).

Como bien lo apuntó don Enrique CHIRINOS SOTO: “Ante la historia Santa Cruz es el personero del gran Perú. El que, en vano convocó al Perú y Bolivia a un destino común y superior”<sup>9</sup>.

El Perú como territorio es y será la audiencia de Lima y la de Cusco, menos después de 1879 (de la Guerra del Pacífico).

Se instala en Huancayo el 15 de agosto de 1839, el Congreso Constituyente que debate y aprueba la nueva Constitución, Lima aún estaba sitiada por tropas chilenas (aportas de repararse).

La carta de 1839 crea el Consejo de Estado, órgano recogido del sistema francés (Estatuto de Bayona) y que los españoles lo incorporaron con acierto en la Constitución de Cádiz de 1812. Se amplía el período presidencial por 6 años, excluye las vicepresidencias de la República (el presidente del Consejo sucede al jefe del Estado) ignora a los ayuntamientos y los reemplaza por las intendencias.

El General Agustín Gamarra, es declarado presidente constitucional y ejerce el mando supremo de una nación

plural, representativa y consolidada en la fortaleza de la unidad y de la alternancia del ejercicio del poder estadual, que recae en la soberanía de los órganos autónomos.

Como todo militar (Gamarra) no cesa en sus afanes expansivos y se libra la batalla de Ingavi (territorio boliviano) donde el General Gamarra cae muerto y Ramón Castilla prisionero, el 18 de noviembre de 1841. El Perú de invasor se convierte en invadido, nuestro Ejército fue derrotado por las tropas del General Ballivian, que penetran en el sur del territorio peruano (Puno, Tacna, Moquegua, Arica y Tarapacá).

Ante el fallecimiento del General Agustín Gamarra, asumió la jefatura el presidente del Consejo de Estado Manuel Menéndez, sin embargo, se produce el denominado proceso de la “Anarquía Militar”.

Se constituye una Junta de Gobierno integrada por: Manuel Menéndez, Juan Crisóstomo Torrico, Francisco Vidal y Justo Figuerola: 1841 - 1843.

El llamado período de la “Anarquía Militar”, es relatado con detalle y precisión objetiva por el constitucionalista Chirinos Soto, donde la disputa del poder político se alternó entre militares y civiles (noviembre de 1841 a julio de 1844) y que lo resumimos así: “Menéndez por Torrico, Torrico por Vidal, Vidal por Vivanco, Vivanco por Castilla.”<sup>10</sup>

9 CHIRINOS SOTO, Enrique, *Historia de la república*, t. I, Bogotá: Panamericana, 1991.

10 CHIRINOS SOTO, *Historia de la república*, ob. cit., p. 142.

A esta sucesión de mando estadual de Gobierno entre 1841 a 1844, no podemos dejar de incluir a don Justo Figuerola, quien ocupó la Primera Vicepresidencia del Consejo de Estado y que, producto de la presión de la multitud, entregó las insignias de mando a las huestes vivanquistas a través de los balcones de su domicilio (marzo de 1843) y a don Domingo Elías, quien asumió las riendas del Estado el 30 de noviembre de 1843, a lo que la historia registra como la “Semana Magna”, como lo anotó el letrado Enrique Chirinos, frente al rechazo a las fuerzas vivanquistas.

No podemos olvidar los constantes enfrentamientos castrenses y políticos entre los ilustres militares: Manuel Ignacio Vivanco y Ramón Castilla que concluyó en la batalla de Carmen Alto, en julio de 1844 en Arequipa, con la derrota de las tropas vivanquistas. El General Vivanco, huyó a Mollendo; con este episodio se cerró una de las etapas más sangrientas de nuestra historia republicana.

En junio de 1852 se publicó el primer Código Civil Peruano (Gobierno de José Rufino Echenique), presidió la comisión redactora el Senador y luego ministro de justicia don Andrés Martínez, arequipeño formado en las escuelas francesas que recogió las instituciones romanas y españolas incorporándolas en el texto codificado de corte napoleónico.

Se instaló el segundo Gobierno de Ramón Castilla, (1855-1862), período no tan lúcido como el primer mandato

(1845-1851), se instala la convención nacional de tendencia liberal, que aprueba a la carta de 1856 que sustituye a la Constitución presidencialista de 1839; la nueva ley suprema desarrolla la libertad de culto, la subordinación del poder castrense a la civilidad y la plena independencia de la Iglesia frente al Gobierno. Esta nueva norma es promulgada por Ramón Castilla.

La forma de gobierno de la Constitución de 1856 está reservada a los numerales 41 y 42, que reiteró el modelo republicano democrático, representativo que encontró como aliado imprescindible a la unidad, tanto de orden político y geográfico.

En relación a los niveles de control y de responsabilidad, política los constituyentes del 56 desarrollaron la vieja figura española del “juicio de residencia”. Aquel funcionario que aspiraba a ocupar cargo público, conocía que al término de su mandato debía ser sometido al proceso constitucional de origen hispano y no asumiría otra función estadual, mientras no sea absuelto de la investigación preliminar.

Esta figura ibérica de textura moralizadora, fue apartada de nuestra normatividad constitucional ya que fue incómoda para aquellos caudillos que no toleraban controles políticos, ni legales.

Como lo hemos relatado la historia peruana registra en sus legajos, que en agosto de 1823 el Parlamento constituyente lo declaró “Reo de alta traición y

sujeto al rigor de las leyes”<sup>11</sup>, a don José de la Riva-Agüero y Sánchez Boquete, quien fue sometido ya en el destierro al “juicio de residencia”, supuestamente por negociar con las tropas reales, conspirar y poner en riesgo la unidad del Estado y la independencia patria.

A Ramón Castilla se le pretendió residentar al término de su primer mandato (1851), por exceso en la administración de los caudales públicos; el encargado de la acusación fue don Francisco Javier Mariátegui entonces Fiscal de la Corte Suprema; el proceso no prosperó.

Otro ensayo se entabló en contra de José Rufino Echenique y sus ministros, quienes fueron acusados por el descalabro de la economía nacional. Echenique fue el primer interesado desde el exilio, para que se le someta al “Juicio de Residencia”, el proceso constitucional no se cristalizó (noviembre de 1855) por falta de pruebas y de acuerdos políticos en el Senado.

No se puede dejar de resaltar que, bajo la vigencia de la carta de 1856, por primera vez se practicó en nuestra Patria el sufragio directo y universal. Esta norma suprema contó con destacadas virtudes doctrinarias como lo menciona el académico Raúl CHANAMÉ, “Contra todo el idealismo de la Constitución, la carta que propugnaba el cambio zumbido ante el conservadurismo, que le

hizo frente desde el pulpito para luego zaherirla en la plaza pública”<sup>12</sup>.

La presión del clero, liderado por el obispo arequipeño Bartolomé Herrera y respaldado por el Ejército condujeron a la caída de la carta del 56 y el Congreso que fue convocado para plantear reformas, se arrogó facultades constituyentes y terminó por derogar la Constitución de 1856 y aprueba la norma magna de 1860, la de mayor vigencia (más de 59 años).

## II. Evolución del constitucionalismo peruano: 1860 -1930

La carta del 60 fue producto de concesos, del diálogo entre conservadores y liberales, como lo resumió en una frase don Jorge GUILLERMO LEGUÍA “El abrazo del manquihuayo”.

En 1862 se produce la elección del primer presidente de origen puneño, el General Miguel de San Román. Instala su período el 24 de octubre de 1862, los vicepresidentes que lo acompañaron fueron los generales Juan Antonio Pezet y Pedro Díez-Canseco.

Hombre con cualidades y virtudes resaltantes como estratega militar y político prudente y tolerante. Lamentablemente enferma y fallece a los 5 meses de asumir el mando. El primer vicepresidente el oficial Pezet, se encontraba de viaje en Europa.

11 VALLE-RIESTRA GONZÁLES OLAECHEA, Javier, *La responsabilidad constitucional del jefe de Estado*, Lima: H. Benites-Rivas, 1987.

12 CHANAMÉ ORBE, Raúl, *Comentarios de la Constitución Política*, Lima: Editorial Jurista Editores, 2020.

Asumió en marzo de 1863 el segundo vicepresidente, General Díez-Canseco (quien luego cumplió dichas tareas en dos oportunidades posteriores como presidente interino, en el gobierno de Mariano Ignacio Prado 1865-1868).

El General DÍEZ-CANSECO, como buen militar republicano entrega el mando al primer vicepresidente el general Pezet en agosto de 1863, quien concluye el período en 1865.

Si hablamos de revoluciones, Arequipa ha sido recinto inigualable de ellas quien las relata con detalle cronológico y con certeza histórica, fue uno de los más preclaros intelectuales liberales, el talentoso Juan Gualberto Valdivia, el famoso “Deán Valdivia”.

La tendencia revolucionaria va calando en los rincones patrios del norte y del sur. En el norte el entonces coronel José Balta la lidera y en el sur su colega Mariano Ignacio Prado. La inevitable rivalidad entre los coroneles mencionados y la participación en el desencuentro del vicepresidente Díez-Canseco; le dio un aire de “Aureola constitucional” al conflicto civil, como bien lo registra don Enrique Chirinos.

Producida la revolución y, por ende, generada la intranquilidad gubernamental asume provisionalmente la jefatura, el general arequipeño Pedro Díez-Canseco por escasos días.

Manuel Ignacio Prado conduce en su condición de dictador legal el país a partir de noviembre de 1865,

luego se instala uno de los más notables gabinetes, el llamado “gabinete de los talentos”, (en alusión al recordado gabinete inglés). Este cuerpo de ilustres personajes participó con suma destreza al enfrentar a las tropas españolas en el combate del 2 de mayo de 1866, donde el ministro de guerra José Gálvez, fue el notable conductor militar que lideró a nuestros bravos marinos al triunfo definitivo que selló nuestra independencia. Acompañaron a Gálvez los arequipeños Toribio Pacheco, José Simeón Tejeda y José María Quimper y a ellos Manuel Pardo.

Se convoca a otro Congreso Constituyente en febrero de 1867 de tendencia liberal, este texto sin duda es la segunda edición de la carta de 1856. Rigió entre agosto de 1867 al 6 enero de 1868 (día del aniversario de la Provincia de Islay- Mollendo, en conmemoración al 6 de enero de 1871, en que se inauguró el ferrocarril que unió las ciudades de Arequipa y Mollendo, durante el Gobierno de José Balta).

La forma de Gobierno está reservada a la tendencia republicana, democrática, fundada en la unidad, como fortaleza de la integridad y la solidez del Estado peruano. (Carta de 1867)

El ejercicio de las funciones públicas se encontraba reservado a los titulares de los órganos constitucionales. Esta carta del 67 pretendió consagrar un régimen más acentuadamente parlamentario que presidencial, que la Constitución de 1856.



Fue un texto más radical que la del 56, en el contexto religioso (intolerancia religiosa) y profesó la libertad de enseñanza de credo. La vida humana volvía a ser inviolable.

El gobierno de José Balta se apertura el 2 de agosto de 1868, su gestión contó con tres variables destacables: déficit fiscal, construcción de ferrocarriles y la crisis política (el levantamiento de los hermanos, los coroneles Gutiérrez) como lo anota con precisión don Enrique Chirinos.

Los militares oriundos de la zona de Majes, Marceliano, Tomás, Silvestre y Marcelino Gutiérrez protagonizaron “el cuartelazo de los Gutiérrez”, quienes pretendieron impedir que don Manuel Pardo y Lavalle, el primer presidente civil asumiera funciones en 1872 (fundador del primer partido político el civil, denominación contraria al imperante militarismo de la época).

Los hechos son relatados con certeza por el célebre historiador Jorge Basadre. Tomás Gutiérrez se desempeñaba como ministro de guerra del presidente José Balta, los otros hermanos también oficiales del ejército ocupaban cargos estratégicos en regimientos de Lima y de Arequipa. CHIRINOS indica al respecto: “el 22 de julio en la Plaza de Armas de Lima, Marceliano Gutiérrez proclama Jefe Supremo de la República a Tomás. El cuartelazo carece de pretexto. Por lo tanto, carece de bandera”.<sup>13</sup>

Los oficiales y hermanos Gutiérrez pretendieron tomar el poder político por la fuerza y arrestan al presidente Balta y lo conducen al Cuartel de San Francisco, donde es asesinado salvajemente en su lecho (la noche del 26 julio de 1872 por orden de Marceliano, custodio del mandatario).

La población civil no tolera ni admite el levantamiento militar de los Gutiérrez y los aprende. La turba los enfrenta por el horror de los crímenes cometidos y la muerte sin piedad del mandatario Balta. La ciudadanía actuó con alta responsabilidad cívica e hizo respetar la voluntad democrática de la elección de don Manuel Pardo. Ejercieron con valentía sus libertades políticas y no cedieron a la presión mediática del poder militar.

Los hermanos Gutiérrez terminaron acribillados por la población civil, que los ejecutó y sus cadáveres fueron colgados en las torres de la Catedral de Lima (Los cuerpos de Tomás y Silvestre), mientras que el cadáver de Marceliano apareció en el Callao. El único que no es asesinado es Marcelino, quien es resguardado por sus colegas militares. La colectividad civil garantizó su derecho de insurgencia en defensa de orden constitucional.

El presidente electo Pardo y Lavalle, recibe la banda presidencial de presidente del Senado don José Simeón Tejeda (2 de agosto del 1872), a la muerte del presidente José Balta asumió provisionalmente la jefatura del Estado, el Primer

13 CHIRINOS SOTO, *Historia de la república*, ob. cit., p. 231

Vicepresidente don Mariano Herencia, con el pleno respaldo político del otro Vicepresidente el General Francisco Díez-Canseco (hechos sucedidos entre el 26 de julio al 2 de agosto de 1872).

El Congreso chileno declara la Guerra al Perú el 2 de abril de 1879. El 18 de diciembre los diarios limeños anuncian la deserción nada elegante del entonces mandatario Mariano Ignacio Prado, informan que el general Luis de la Puerta está a cargo de palacio.

El decano de la prensa nacional publica “El viaje del General Prado, no significa otra cosa que una vergonzosa deserción. Si no ha perdido el juicio, Prado es un monstruo de perfidia, de egoísmo y de degradación”<sup>14</sup>

Para otros ilustres y acuciosos investigadores de nuestro pasado, como don Enrique Chirinos, el señor Prado contó con la autorización del Senado para viajar a París y el gabinete respaldó esa decisión a excepción del Ministro mistiano José María Quimper; el Jefe del Estado no llevó joyas ni alhajas al extranjero; como sí lo afirma categóricamente otro evaluador de nuestros archivos políticos, don Víctor Andrés García en el libro “El Expediente Prado”, quien a través de una investigación documentada y debidamente sustentada, considera que Prado se enriqueció ilícitamente y huyó de sus responsabilidades constitucionales conferidas por la nación.

El veterano general La Puerta, se encarga de la presidencia; empero la protesta popular es incontenible y lo aparta del poder. El califa arequipeño se abre paso ante la ausencia de Prado y el 23 de diciembre asume con el título de jefe supremo de la república, don Nicolás de Piérola Villena.

La guerra con Chile nos destruyó no solo militarmente sino políticamente, y sin duda en el orden económico, social y moral. Duró de 1879 a 1884.

Piérola gobierna hasta 1881, Lima es tomada por tropas chilenas y tiene que marchar a Canta, los vecinos capitalinos reunidos eligen como presidente al jurista arequipeño Francisco García-Calderón, quien asume con hidalguía la defensa y dignidad de la patria y su territorio, rehusándose a firmar el tratado de paz con Chile a cambio de ceder las ciudades de: Tacna, Tarapacá, Arica y otras.

Entre tanto Piérola ejerce cierta autoridad al interior del país, la cual adquiere respaldo por parte del almirante don Lizardo Montero en el Norte, de don Alejandro del Solar en el sur y en el centro del entonces coronel Andrés Avelino Cáceres.

En el período penoso y fatídico de la Guerra del Pacífico, se alternaron en la jefatura del Estado una serie de personajes de formación castrense y civil entre quienes encontramos a: Prado, La Puerta, Piérola, García-Calderón, Montero, Cáceres e Iglesias.

14 SANTILLANA CANTELA, Tomás, *Historia de una traición impune*, Lima: Mid SAC, 2011.

Para los chilenos les era incomodo la presencia de García-Calderón, debido a que no firmaría el acuerdo de paz con cesión de territorio y aún más el jurista venía recibiendo el respaldo de aquellas zonas no ocupadas por el Ejército sureño. Producto de la presión política interna (seguidores de Piérola) y de los invasores, el presidente provisional García-Calderón fue apresado y desaterrado en noviembre de 1881 junto a su ministro Manuel Gálvez.

El ascendido coronel Andrés Avelino Cáceres (luego a mariscal), producto de la campaña de la Breña y de las batallas de Tarapacá, del Alto de la Alianza, San Juan de Miraflores y Pisagua con las tropas chilenas; se convirtió sin duda en el protagonista político de la época y asume la presidencia de la República en agosto de 1882.

El general Miguel Iglesias se enfrentó al “Brujo de los Andes”; sin embargo, condujeron batallas efectivas (Cáceres e Iglesias) para mermar el poderío bélico chileno. Fue un militar embestido de patriotismo e identidad cívica que cauteló con valor el “Morro Solar”.

No cabe duda que las contiendas internas entre Cáceres e Iglesias, en plena Guerra con Chile (noviembre de 1884) nos afectaron significativamente y desestabilizaron aún más a la precaria gobernabilidad. Empero ambos oficiales aportaron con sus hombres, sus tropas, sus fusiles y sus destrezas para derrotar en su momento al regimiento invasor.

Entre los primeros partidos políticos que surgieron durante y después de la cruel guerra con el país sureño, encontramos al civil, cuyo ideólogo y líder fundador fue Manuel Pardo y Lavalle, que llegó a Palacio en agosto de 1872 y cuyos ideales reposaron en el respeto de la ley, la búsqueda del orden, la paz social, el progreso y la estabilidad económica; esta colectividad política no toleró el desorden militar y la anarquía política; introducida por los caudillos castrenses, su ideario fue relanzar la “Utopía republicana”, como lo anota doña Carmen Mc Evoy, soñaron con la construcción de una colectividad nacional de patriotas con ideales inspirados en la nación, en el Estado y no en las personas.

En 1888, don Nicolás de Piérola Villena nacido en Camaná, redacta la declaración de principios del segundo partido político peruano “El Demócrata”. La colectividad política lo comienza a llamar “El Califa”, en alusión a su mágico personaje, de perfil de costumbres orientales y religiosas y con dones proféticos y con el manejo versátil del lenguaje criollo.

Posterior a los movimientos mencionados, se constituyen el partido constitucional cuyo mentor fue el mariscal Andrés Avelino Cáceres y el partido liberal inspirado y liderado por Augusto Durand (este partido no llegó al Palacio de Pizarro).

Los montoneros se organizaron y promueven la coalición nacional que

converge a los adversarios de ayer (civilistas y demócratas) y arriban a un pacto relevante y aplaudible; se reconcilian y acuerdan respaldar la candidatura de Piérola; caudillo natural e innegable, que se enfrenta a la candidatura del mariscal Cáceres, a quien lo derrota en las ánforas.

Antes de este episodio electoral en abril de 1890, fallece el presidente Remigio Morales Bermúdez, debió ser remplazado por su primer vicepresidente don Alejandro del Solar, empero los seguidores del cacerismo se encargaron de que el segundo vicepresidente Justiniano Borgoño, asuma las riendas presidenciales e impidieron que el señor Del Solar, conduzca la jefatura del Gobierno.

El presidente de finales del siglo XIX e inicios del siglo XX fue el ciudadano Eduardo López de Romaña (1899-1903) de las filas demócratas, que recibió el respaldo político de los civiles. Hubo otros dos pre-candidatos, los diligentes líderes don Guillermo Billinghurst (ex-alcalde de Lima) y Manuel Pablo Olaechea (quien fue presidente del Senado).

Un episodio que registro nuestro legajo político aparece en 1904, cuando el connotado civilista Manuel Cándamo, presidente en ejercicio, fallece. El primer vicepresidente Lino Alarco muere antes, permanece en funciones el otro vicepresidente el profesor cusqueño Serapio Calderón, quien, conforme al mandato constitucional de la carta del

1860, convoca a elecciones y estas fueron logradas por el hijo del fundador del partido civil, don José Pardo y Barreda (1904-1908).

Era febrero de 1914 don Guillermo Billinghurst Angulo, es vacado del cargo de la presidencia de la República por pretender disolver el Parlamento y gobernar a través de plebiscitos.

Diputados y senadores redactaron el famoso manifiesto que se constituyó en una herramienta eficaz que se adelantó a las intenciones nada democráticas, sanas, saludables y transparentes de Billinghurst, de quebrar el orden constitucional y por ello el Congreso lo vacó por incapacidad moral. Lo destituyó el Parlamento que lo ungió en 1912, con el respaldo del partido demócrata y el movimiento liberal.

Queda vacado a la presidencia de la República porque don Guillermo Billinghurst, está absolutamente incapacitado para continuar ejerciendo el mando que le confirió el Congreso en 1912, del cual cesa en este momento.<sup>15</sup>

El Congreso acordó encargar la jefatura del Estado a una junta de representantes liderada por el diputado liberal Augusto Durand. Posterior a esta decisión, el ejército aliado a un sector del Parlamento embistió como presidente provisional al entonces coronel Oscar Raimundo Benavides Larrea, que go-

---

15 PLANAS SILVA, Pedro, *Democracia y tradición constitucional en el Perú*, Lima: San Marcos, 1998.

berno con un equipo de ciudadanos con pericia política como: José Matías Manzanilla, Arturo Osoreo, Benjamín Boza y otros.

En 1919 se convocaron a elecciones presidenciales y es elegido por segunda vez como presidente el ciudadano chilayano Augusto Bernardino Leguía y Salcedo, que derrotó al candidato civilista Antero Aspíllaga.

Leguía electo para un período de cuatro años (artículo 85 de la Constitución de 1860) se adelantó al acto de juramentación y con el respaldo de un sector del Ejército insurgió en Palacio de Gobierno el 4 de julio de 1919 y expulsó al presidente en funciones don José Pardo. Se produjo un golpe de Estado del presidente electo al presidente constitucional en funciones. Con este acto se expidió la partida de defunción de la República aristocrática (1895-1919) así denominada por Jorge Basadre.<sup>16</sup>

Instalado en Palacio, el señor Leguía, 24 días antes de la fecha programada y establecida para la transmisión del mando presidencial (28 de julio), anunció la convocatoria de un plebiscito para aprobar una nueva Constitución, debatida por la asamblea constituyente, donde participaron con acierto Javier Prado Ugarteche (luego Rector de la Universidad de San Marcos), Mariano Hilario Cornejo, Enrique Basadre, Alfonso Delgado Vivanco, Pedro José Rada y Gamio, entre otros.

Leguía perpetuó el golpe de orden civil, no solo para asegurar su elección, sino para sacudirse de los diputados civilistas que le generaron impases políticos en su primer mandato (1908-1912) y sin duda tener lejos del poder y de Lima al líder del civilismo José Pardo (dos veces presidente de la nación [1904-1908 y 1915-1919]).

El régimen que duró 11 años y que se denominó “Patria Nueva” (nombre del movimiento político con el que triunfó Leguía para este segundo período, ya que en su primer Gobierno fue respaldado por el partido civil) efectuó una serie de actos contrarios al orden constitucional, viéndose obligado Víctor Andrés Belaunde a renunciar a la Embajada en Montevideo y, a Riva Agüero, a publicar un solitario manifiesto que exigía el sumo e indiscutible respeto al sistema constitucional que fue quebrado por el señor Leguía el 4 de julio de 1919. Así, asume funciones de presidente provisional y convoca a elecciones parlamentarias, interviene la Corte Suprema y otros órganos autónomos.

Los 19 planteamientos de reforma que fueron sometidos a opinión de la ciudadanía se aprobaron (25 de agosto) destacando los denominados derechos sociales y laborales recogidos del constitucionalismo mexicano: la ampliación del período presidencial a cinco años, el voto femenino en las elecciones municipales (que no se efectivizó) y el retorno a la institución del Consejo de Estado.

16 CÁCERES ARCE, *La vacancia por incapacidad moral*, ob. cit., p. 128.

La carta de 1920, fue aprobada por la colectividad vía plebiscito y promulgada en enero de 1920. La silueta del texto encerró caracteres de orden: liberal, futurista y legalista. Los derechos fundamentales solo estuvieron enumerados, empero no reconocidos ni menos garantizados.

Los alcances de este texto, lamentablemente, no llegaron a concretarse por el excesivo personalismo del señor Leguía, la imperante corrupción y la mediocridad política que imperó en el llamado oncenio de los desaciertos, que se dedicó a perseguir a jóvenes universitarios, entre ellos a Haya de la Torre (presidente de la Federación estudiantil).

El señor Leguía terminó gobernando hasta agosto de 1930, gracias a dos reformas constitucionales que le permitieron reelegirse (Ley N.º 4687 de 1923 y Ley N.º 5857 de 1927).

Era inevitable la caída del régimen del oncenio. La guarnición de Arequipa se levanta el 22 de agosto de 1930, a órdenes del entonces comandante Luis Miguel Sánchez Cerro. La población civil y el estudiantado universitario respalda al movimiento cívico.

Se redacta un elocuente y sesudo “Manifiesto de Arequipa”, cuya mentoría correspondió al entonces diligente José Luis Bustamante y Rivero que en resumen expresó la voluntad espontánea, motivada y genuina de un pueblo que ya no toleraba más actos de corrup-

ción y de abusos del tirano ocupante de la casa de Pizarro.

Leguía pretende poner paños fríos al levantamiento militar y a las protestas civiles y organiza un nuevo gabinete liderado por el General Fernando Sarmiento y Soriano, la decisión no recibe el respaldo de los altos mandos militares y se constituye una nueva Junta Militar liderada por otro general don Manuel María Ponce, esta junta invita a Sánchez Cerro a incorporarse, este rechaza la propuesta y desconoce la Junta.

Augusto Leguía, el 25 de agosto, acepta su derrota política y declina al mando ante la Junta que preside el oficial Ponce.

Ante la dimisión, la presión militar y el pleno rechazo social sale de Palacio de Pizarro, acompañado de sus hijos Juan y Augusto, sus edecanes, el jefe de la casa militar y el chofer asignado. Se embarca en el crucero “Almirante Grau”, el capitán del mismo recibe órdenes de retornar al puerto del Callao. Leguía desembarca y lo conducen a la penitenciaría de Lima, donde es recluido y fallece el 7 de febrero de 1931 en compañía de su hijo Juan; luego que fue sometido a un riguroso proceso inquisitorio ante un tribunal político, integrado por sus adversarios y digitado por Sánchez Cerro. Debió ser juzgado por los actos lesivos y corruptos cometido durante su largo mandato de dos reelecciones; empero respetándose el debido proceso y sus sagrados derechos constitucionales.

### III. Crisis política y constitucional: 1930-1980

Luego de la caída de Leguía, la sucesión presidencial es caótica y de anarquía.

don Enrique Chirinos nos alcanza el detalle cronológico del caso: después de la dimisión de Leguía, asume transitoriamente el General Manuel María Ponce (25 de agosto de 1931). El comandante Sánchez Cerro sucede al General Ponce el 27 de agosto.

El 20 de marzo de 1931, Sánchez Cerro debe renunciar ante la presión militar de la guarnición de Arequipa, por lo que se convoca a una asamblea de notables. El comandante en palacio entrega simbólicamente las insignias del mando (así lo comenta don Jorge Basadre) al obispo de Arequipa y recientemente designado administrador apostólico de la Arquidiócesis de Lima Monseñor Mariano Holguín (quien reemplazó al Obispo Emilio Lissón, que fue retirado del cargo por presión del Gobierno provisional en setiembre de 1930).

Después de horas, el obispo Holguín hace entrega las insignias de mando al Doctor Ricardo Leoncio Elías, presidente de la Corte Suprema, por disposición de la Asamblea.

El 5 de marzo de 1931, el comandante Gustavo Jiménez (enemigo declarado del Leguismo), se presenta en la casa de Pizarro y le exige la renuncia al

magistrado Elías. El letrado hace entrega formal del poder político al militar.

El oficial Jiménez queda encargado de las funciones del Ejecutivo hasta el 11 de marzo de 1931. El indicado día asume el ex pierolista David Samanez Ocampo, las riendas del Gobierno nacional y lo incorpora como Ministro de Guerra a Gustavo Jiménez.

La junta liderada por el apurimeño Samanez, convoca a una comisión integrada por los colosos del derecho para redactar el ante proyecto de la carta de 1931, presidida por Manuel Vicente Villarán y con él Víctor Andrés Belaunde, Emilio Romero, José León Barandiarán, Jorge Basadre, Toribio Alayza, Ricardo Palma y otros connotados juristas.

En octubre de 1931, se convoca a elecciones presidenciales y es elegido el candidato Luis Miguel Sánchez Cerro de 42 años, del partido "Unión Revolucionaria -UR", cuyo ideólogo era el abogado Luis Flores (luego candidato a la presidencia en 1936, ministro y senador). El comandante gana en la contienda al joven líder trujillano Víctor Raúl Haya de la Torre de 36 años del partido aprista.

Se presentaron 4 candidatos a la primera magistratura de la nación: Luis Sánchez Cerro (UR) Haya de la Torre (Apra), José María de la Jara (Partido Descentralista) y Arturo Osorio (Partido Constitucionalista-Cacerista). La diferencia de votos entre ganador y el segundo lugar fue de 46, 000 votos (según información del ente electoral).

El presidente del Parlamento, Luis Antonio Eguiguren Escobedo, le impuso la banda presidencial al general Sánchez Cerro recientemente ascendido (los 22 representantes apristas no concurren a la juramentación entre ellos: Luis Alberto Sánchez, Carlos Manuel Cox, Antenor Orrego, Alcides Spelucín y otros).

El gobierno de Sánchez Cerro comete una serie de excesos, ante ello se presentan protestas sindicales y estudiantiles que son reprimidas con dureza por las fuerzas del orden. Los diputados opositores fueron apresados (entre ellos Pedro Muñiz). Se dictó la ley de emergencia, que restringía libertades y una serie de garantías constitucionales.

Se produjo la imperdonable Revolución de Trujillo en julio de 1932, con el derramamiento de sangre injustificada con víctimas tanto de la población civil y de las fuerzas policiales y militares, lo que pudo generar una Guerra Civil en el país.

El 30 de abril de 1933, es asesinado el presidente Luis Sánchez Cerro, por el joven Abelardo Mendoza Leyva. Ante la muerte del presidente, le corresponde al Congreso elegir al sucesor (artículo 123 de la carta del 33). El Parlamento decidió elegir inconstitucionalmente al general Oscar R. Benavides Larrea, quien ocupada el cargo del jefe del Ejército. La Constitución establecía que ningún oficial en servicio activo podía ocupar un cargo político. El numeral 137 de la carta mencionada normó “Son inelegi-

bles presidentes de la República [...] los miembros de la Fuerzas Armadas que se hallen en servicio.”<sup>17</sup>

El General Benavides gobernó entre abril de 1933 a julio de 1939; debió completar el período del fallecido mandatario Sánchez Cerro (1931-1936), empero desconoció los resultados electorales de 1936 que dieron como triunfador al abogado Luis Antonio Eguiguren (con el respaldo del órgano electoral) y prorrogó en forma ilegal su período presidencial hasta 1939, siendo sucedido por Manuel Prado Ugarteche (hijo de Mariano Ignacio Prado). El mariscal Benavides, gobernó con poderes absolutos, el Parlamento claudicó en su rol controlador y avaló el cierre del Congreso y se restringieron las libertades constitucionales; es decir fue una dictadura legal.

La forma de gobierno preceptuada en la norma constitucional del 33, era recogida de la carta del 20, al hacer referencia que somos una república. Es decir un Estado con pasado, con historia, con identidad, con personalidad, con dignidad y con profundos valores culturales y éticos. Se reconoce a la democracia como herramienta fundante de las decisiones concebidas con tolerancia y en el pleno ejercicio de libertades y voluntades plurales; e incluye como indicador a la representatividad que expresa legitimidad y proporcionalidad frente a: mayorías de minorías, a minorías de mayorías, a mayorías de mayorías

17 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Las Constituciones del Perú*, ob. cit., p. 521.



y a minorías de minorías (Composición de grupos parlamentarios o de bancadas). No podía estar ausente un tercer indicador que se encuentra inserto en el devenir del legajo de nuestra república, la unidad como instrumento de alianza, de unión de fusión territorial y de integración política, social, económica y cultural de la nación mestiza.

Bajo la vigencia de la carta de 1933, los periodos presidenciales que no fueron interrumpidos por golpes militares son: el primer Gobierno de Manuel Prado (1939-1945) y el “seudo” régimen de Manuel Odría (1950-1956), digo “seudo”, ya que el señor Odría fue candidato único. El otro postulante presidencial Ernesto Montagne, fue apartado de la contienda electoral y se dispuso su arresto por el levantamiento popular de Arequipa liderado por el tribuno y último caudillo legítimo Francisco Mostajo Miranda. El general Montagne no estuvo involucrado en la llamada Revolución de junio del 50, iniciada por estudiantes del Colegio de la Independencia Americana, en contra de los abusos de su director don Juan Zela Koor y del prefecto el coronel Daniel Meza Cuadra.

Otro episodio nefasto que enfrentó el General Odría, fue el asilo político de Haya de la Torre (quién permaneció por más de 5 años en la residencia del Embajador de Colombia en Lima) perseguido por la dictadura, por sus ideas políticas.

Se constituye el Frente Democrático Nacional (1944), respaldado por el parti-

do aprista, por sectores conservadores, por el mariscal Benavides, por líderes arequipeños de la talla del alcalde mistiano Julio Ernesto Portugal y del ex constituyente Manuel J. Bustamante; quienes respaldan la candidatura del jurista José Luis Bustamante y Rivero, quien cumplió funciones de Embajador en Bolivia y de ministro en el régimen de Sánchez Cerro.

Bustamante, con el respaldo popular, derrota en las ánforas al Mariscal Eloy Ureta (vencedor de la campaña del 41) quien contó con el beneplácito político del presidente Manuel Prado. El 28 de julio de 1945, jura el arequipeño Bustamante ante el presidente del Senado José Gálvez y la Cámara de Diputados era ocupada por el líder aprista, Fernando León de Vivero.

Bustamante y Rivero, hombre de profundos valores cristianos, tribuno y jurista; no se adaptó a las circunstancias políticas, no hubo un eficaz diálogo entre el presidente y la bancada aprista que era mayoría en el Parlamento, no existía el adecuado enlace con los sindicatos, ni con los universitarios, ni menos el contacto con los pueblos y las municipalidades de la Patria. don Manuel Seoane dijo de él “Nosotros creíamos haber elegido al capitán del equipo. Bustamante creyó que habíamos elegido al árbitro del juego”.<sup>18</sup>

El general de brigada Manuel Apolinario Odría Amoretti, se desempeñó

18 Véase, PRIETO CELI, Federico, *Así se hizo el Perú. Crónica Política de 1939 a 2018*, Lima: Penguin Random House, 2019.

como ministro de Gobierno (hoy del Interior), en el régimen de José Luis Bustamante, renunció en junio de 1948 al gabinete. De ahí inicio las conspiraciones para derrocar al gobierno constitucional, para ello contó con el pleno respaldo del Ejército y de la coalición anti-aprista formada por el influyente empresario liberal y líder político Pedro Beltrán Espantoso (propietario del diario La Prensa) y del ex militante comunista y luego convertido en un socialista dudoso, Eudocio Ravines.

Para Pedro Beltrán hombre inteligente, audaz y con olfato político; el presidente Bustamante era dubitativo, carecía de intuición política, no se conectó con el Parlamento y con las clases sociales y marginales.

La inflación era incontrolable, el desempleo, las protestas sindicales y estudiantiles, el descontento de los agroexportadores y de la clase media era imparable. Un Congreso opuesto a las decisiones del Ejecutivo; la escena política nacional no era homogénea ni estable; todo era propicio para otro golpe de Estado o quiebre a la democracia adolescente.

El 27 de octubre del 1948, el general Manuel Odría, lidera el quebrantamiento al sistema constitucional, la guarnición de Arequipa se levanta y recibe el respaldo cástrense de la brigada acantonada en Lima, bajo las órdenes del General Zenón Noriega.

El presidente Bustamante no renuncia, es embarcado rumbo a Buenos Aires, concluye la primavera democrá-

tica, el Perú retorna a su habitualidad es decir a su normalidad, a su época de dictadura, como algún día lo mencionó con suma nostalgia el poeta Martín Adán. El dictador gobernó atropellando derechos y libertades persiguiendo a peruanos por sus ideas, a unos privándolos de sus libertades por su manera distinta de pensar a él, a otros deportándolos e inclusive atentando contra su integridad física como fue el caso del asesinato del líder sindical Luis Negreiros Vega.

El período presidencial según la carta del 33, era de seis años, se convocó a elecciones en 1962, para suceder en el mandato a Manuel Prado (segundo Gobierno 1956-1962). Para este proceso electoral del 10 de junio de 1962 se presentaron personas de la política peruana con arraigo ideológico y social y con cualidades innatas de líderes dotados de idoneidad como; Haya de la Torre, Fernando Belaunde, Héctor Cornejo Chávez, Alberto Ruíz Eldredge y Luciano Castillo y a ellos se sumaron Manuel Odría y el General César Pando.

Desde la perspectiva del arrastre popular eran tres los personajes con mayores opciones: Haya de la Torre, Belaunde Terry y Odría Amoretti. Se produce el resultado de la voluntad ciudadana y el ganador es Haya de la Torre, seguido de cerca por el Arquitecto Belaunde Terry de Acción Popular.

Haya de la Torre no obtuvo la mayoría absoluta, requería de la votación del Congreso y para ello las fuerzas parlamentarias debían trazar alianzas

(tercio constitucional del total de votos no alcanzados para que el Jurado Nacional de Elecciones proclame al ganador). El país terminó dividido en tres tercios; el tradicional tercio aprista, el tercio populista y el tercio conservador. La diferencia fue de 14,357 votos entre Haya de la Torre y Belaunde.

El resultado estaba tachado por la cúpula de las Fuerzas Armadas, no aceptarían como presidente del país a Haya de la Torre (no se olvidaban de la profunda herida marcada el 7 de julio de 1932, con la Revolución de Trujillo, generada a la institución cástrense).

Exigían al presidente del Jurado Nacional de Elecciones, Dr. José Enrique Bustamante, que este órgano constitucional decreta la anulación del proceso electoral por una manifiesta voluntad de fraude, a lo que luego acceden producto de la presión mediática.

Antes de ello, el jefe de Estado, Manuel Prado, cita a Palacio al candidato Haya de la Torre y le trasmite el recado abusivo, arbitrario e intolerante del Ejército y de los ministros de las Fuerzas Armadas; que no permitirían que se embista de la banda presidencial (ello sucedió el 2 de julio de 1962). El 4 de julio el líder trujillano pronunció uno de sus más calificados mensajes al pueblo “Del Veto”, con ese discurso aceptó un veredicto irracional; empero lo admitió por la gobernabilidad; el hombre demostró su estatura intelectual con ética y de un político con plenas cualidades morales. El 18 de julio, el

“Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas”, decide derrocar al régimen constitucional de Manuel Prado (con la anuencia sumisa de los candidatos: Belaunde, Castillo y Pando).

Asume el destino del país una Junta Militar integrada por los generales: Ricardo Pérez Godoy, Nicolás Lindley López, Pedro Vargas Prada y Juan Torres Matos, quienes gobiernan entre el 18 de julio del 62 al 28 de julio del 63, en que entregan las riendas del poder al líder de Acción Popular, Fernando Belaunde.

El primer período de Fernando Belaunde comienza con inconvenientes de cálculo político, no contaba con mayoría en las ramas legislativas, ambas cámaras eran controladas por el Apra y por la Unión Nacional Odriista. En forma constante los gabinetes recibieron el rechazo a las políticas sectoriales formuladas y contaron con los conocidos votos de censura y en otros casos los ministros fueron interpelados.

Los gabinetes presididos por Oscar Trelles, Fernando Schwalb, Edgardo Seoane (Primer vicepresidente) Daniel Becerra, Raúl Ferrero, Oswaldo Herculles (quien dimite por el escándalo de la famosa página 11) y Manuel Mujica Gallo, quien jura el 2 de octubre de 1968 (último gabinete) fueron censurados constantemente.

Denuncias vinculadas a la sobrevaloración de obras, contrabando de mercancías para los bazares militares, donde se comprometía la participación de altos oficiales de la Marina de Guerra,

el escándalo de la firma del contrato de la “Brea y Pariñas”, el denominado grupo de asesores y amigos “Los Carlistas” (Carlos Ferrero, Velarde y Muñoz). Que eran reconocidos empresarios que perseguían sus intereses particulares y no de servir al Estado<sup>19</sup>.

El gobierno del arquitecto Belaunde rigió 60 meses. Concluyó abruptamente la madrugada del 3 de octubre del 68, cuando un grupo de oficiales del Ejército al mando de los coroneles Enrique Gallegos (luego ministro de agricultura) y Rafael Hoyos Rubio (luego comandante general del Ejército) irrumpieron en palacio. La sede del Ejecutivo se encontraba cercada por oficiales “rengers”, efectivos de la PIP, de la Guardia Civil y tanques.

El jefe de Estado, es arrestado. “Está usted detenido por orden del comando revolucionario”<sup>20</sup>. El presidente Belaunde: “Identifíquese miserable, está usted hablando con el presidente Constitucional de la República”<sup>21</sup>. “Soy el coronel Enrique Gallegos... Tengo orden de detenerlo”<sup>22</sup>.

El presidente Belaunde es conducido al aeropuerto y deportado a Buenos Aires, en un avión APSA, en el espigón del terminal aéreo se encontraba don

Rafael Belaunde, padre del arquitecto y otrora ex primer ministro del régimen de Bustamante y Rivero; quien, en octubre del 1948, fue expulsado a la capital argentina por el golpista Odría.

El entonces presidente del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, general Juan Velasco Alvarado (quien participó en la noche del 2 de octubre de 1968, en el acto de juramentación del último gabinete presidido por Mujica Gallo), es el líder la Junta Revolucionaria e impulsor del Plan Inca y de su Estatuto.

El General piurano comanda en su primera etapa el Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada (3 de octubre de 1968 al 28 de agosto de 1975), la segunda etapa la lideró el General Francisco Morales Bermúdez Cerruti (29 de agosto de 1975 al 28 de julio de 1980) y aplicó el Plan Túpac Amaru; que reemplazó al Plan Inca y que sepultó al SINAMOS y liquidó a la poderosa Confederación Nacional Agraria y a otras instancias velasquistas.

Producto de los reclamos sindicales del sector magisterial, de los empleados bancarios, de los jóvenes universitarios y de una huelga policial sin precedentes, el Gobierno militar emite el decreto de convocatoria de elecciones para la Asamblea Constituyente (Ley N.º 21994 del 15 de noviembre de 1977) y se establecen seis reglas para el indicado proceso, donde son elegidos 100 constituyentes e intervinieron 12 agrupaciones políticas.

19 Véase, QUIROZ, Alfonso W., *Historia de la corrupción en el Perú*, 2.ª ed., Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2016.

20 BAELELLA TUESTA, Alfonso, *El poder invisible*, Lima: Andina, 1976.

21 BAELELLA TUESTA, *El poder invisible*, ob. cit., p. 34

22 *Ibid.*, p. 34

Acción Popular mediante su personal legal, planteó que no participarían en los comicios y consideraron que a la carta del 33, debían efectuarle reformas constitucionales y que no justificaba convocar a un nuevo Congreso Constituyente.

#### IV. Etapa de consolidación constitucional: 1980 - 2021

La carta de 1979 fue un texto digno de titularse “Constitución del Estado”, por reunir las condiciones en su contenido: axiológico, ideológico, social, histórico y jurídico. Fue producto de un gran pacto político, del consenso social y generó aportes relevantes actuantes y contemporáneos. Cumplió con certeza su rol garantizador del orden constitucional.

Nuestra vida republicana ha contado con 12 cartas políticas, unas han obedido a interés subalternos y subjetivos para satisfacer apetitos y ambiciones personales y vanidades humanas; caudillos militares y civiles estamparon sus firmas al promulgarlas; hemos tenido textos con alcances constitucionales que se han quedado en la historia y otros han trascendido con la historia. Considero que merecen llevar la nominación de “Constitución del Estado peruano”, las leyes de: 1823, 1828, 1856 y 1979.

El texto del 79 trajo consigo instituciones valores y principios que lo ubicaron en el altar del constitucionalismo peruano. Al iniciar su lectura nos encontramos con un señor Preámbulo, estan-

do a nuestra tradición constitucional sin precedentes. Otras se iniciaron con breves introductorias como la primera carta de 1823 u otras sin introducción como fue la norma fundamental del 33.

El Preámbulo de la carta de 79, ha contenido el trasfondo ideológico de los mentores de la misma y en él se encuentran los caracteres que configuran los parámetros de interpretación de esta trascendente, bien denominada Constitución Política.

El maestro Carlos Fernández Sessarego dijo: “tratándose de la Constitución, el Preámbulo adquiere una especial importancia pues contiene el pensamiento rector [...] que ha inspirado a la redacción de las normas”<sup>23</sup>

El único verdadero Preámbulo que registra nuestra historia constitucional es el que se encuentra bien estructurado y mejor motivado en la horizontal norma suprema del 79.

La Constitución de 1979 innovó, en comparación de los diez restantes textos, el otorgarle la primacía a la persona humana; como fin supremo de la sociedad y el Estado y la obligación como valor social de respetarla y protegerla. Esta carta es la que distingue doctrinariamente entre derechos fundamentales y constitucionales, como bien los desarrolló el jurista hispano Francisco Fernández Segado.

23 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “El Preámbulo de la Constitución. Su significado y alcances”, en *Gaceta Constitucional*, n.º 89, Lima: 2019.

Recoge de la legislación alemana dos derechos fundantes: dignidad e identidad y les da su lugar y los ubica donde les corresponde: como derechos fundamentales de primera generación.

Las herramientas garantizadoras de libertades y derechos como el hábeas corpus y el amparo no están ausentes. La primera adquirió rango constitucional en el texto de 1920, empero solo fue enumerada pero no garantizada. El amparo recogido del sistema mexicano (Constitución de Yucatán de 1841) adquirió estatus constitucional, como también los procesos de acción popular y de inconstitucionalidad (traídos de los ordenamientos francés y español, respectivamente).

En el ámbito de género se reconoció y garantizó a las damas la totalidad de todos sus derechos de carácter político y civil. A las personas jurídicas se les permitió gozar de derechos fundamentales.

Se estableció la plena protección: a la familia, al niño, a la madre y a los bienes conyugales. No se admitió discriminación alguna a los hijos extramatrimoniales.

A la educación se le dotó de un considerable porcentaje del presupuesto del Estado (No menos del 20%) y la erradicación del analfabetismo como tarea rectora del Estado.

En el contenido orgánico se incorporó al Tribunal de Garantías Constitucionales (recogido de sistema español), al Ministerio Público y al Consejo Nacional de la Magistratura (institucio-

nes con tradición en el ordenamiento francés).

A los partidos políticos y a los colegios profesionales se les reservó su sitio en la estructura constitucional.

La forma de Estado apareció descrita producto del desarrollo constitucional. La fórmula histórica: República, democrática, social, independiente y soberana; cuya fortaleza es el trabajo de sus hombres.

Su gobierno representativo (mayorías y minorías) descentralizado (anhelo inalcanzable) y unitario (su mejor aliado histórico, que nos ha permitido subsistir dos centurias).

La carta de 93, fue uno de los efectos políticos del auto golpe del 92, el entonces presidente constitucional dispuso la inmediata disolución del Congreso Bicameral e intervino de forma inconstitucional el Tribunal de Garantías Constitucionales, el Poder Judicial, el Ministerio Público, el Consejo Nacional de la Magistratura, los Gobiernos Regionales entre otros órganos autónomos, encontró pleno respaldo en las Fuerzas Armadas en especial en el Ejército que fue su aliado político- electoral.

Producto de la presión internacional (OEA) el mandatario de facto Alberto Fujimori, convocó a elecciones para que 80 ciudadanos fueran seleccionados para cumplir dos funciones como: legisladores constituyentes y ordinarios. El debate constituyente se efectuó entre noviembre de 1992 y agosto de 1993, la Comisión central de Constitución fue

presidida por el letrado Carlos Torres y como vicepresidente contó con el aporte innegable de Enrique Chirinos Soto. El texto fue sometido a consulta: referéndum del 31 de octubre de 1993. Como dato histórico dos cartas fueron plebiscitadas las de: 1920 y 1993.

Este documento, como así lo denomina el calificado constitucionalista Alberto Bórea, fue promulgado el 29 de diciembre de 1993 por Alberto Fujimori.

“Si la Constitución de 1993 fue un instrumento de entrada de un régimen autoritario, la Constitución de 1979 fue un mecanismo de salida, de despedida de otro Gobierno vertical”<sup>24</sup>

Producto de la norma del 93, el señor Fujimori fue reelecto en abril de 1995, ganó al destacado diplomático y ex secretario general de las Naciones Unidas Dr. Javier Pérez de Cuellar de la Guerra. El numeral 112 así lo permitía: una reelección y no dos, como pretendieron aplicar en el proceso electoral del 2000, con resultados funestos para la democracia peruana.

La carta del 93 en su artículo 43, hace referencia a la forma de Gobierno, esta fórmula se ha construido histórica e ideológicamente en las últimas dos centurias; como bien lo afirmó Pedro Planas.

América Latina ha edificado su propia y singular forma latinoameri-

cana de gobierno. Ha sabido recoger e incorporar los indicadores y caracteres de los regímenes políticos clásicos: del parlamentario europeo y del presidencial norteamericano a su peculiar gobernanza. El Perú no es ajeno a este proceso político, ha caminado de la mano con los regímenes latinos.

Se convocó a elecciones para renovar al Poder Ejecutivo y al Parlamento para el período 2000- 2005.

El señor Fujimori, inconstitucionalmente asumió un tercer mandato en julio del 2000, trasgredió lo normado en el numeral 112 de la ley fundamental (Ley interpretativa auténtica del artículo 112, de la Constitución de 1993: Ley N.º 26657). El ciudadano Fujimori fue elegido en el año 90, reelegido en el año 95 y en el año 2000 asumió un tercer período de forma ilegal, aun cuando el numeral 112 permitía una reelección y no dos.

El inicio del tercer período estuvo embestido de reclamos sociales y políticos que generó una gran resistencia civil (marcha de los Cuatro Suyos). Se difundieron los conocidos “Vladivideos”, que comprometieron al principal asesor presidencial Vladimiro Montesinos, en profundos actos de corrupción y a su vez involucraban a congresistas, a altos mandos militares y policiales y a Magistrados supremos.

El ingeniero Fujimori públicamente anunció que convocaría a elecciones generales y que no se presentaría a las mismas. Posterior a ello solicita permiso

24 RAMOS NÚÑEZ, Carlos, *La letra de la ley*, Lima: C.E.C Tribunal Constitucional, 2018.

para viajar al extranjero para participar en un evento oficial en representación del Estado peruano. Engaña a los legisladores y viaja al Japón y desde ahí vía fax presenta su renuncia a la presidencia de la República, el 19 de noviembre del 2000, decisión carente de moral política y de ética.

El 21 de noviembre, el Parlamento toma un acuerdo motivado de civismo y sustentado en principios y valores constitucionales, la representación nacional no aceptó la renuncia formulada y aprobaron declarar la vacancia presidencial por permanente incapacidad moral del ciudadano Alberto Fujimori y lo inhabilitó para la función pública por 10 años (Resolución Legislativa N.º009-2000-CR) y luego mediante la Ley N.º 27600 del 16 de diciembre del 2001, se retiró la firma del señor Fujimori del acto de promulgación de la carta del 93.

Ante la vacancia de la jefatura del Estado, correspondía asumir al Primer vicepresidente don Francisco Tudela o en su defecto al Segundo vicepresidente Ricardo Márquez, ambos ciudadanos renunciaron ante el Parlamento, las mismas cartas que fueron aceptadas en 21 de noviembre del 2000.

Con las renunciadas admitidas de los vicepresidentes de la nación, se activó lo dispuesto en el numeral 115 de la Constitución, le correspondía dirigir provisionalmente los destinos de la patria al presidente del Congreso de la República, a don Valentín Paniagua, experimentado político y profesor universitario, quien

gobernó entre el 21 de noviembre del 2000 al 28 de julio del 2001.

El gobierno transitorio convocó a elecciones generales y parlamentarias y la ciudadanía eligió como presidente a don Alejandro Toledo Manrique, en segunda contienda (período 2001-2006).

Luego los gobiernos constitucionales que sucedieron al Economista Toledo, estuvieron marcados de dos indicadores: elegidos en segunda vuelta electoral e involucrados en profundas crisis políticas de orden moral vinculados a la carencia en la transparencia de los actos en la administración pública (contratos y vínculos con los miembros del llamado “Club de la Construcción”, integrado por las empresas Odebrecht, Graña y Montero, OAS, entre otras). El período del señor Toledo, no estuvo ausente de estos profundos actos de corrupción.

Los periodos gubernamentales entre el 2001 al 2021, (Alejandro Toledo, Alan García, Ollanta Humala, Pedro Pablo Kuczynski y Martín Vizcarra), se han encontrado enfrascados en constantes conformaciones entre los poderes del Estado clásicos, no contando con mayoría en el Congreso. Ello conllevó a crisis ministeriales, interpelaciones, censuras y votos de desconfianza en forma constante, cuyo resultado generó inestabilidad gubernamental.

No podemos dejar de reconocer que en la fase gubernamental (2006-2011) en materia económica se alcanzó los mejores indicadores de crecimiento



financiero (entre el 7 y 8% anual), los niveles de exportación se incrementaron, nuestro mercado nacional se conectó al mundo a través de los Tratados de Libre Comercio, el mercado bursátil se mantuvo estable y atractivo a las grandes inversiones extranjeras. El poder adquisitivo se incrementó ponderadamente, nuestra moneda no se devaluó ante el dólar americano, el crecimiento económico estuvo bien estructurado y sostenible en el tiempo, para una económica saludable.

En julio del 2016 el economista, empresario, ex- Primer Ministro y reconocido tecnócrata Pedro Pablo Kuczynski, juró ante el Congreso nacional defender los intereses patrios y superiores de la República.

El Parlamento era controlado por el movimiento liderado por doña Keiko Fujimori (73 congresistas de los 130) y desde el inicio del período presidencial, se presentaron constantes debates y confrontaciones que generaron interpelaciones y censuras ministeriales que causaron inestabilidad del gobierno y del país. El presidente no es responsable por los actos de gobierno, lo son los ministros, toda acción presidencial requiere del refrendo ministerial. Los ministros son responsables políticos y administrativos de la gestión del gabinete. De no contarse con el refrendo ministerial el acto es nulo, de pleno derecho, es ineficaz, no es válido jurídicamente. (El Tribunal Constitucional se pronunció mediante el Expediente N.º

008-2003-AI-TC respecto al refrendo ministerial de los Decretos de Urgencia).

Recordemos que a los ministros los tenemos desde la carta de 1823 y con ello la figura del refrendó recogido del sistema francés. La carta liberal de 1856 incorporó al Consejo de Ministros, figura heredada del gabinete inglés y en el gobierno de Ramón Castilla, se dictó su primera ley de desarrollo (Ley de Ministros de 1856). La actual norma es la Ley N.º 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, que data de diciembre del 2007.

En la línea de responsabilidades del gabinete y de sus integrantes en marzo del 2018, se abrió el debate político vinculado a dos figuras de control constitucional; la “cuestión de confianza” y el “voto de confianza” (voto de censura o desconfianza). Este asunto fue resuelto por el Tribunal Constitucional, ante la demanda interpuesta por un grupo de parlamentarios en contra de la Resolución Legislativa N.º 007-2017-CR, que modificó el numeral 86 del Reglamento del Congreso de la República.

El órgano de control declaró fundada la demanda (Exp. N.º 006-2018-AI/TC) y por ende la “cuestión de confianza”, no puede ser planteada cuando se pretende detener procesos de control político (Censura a un Ministro), el Parlamento solo se disuelve cuando existe crisis total de dos gabinetes y entre otros alcances jurídicos y/o políticos.

Para los parlamentarios y algunos líderes políticos, existe una confusión entre ambas figuras. Para la doctrina

constitucional y los entendidos en la materia, consideramos que las diferencias son notorias.

La “cuestión de confianza”, es un atributo del Poder Ejecutivo, lo encontramos en la carta española de 1978, en su numeral 112:

[E]l presidente del Gobierno, previa deliberación del Consejo de Ministros, puede plantear ante el Congreso de Diputados la “cuestión de confianza”, sobre su programa o sobre una declaración de política general. La confianza se entenderá otorgada cuando vote a favor de la misma, la mayoría simple de los Diputados.<sup>25</sup>

El maestro Domingo GARCÍA BELAUNDE, con soltura intelectual explica una y la otra figura:

Son dos instituciones, con fin y orígenes distintos, que no se han distinguido precisamente por nuestra falta de experiencia y en cierto sentido tampoco ha sido feliz, ni uniforme la redacción constitucional en este punto, que ha creado más de una confusión. No creo que era necesario modificar la Constitución, pero si se hubiera hecho por ley expresa de desarrollo constitucional hubiera sido mejor. Es decir: la cesura “voto de confianza” o no confianza o desconfianza, son armas de control parlamentario, que, si se excede, puede llevar a la disolución del Congreso. La “cuestión de confianza”, es un instrumento de defensa del Ejecutivo que puede provocar una crisis ministerial, pero nada más. El Ejecutivo en

nuestro sistema no se disuelve y tampoco lo que plantea sirve de cómputo para nada.<sup>26</sup>

Ante lo mencionado “la cuestión de confianza”, es una herramienta política de defensa que le corresponde al Poder Ejecutivo solicitarla ante el Parlamento, para que este último órgano autónomo exprese o no su respaldo, su confianza al gabinete o a un ministro. El rechazo a la “cuestión de la confianza”, no puede ser considerada para el cómputo de la facultad presidencial de disolver el Congreso.

El cómputo (dos gabinetes censurados), se produce en la otra figura con el “voto de confianza”, cuyo titular es el Parlamento (nace en el sistema inglés) se genera cuando el Congreso le niega la confianza a dos gabinetes o Consejos de Ministros en forma consecutiva (voto de desconfianza o de censura) lo antes comentado se encuentra debidamente normado en los numerales 132, 133 y 134 de la carta del 93 respectivamente.

El presidente de la República se encuentra facultado constitucionalmente, para disolver el Parlamento Unicameral en el escenario que el pleno del Congreso haya censurado a dos Consejos de Ministros (artículo 134) en forma consecutiva ante la materialización política del “voto de confianza denegado”, es decir que se haya producido el voto de desconfianza, de rechazo, de censura al gabinete en su conjunto.

25 MONTERO DÍAZ, Julio (ed.), *Constituciones y Códigos Políticos Españoles 1808-1978*, Barcelona: Ariel Practicum, 2008.

26 GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *Ponencias de VI Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional*, Arequipa: ADRUS, 2018.

La “cuestión de confianza”, es potestad que fluye del Ejecutivo, del Primer Ministro, quien solicita se le otorgue la confianza, de ser rehusada se produce la crisis total del gabinete, no por ello el presidente está facultado para disolver el Congreso (artículo 133)<sup>27</sup>.

La “cuestión de confianza”, ha sido importada de los sistemas parlamentarios europeos de España y Francia. En nuestra legislación se incorpora a través de la carta del 93, como elemento de cautela del Ejecutivo. El jurista GARCÍA BELAUNDE anota de ella: “era precisamente la antípoda de la moción o voto de censura”<sup>28</sup>

Jorge Luis CÁCERES indica al respecto de ambas:

Ambas figuras (voto de confianza o desconfianza) y la cuestión de confianza que cuenta con orígenes normativos distintos no deben ser utilizados con exceso, ni para disolver el Congreso, ni para generar crisis total del gabinete. Son herramientas legítimas de autodefensa de los poderes, tanto del Legislativo como el Ejecutivo. Son instrumentos políticos de control que permiten equilibrar el ejercicio del poder estadual, es decir la adecuada ponderación de la tesis de: Pesos y contrapesos.<sup>29</sup>

En la línea de esta confusión lamentable, la cronología se inicia con el caso

de la ex Ministra de Educación Marilú Martens, integrante del gabinete que presidió Fernando Zavala. Los hechos ocurrieron el 17 de setiembre del 2017 y culminaron con la crisis total del gabinete. La solicitud de confianza se relacionó a la no censura a la Ministra indicada, frente a una huelga nacional del magisterio (Sutep) donde el entonces líder sindical Pedro Castillo ocupó un lugar expectante.

El pleno del Congreso rechazó la solicitud formulada por el Ejecutivo y el gabinete liderado por el economista Zavala renunció en su conjunto. El gobierno consideró esta decisión política como la primera negación de confianza o censura a un Consejo de Ministros, en aplicación del numeral 134 a la carta del 93. Es decir, se aperturó la puerta para disolver el Parlamento; interpretación equivocada. El Ejecutivo presidido por Pedro Pablo Kuczynski solicitó “cuestión de confianza”, estando a lo dispuesto en el artículo 133 de la Constitución y no el Congreso de la República. (Artículo 132-Responsabilidad Política del Consejo de Ministros).

Posterior a esta errada, desatinada e inadecuada aplicación del numeral 134 de la carta del 93, en el extremo de confundir las figuras de control político de “cuestión de confianza”, con el “voto de confianza” que cuentan con fuentes históricas doctrinarias y constitucionales distantes (la primera en España y la segunda Inglaterra), nos avocamos a evaluar los sucesivos acontecimientos

27 CÁCERES ARCE, *La vacancia por incapacidad moral*, ob. cit., p. 153

28 GARCÍA BELAUNDE, *Ponencias de VI Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional*, ob. cit., p. 22

29 CÁCERES ARCE, *La vacancia por incapacidad moral*, ob. cit., p. 154

políticos y jurídicos desarrollados entre diciembre del 2017 a abril del 2021.

El 22 de diciembre del 2017 el Parlamento Nacional, rechazó la solicitud de vacancia por su permanente incapacidad moral del ciudadano presidente Pedro Pablo Kuczynski; el sustento se centró en los supuestos vínculos de contratos de asesoramiento con las empresas consultoras del señor Kuczynski y la constructora Odebrecht; cuando se desempeñó como Primer Ministro durante la gestión de Alejandro Toledo.

La votación no alcanzó el número requerido (el sector de Kenji Fujimori y otros del Apra no respaldaron la solicitud de vacancia) el grupo parlamentario liderado Maritza Glave abandonó el hemicycle y no registró votación. Estando al Reglamento del Parlamento, se exige 87 votos y se obtuvo 79 votos a favor de la vacancia presidencial.

La defensa de ex mandatario la asumió el calificado profesor universitario Alberto Borea, el debate se prolongó por más de 20 horas.

Posterior a este pedido de vacancia en marzo del 2018, el entonces congresista César Villanueva (luego Primer Ministro del régimen de Martín Vizcarra) presentó una segunda solicitud de vacancia presidencial, estando a las denuncias políticas y a los actos carentes de transparencia vinculados al indulto concedido al ex presidente Alberto Fujimori el 24 de diciembre del 2017, a cargo del entonces Jefe del Estado señor Pedro Pablo Kuczynski y a las constantes

denuncias vinculados a los supuestos negocios incompatibles entre las empresas consultoras del señor Pedro Pablo Kuczynski y las constructoras lideradas por el grupo Odebrecht. Esta segunda solicitud de vacancia presidencial recibió el respaldo de la bancada oficialista y de la mayoría de grupos parlamentarios, se presentó el 16 de marzo del 2018 y se amparó en los videos y audios que se difundieron como antesala del indulto concedido a Alberto Fujimori y que comprometieron a congresistas y ministros de Estado.

La crisis política era incontrolable y el ex mandatario presentó su renuncia el 21 de marzo ante el pleno del Parlamento, la misma que fue aceptada.

El Primer Vicepresidente Martín Vizcarra Cornejo (entonces embajador en Canadá) asumió el mando supremo y juramentó el 23 de marzo del 2018 ante el pleno del Congreso como lo dispone el numeral 116 de la Constitución.

La tercera solicitud de vacancia presidencial (en el mismo período gubernamental) se presentó el 11 de setiembre de 2020 en contra del ex mandatario Martín Vizcarra, por la causal establecida en el inciso 2 del artículo 113 de la Constitución (incapacidad moral permanente).

Los más de 30 congresistas acusadores alegaron (entre ellos: Edgar Alarcón ex contralor general de la república) que el señor Vizcarra contaba con vínculos amicales y que recibió en Palacio de Gobierno al señor Richard

Cisneros (Swing), quien tenía contratos nada transparentes con el Ministerio de Cultura y el Jefe del Estado habría negado haber conocido al mencionado ciudadano y por ende habría incurrido en el delito de encubrimiento, al haber negado los hechos y más aún cuando dispuso supuestamente que personal administrativo a su cargo de la sede del Ejecutivo, eliminarán los registros de visita del señor Cisneros al indicado recinto y luego se alcanzó un audio no editado que corroboraba lo indicado.

Se efectuó la votación ante el pleno del Parlamento Nacional, la misma no prosperó el 18 de setiembre del 2020, alegando que no se había respetado el debido proceso y se obtuvo el siguiente resultado. 32 congresistas a favor, 78 en contra y 15 abstenciones, según la Oficialía Mayor del Congreso.

El cuarto proceso de vacancia presidencial, por la misma causal inciso 2 artículo 113 de la carta del 93, se admitió en contra del ingeniero Martín Vizcarra el 2 de noviembre del 2020, por las razones de negar reiteradamente vínculos de cercanía con el señor Richard Cisneros quien contrató con el Estado, recibiendo privilegios y a su vez por los testimonios de un colaborador eficaz por el caso del “Club de la Construcción”.

El Congreso de la República el 9 de noviembre recibió los descargos del señor Vizcarra y de su abogado Ángel Ugaz Zegarra y aprobó por mayoría calificada la vacancia por incapacidad moral permanente con 105 votos a favor, 19

votos en contra y 4 abstenciones, según Oficialía Mayor del Congreso.

Es oportuno aclarar que el Tribunal Constitucional<sup>30</sup>, resolvió precisar que la votación requerida para que prospere la vacancia presidencial es el de dos tercios del número de congresistas. A su vez, el Tribunal Constitucional<sup>31</sup> consideramos que debió establecer los parámetros y lineamientos para enmarcar los alcances jurídicos de la causal constitucional de vacancia por incapacidad moral permanente de la Presidencia de la República y no encontrar justificación en la figura de la sustracción de la materia.

Sin precedentes en un período gubernamental se produjeron cuatro procesos de vacancia presidencial por la misma causal, (incapacidad moral permanente). En dos estuvieron involucrados el señor Pedro Pablo Kuczynski y en los otros dos el señor Martín Vizcarra. Tres de ellos se votaron en el hemiciclo del Congreso, dos no prosperaron y uno sí (que vacó al señor Vizcarra el 9 de noviembre del 2020). La cuarta solicitud no se sometió a votación ya que el señor Pedro Pablo Kuczynski, renunció a la presidencia de la República el 21 de marzo del 2018 y fue sucedido en la jefatura del Estado por el Vicepresidente Martín Vizcarra, quien gobernó

30 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 006-2003-AI/TC*, Lima: 1 de diciembre del 2003.

31 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 002-2020-CC/TC*, Lima: 17 de setiembre del 2020.

entre el 23 de marzo del 2018 y el 9 de noviembre del 2020.

Hemos contado con cinco ciudadanos que han estado embestidos de la primera magistratura entre el 28 de julio del 2016 a julio del 2021. El economista Pedro Pablo Kuczynski, quien asumió el 28 de julio del 2016 y renunció el 21 de marzo del 2018. El ingeniero Martín Vizcarra Cornejo (Primer Vicepresidente) juramentó ante el Parlamento el 23 de marzo del 2018 y el mismo órgano autónomo lo apartó del cargo, por incapacidad moral el 9 de noviembre del 2020. La economista Mercedes Araoz Fernández, (Segunda Vicepresidenta) jura la noche del 30 de setiembre del 2019, ante el presidente del Congreso Pedro Olaechea, día de la disolución del Parlamento, decretada por Martín Vizcarra (Decreto Supremo N.º 165-2019-PCM). Manuel Merino de Lama, entonces presidente del Congreso, asume la jefatura del Estado ante la vacancia decretada al señor Vizcarra, gobernó en un escaso e inestable período de apenas cinco días entre el 10 al 15 de noviembre del 2020 y renunció a la presidencia de la República y por ende a la Presidencia del Parlamento, la cual fue aceptada el 15 de noviembre.

Posterior a la renuncia aceptada por el Congreso de la República; este poder estadual eligió como titular al ingeniero Francisco Sagasti Hochhausler, quien juró el 16 de noviembre del 2020 como presidente del Legislativo y luego el 17 de julio, como Jefe de Estado transitorio y quien debió entregar las insignias

del mando presidencial al ciudadano José Pedro Castillo Terrones, quién fue proclamado por el Jurado Nacional de Elecciones el 19 de julio y ganó por 44,263 votos a doña Keiko Fujimori.

Entre ocho y diez días (del 9 al 17 de noviembre del 2020) el país contó con tres mandatarios: Martín Vizcarra, Manuel Merino y Francisco Sagasti. En un mismo período gubernamental dos jefes de Gobierno formularon sus renuncias que fueron aceptadas por el Poder Legislativo; el señor Pedro Pablo Kuczynski en marzo del 2018 y el señor Manuel Merino de Lama en noviembre del 2020.

Dos presidentes de la nación juraron respetar la Ley Magna en ocho días (entre el 10 al 17 de noviembre del 2020) el 10 de noviembre el señor Manuel Merino y el 17 de noviembre el señor Francisco Sagasti.

En un período del Ejecutivo, se contó con dos gabinetes en menos de ocho días. El 11 de noviembre juramentó el que presidió Antero Flórez Araoz. Este gabinete no concurrió al Congreso a exponer su plan de Gobierno y por ende no recibió el “voto de confianza” ni de censura. El otro gabinete lo presidió la letrada Violeta Bermúdez, que asumió funciones el 18 de noviembre y el Congreso de la República, le otorgó el “voto de confianza” el 03 de diciembre del 2020 y quién culminó sus tareas estaduales el 28 de julio del 2021.

En un solo período gubernamental en el Ministerio del Interior se contó con 11 ministros desde el 28 de julio

del 2016 al 28 julio del 2021; el primero de ellos Carlos Basombrío Iglesias y el último José Elice Navarro, que entregó el cargo al ex fiscal provincial don Juan Manuel Carrasco Millones.

En el Poder Legislativo, se ha contado con dos periodos legislativos. El que se instaló el 27 de julio del 2016 y feneció en sus funciones el 30 de setiembre del 2019, cuando fue disuelto el Parlamento y cuyo último presidente fue Pedro Olaechea Álvarez-Calderón y en un segundo período el que se instaló el 17 de marzo del 2020 y que presidió Manuel Merino de Lama hasta el 9 de noviembre del 2020 y que luego lo sucedieron los presidentes encargados Luis Valdez Farías, Rocío Silva-Santisteban Manrique y doña Mirtha Vásquez Chuquilín, entre el 10 de noviembre del 2020 y julio del 2021, (precisando que el titular de este Poder del Estado fue Francisco Sagasti, quién no llegó a entregar la banda presidencial el 28 de julio al profesor José Pedro Castillo Terrones por asuntos de orden protocolar, ya que el Ing. Sagasti dejó de ser presidente del Parlamento el 26 de julio, día que fue elegida como titular del Congreso la Abog. María del Carmen Alva Prieto).

El hecho de mayor trascendencia, está referido a la disolución del Congreso de la República decretada inconstitucionalmente por el ex mandatario Martín Vizcarra Cornejo el 30 de setiembre del 2019, mediante Decreto Supremo N.º 165-2019-PCM.

No es aceptable una negación fáctica frente al requerimiento de la “cuestión

de confianza”, que exige una decisión expresa, reflejada en un decreto, en un acto formal y no fáctico. (Acto invisible). Considerando que el Ejecutivo activó el numeral 133 del texto constitucional, planteando una iniciativa legislativa de reforma parcial de la carta, específicamente en relación a la forma de elección de los Magistrados del Tribunal Constitucional.

Este asunto fue de conocimiento del Tribunal Constitucional<sup>32</sup> concluimos que la disolución del Congreso, fue a causa de una interpretación errónea sobre los efectos de la denegatoria fáctica de la “cuestión de confianza”.

Finalmente, el 16 de abril último el pleno del Parlamento Nacional, por 86 votos a favor aprobó inhabilitar por 10 años del ejercicio del cargo público al ex presidente Martín Vizcarra Cornejo, por ocho años a la ex Ministra de Salud Pilar Mazzetti Soler y a doña Elizabeth Astete Rodríguez ex Canciller por un año; involucrados en la irregular vacuación de la Covid-19.

Nos encontramos a 30 días del inicio del Gobierno liderado por el profesor José Pedro Castillo Terrones y es lamentable lo que viene sucediendo en el País; con Ministros sin mayor perfil elemental técnico, sin experiencia en el tránsito del ejercicio de la acción pública. Funcionarios de alto nivel censurados por estar involucrados en actos de corrupción y cercanos a sucesos de sedición.

32 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 006-2019-CC/TC*, Lima: 9 de enero del 2020.

Las primeras medidas dictadas por el gabinete que lidera el congresista cusqueño Guido Bellido Ugarte, no son las más adecuadas y acertadas, generando espacios de intranquilidad política y social y de profunda inestabilidad económica. Existe un ambiente de ingobernabilidad y de carencia de un liderazgo presidencial con constantes cuestionamientos políticos promovidos por el Sr. Vladimir Cerrón Rojas (secretario general del partido Perú Libre).

La reciente renuncia del sociólogo Héctor Béjar Rivera (excanciller) que se apartó del cargo el 17 de agosto y que ha sido reemplazado por el embajador Oscar Mautua de Romaña, nos conducen a un espacio gris, turbulento y de confrontación ideológica que denigra la imagen de la Patria y conlleva a que la política peruana se encuentre en una unidad de cuidados intensivos; por la falencia en bondades de capacidades de un personaje que lamentablemente no se encuentra adiestrado para administrar con coherencia, prudencia y sensatez una República Bicentenario.

El 26 de agosto debe concurrir el gabinete Bellido al congreso, en cumplimiento del mandato constitucional (numeral 130 de la Carta del 93), a exponer los pilares rectores y cardinales del Gobierno; por la salud de la nación, esperamos un debate alturado y tolerante que como resultado nos conduzca a seguir apostando por una patria donde se sigue respirando dentro de un ambiente de libertad y se garantice el

respecto de las reglas democráticas y no se admita recetas migratorias intolerantes y dictatoriales de modelos de gobiernos donde prima la verticalidad doctrinaria y no se observe la presencia de principios y valores sagrados de todo sistema político, decente, plural y transparente.

Pretender insistir en una Asamblea Constituyente, para reformar o contar con un nuevo texto constitucional; lo considero no oportuno. Apostamos por modificar la Carta del 93; empero sujetándose al debido proceso normado en el numeral 206 de la Ley Magna. Una promesa de campaña electoral, no debe primar, desplazar, ni estropear a los intereses supremos de nuestra Nación mestiza, criolla y multicultural, que representa a los 34 millones de peruanas y peruanos.

Esta crisis constitucional y política; esperemos no se vuelva a producir en un país con una democracia adolescente.

Arequipa, agosto del 2021

## V. Bibliografía

- BAELLA TUESTA, Alfonso, *El poder invisible*, Lima: Andina, 1976.
- CÁCERES ARCE, Jorge Luis, *La vacancia por incapacidad moral*, Arequipa: Antares, 2018
- CHANAMÉ ORBE, Raúl, *Comentarios de la Constitución Política*, Lima: Editorial Jurista Editores, 2020.
- CHIRINOS SOTO, Enrique, *Historia de la república*, t. I, II, III, Bogotá: Panamericana, 1991.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, "El Preámbulo de la Constitución. Su significado y alcances", en *Gaceta Constitucional*, n.º 89, Lima: 2019.



- GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *Ponencias de VI Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional*, Arequipa: Adrus, 2018.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Las Constituciones del Perú*, Arequipa: Antares, 2018.
- MONTERO DÍAZ, Julio (ed.), *Constituciones y Códigos Políticos Españoles 1808-1978*, Barcelona: Ariel Practicum, 2008.
- PACHECO Y RIVERO, Toribio, *Cuestiones constitucionales*, Lima: C.E.C Tribunal Constitucional, 2015.
- PAREJA PAZ-SOLDÁN, José, *Historia de las Constituciones Nacionales (1812-1979)*, Lima: Fondo Editorial PUCP, 2005.
- PLANAS SILVA, Pedro, *Democracia y tradición constitucional en el Perú*, Lima: San Marcos, 1998.
- PRIETO CELI, Federico, *Así se hizo el Perú. Crónica Política de 1939 a 2018*, Lima: Penguin Random House, 2019.
- RAMOS NÚÑEZ, Carlos, *La letra de la ley*, Lima: C.E.C Tribunal Constitucional, 2018.
- SANTILLANA CANTELA, Tomás, *Historia de una traición impune*, Lima: Mid SAC, 2011.
- VALLE-RIESTRA GONZÁLES OLAECHEA, Javier, *La responsabilidad constitucional del jefe de Estado*, Lima: H. Benites-Rivas, 1987.
- VILLARÁN Y GODOY, Manuel Vicente, *Lecciones de derecho constitucional*, Lima: Fondo Editorial PUCP, 1998.



# NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y SU REPERCUSIÓN EN LA DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO

## CASO PODER JUDICIAL

Jhonny Tupayachi Sotomayor\*

Nieves Lucana Mamani\*\*

**SUMARIO:** I. Principales cambios con relación a los procesos de tutela urgente. – II. Aspectos relevantes y/o positivos con relación a los procesos de tutela urgente. – III. Con relación al proceso de habeas corpus. – IV. Habeas corpus contra resoluciones judiciales. – V. Modificaciones e incorporaciones de algunos artículos del Nuevo Código Procesal Constitucional que colocan al demandado en estado de indefensión. – 1. Con relación de la ausencia de notificación a los magistrados del Poder Judicial. – 2. Con relación a la prohibición del rechazo liminar en los procesos de tutela urgente. – 3. Con relación a la restricción del uso de la palabra al demandado, en segundo grado. – 4. Con relación a la actuación inmediata de sentencia de primer grado. – VI. Conclusión y propuesta.

- I. Principales cambios con relación a los procesos de tutela urgente | Mediante Ley N.º 31307 se aprobó el Nuevo Código Procesal Cons-

\* Abogado y magister en Derecho Constitucional por la Universidad Católica de Santa María de Arequipa. Doctor en Derecho y Ciencia Política por la UNMSM. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Procurador Público Adjunto del Poder Judicial responsable de los procesos constitucionales. Docente de pre y postgrado de diversas universidades del Perú.

\*\* Abogada y maestra en Derecho Procesal Penal, maestranda en Derecho con mención en Política Jurisdiccional en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), maestranda en Derecho Constitucional en la Universidad Castilla La Mancha de Toledo- España (UCLM), Diplomada de posgrado en argumentación jurídica y función jurisdiccional de Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

titucional<sup>1</sup>, publicado por el Diario Oficial “El Peruano” el 23 de julio del 2021. Mediante la Primera Disposición Complementaria Final, se ordena —entre otros— que las normas procesales prevista por el nuevo Código son de aplicación inmediata, incluso a los procesos en trámite. Por mandato de su Quinto Disposición Complementaria Final se dispone que las reformas al Código Procesal Constitucional entran en vigor el día en el diario Oficial El Peruano, y mediante la Única Disposición Complementaria Derogatoria dispone la derogatoria de la Ley N.º 28237, Código Procesal Constitucional. Lo señalado implica que, a partir del 24 de julio del 2021, entró en vigencia el Nuevo Código Procesal Constitucional en todo el territorio nacional, incluso para los procesos constitucionales en trámite iniciados bajo las reglas del Código Procesal Constitucional derogado.

Asimismo, el nuevo Código Procesal Constitucional (en adelante nuevo CPC) incorpora nuevas figuras procesales al proceso constitucional, tales como: la invitación al *Amicus curiae* a que se contrae el artículo IV del Título Preliminar, la nueva interpretación de la aplicación normativa más favorable a la persona y sus derechos fundamentales y el límite del control de convencionalidad, tal como se advierte

del artículo VIII del Título Preliminar, y otras reglas y procedimientos para resolver los procesos de tutela urgente, entre ellas:

- La eliminación del principio de gratuidad para las personas jurídicas en el trámite de procesos constitucionales contra resoluciones judiciales, tal como puntualiza el artículo VIII del Título Preliminar del nuevo CPC.
- El uso del idioma quechua, aimara y demás leguas originarias (aborígenes) para la interposición de las demandas, tal como se desprende del último párrafo del artículo 2 del nuevo CPC.
- La prohibición del rechazo liminar en los procesos de habeas corpus, amparo, habeas data y cumplimiento, conforme se desprende del artículo 6 del nuevo CPC.
- La incorporación del defensor público constitucional para intervenir en los procesos de habeas corpus, amparo, habeas data y de cumplimiento, para el demandante que no cuenta con los recursos económicos suficientes o se encuentra en estado de vulnerabilidad, conforme dispone el artículo 4 del nuevo CPC.
- Habilitación de las notificaciones electrónicas de todas las resoluciones judiciales incluso para el demandante conforme dispone el artículo 11 del nuevo CPC.
- Incorporación del principio de oralidad en el trámite de los procesos

1 CONGRESO DE LA REPÚBLICA, *Ley N.º 310307, Nuevo Código Procesal Constitucional*, en *Diario Oficial “El peruano”*, Lima: 23 de julio del 2021.

de amparo, habeas data y cumplimiento conforme se desprende del artículo 12 del nuevo CPC.

- La interposición de recurso de apelación por la parte demandante, sin necesidad de fundamentación, y la sustentación de los agravios en la instancia superior, con excepción del proceso de habeas corpus donde el apelante fuera la parte demandada, conforme prevé el artículo 21 del nuevo CPC.
- La apelación por salto —en forma excepcional— solo en los casos de resoluciones judiciales en proceso de ejecución de sentencia, cuando se verifique su inacción en su ejecución o cuando se decida en contra de la protección otorgada al derecho fundamental agredido y se desproteja los derechos fundamentales cuya protección ya se otorgó, tal como se advierte del punto c) del artículo 22 del nuevo CPC.
- Incorporación de apremios que pueden ser dictados por el juez constitucional en los casos de incumplimiento de ejecución de sentencias constitucionales, tal como se establece en el art. 27 del nuevo CPC., entre ellos:
  - i. La facultad del juez constitucional para remitir los actuados al Ministerio Público, para que este actúe de acuerdo con sus atribuciones.
  - ii. La facultad de disponer el inicio del procedimiento dis-

ciplinario de funcionarios y servidores públicos ante la entidad que corresponda, para su destitución.

- iii. En el caso de que el cumplimiento de la sentencia dependa de varias voluntades, de no acatarse en el plazo de cinco días hábiles, el juez remite los actuados al Ministerio Público para que actúe de acuerdo con sus atribuciones.
- iv. En este último caso, el Ministerio Público formula denuncia penal contra el titular de la entidad y de quienes resulten responsables, pudiendo exigir su prisión preventiva.
- v. A pedido de la parte vencedora, en el caso de que el cumplimiento de la sentencia dependiera de las previsiones contenidas en el presupuesto general de la República o presupuesto de entidades estatales, el juez puede, inclusive, modificar la ejecución material de la sentencia, proponiendo una fórmula sustitutoria que cause igual satisfacción a su derecho conculcado, modificación que implica adecuarse los apremios a su logro, dejándose sin efecto los apremios emitidos.
- vi. La facultad de optar —de oficio o a pedido de parte— por otras medidas de ejecución tales como la remoción, la

- destrucción de cosas, objetos o edificaciones, paralización de obras, entre otras técnicas de ejecución que considere necesarias, así como también cualquier otra decisión o medida que sea proporcional y razonable para la preservación, restitución y protección de los derechos constitucionales objeto de proceso.
- vii. Además, en cuanto a la ejecución de las sentencias estimatorias de los procesos de habeas corpus, se establece que el quien las ejecuta es el juez o la sala que la expidió, sin necesidad de remitirse los actuados al juzgado de origen.
- Limitación de competencia en el proceso de habeas corpus, pues en el caso de habeas corpus la demanda se interpone ante el juez constitucional donde se produjo la amenaza o afectación del derecho o donde se encuentre físicamente el agraviado si se trata de procesos de detenciones arbitrarias o de desapariciones forzadas, conforme dispone el artículo 29 del nuevo CPC.
  - Incorporación de los principios de informalidad, no simultaneidad, actividad vicaria, unilateralidad e imprescriptibilidad para el trámite del proceso de habeas corpus, conforme dispone el artículo 32 del nuevo CPC.
  - Modificación de la competencia del Juez para el trámite de proceso de amparo contra resoluciones judiciales, dado que en primera instancia conocerá la Sala Constitucional o Sala Civil de turno de las Cortes Superiores, y en segunda instancia la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, conforme prevé el segundo párrafo del artículo 42 del nuevo CPC., en otras.
- ## II. Aspectos relevantes y/o positivos con relación a los procesos de tutela urgente
- De los artículos antes citados, evidenciamos que, con la incorporación de las nuevas instituciones y procedimientos incorporados en el Código Procesal Constitucional del 2021 para el trámite de los procesos constitucionales, se materializan los principios de accesibilidad, favorabilidad, intermediación, elasticidad, celeridad, entre otros, a favor del litigante o el beneficiario, por cuanto, todos los litigantes tienen acceso a la justicia con la eliminación del rechazo liminar de las demandas, el derecho a ser oído por el juez dado que se habilita audiencia única antes de resolver el proceso en primera instancia, el derecho a la pluralidad de instancia sin necesidad exponer los fundamentos en el recurso de apelación para el demandante, el derecho a ser asistido por defensores públicos constitucionales en caso de no contar con recursos económicos suficientes o cuando el demandante se encuentre en estado de vulnerabilidad.

Asimismo, lo positivo y lo resaltante del Código Procesal Constitucional del 2021 es la incorporación del *principio de oralidad e inmediatez* en los procesos de amparo, habeas data y cumplimiento, a excepción de habeas corpus. De este modo, en el trámite de los procesos constitucionales, por primera vez se positiviza el principio de oralidad al igual que en los procesos penales y civiles. Se incorpora también *la habilitación de los mecanismos electrónicos* (casilla electrónica o por medios telemáticos) para la notificación de todas las resoluciones judiciales que deriven de los procesos constitucionales, que coadyuvará para hacerse realidad los principios de celeridad y economía procesal. Además, *el derecho de toda persona a comunicarse por su propia lengua ante autoridad*, con este reconocimiento evidenciamos que el legislador ha recogido las exhortaciones efectuadas por el Tribunal Constitucional, en el Expediente N.º 00889-2017-PA/TC-Ancash- María Antonia Díaz Cáceres de Tinoco, donde entre otros, declara fundada la demanda de amparo por la vulneración a los derechos fundamentales a la igualdad, al uso del propio idioma ante cualquier autoridad, al uso oficial por parte del Estado de la lengua predominante, entre otros.

### III. Con relación al proceso de habeas corpus

El proceso de habeas corpus está regulado en los artículos 29 al 38 del Nuevo Código Procesal Constitucional, de los cuales evidenciamos que existen

cambios sustanciales con relación a la competencia y la flexibilización en su procedimiento y trámite, entre ellos:

Con relación a la competencia, el artículo 29, establece: “La demanda de habeas corpus se interpone ante el juez constitucional donde se produjo la amenaza o afectación del derecho o donde se encuentre físicamente el agraviado si se trata de procesos de detenciones arbitrarias o de desapariciones forzadas”.

De tal disposición se advierte que la competencia flexible para su conocimiento por cualquier juez, sin importar su jurisdicción territorial, que estuvo permitido por el Código ahora derogado, se ha restringido para que a partir de la vigencia del nuevo Código, se pueda interponer solo y únicamente “en el lugar donde produjo la amenaza o la afectación del derecho o el lugar donde se encuentre físicamente el beneficiario”.

Además, estos procesos ya no son de conocimiento por todos los jueces penales, sino únicamente por los jueces constitucionales y/o especializados taxativamente autorizados. Es decir, el juez competente es solo el juez constitucional, y en lugares donde no existen jueces constitucionales, son los jueces de la investigación preparatoria, conforme lo dispone la Primera Disposición Complementaria Final del nuevo CPC., eliminándose de esta forma, la posibilidad de que el habeas corpus sea conocido por los jueces penales unipersonales o por los jueces de juzgados mixtos.

Con relación a la flexibilización del derecho a la impugnación, el artículo 21, establece: “La interposición de los medios impugnatorios, con excepción de la queja, no requieren fundamentación, salvo en el proceso de habeas corpus si el apelante es la parte demandada”. Como se advierte, en los procesos de libertad, el demandante no está obligado a fundamentar el recurso de apelación, solo el demandando en caso de ser el apelante.

A ello se agrega que conforme al artículo 23, “[...] No hay vista de la causa, salvo que el demandante o el favorecido la solicite”. Como se advierte, no existe necesidad de señalar vista de la causa si el demandante o favorecido no lo solicita. Lo que a nuestra consideración es correcto, dado que se trata de un proceso de tutela la libertad personal, y que por medio puede estar riesgo o afectada, la libertad personal, máxime si el proceso de habeas corpus es el único recurso que existe frente a una detención arbitraria, reconocido en su sentido clásico:

[...] ya desde la Carta Magna inglesa (1215), e incluso desde sus antecedentes (vinculados con el interdicto *De homine libero exhibendo*), el hábeas corpus tiene como finalidad la tutela de la libertad física; es decir, se constituye como un mecanismo de tutela urgente frente a detenciones arbitrarias.<sup>2</sup>

2 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 06855-2013-PHC/TC*, Lima: 28 de noviembre del 2017, f. j. 2.

Mientras que, en su sentido amplio, el habeas corpus no solo tutela la libertad personal (locomotora), sino, tutela el catálogo de derechos recogidos en el artículo 33 del nuevo Código Procesal Constitucional, en el artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros, derechos que tienen directa relación con la tutela de la libertad individual y la integridad personal.

Además, este proceso de tutela urgente tiene amparo constitucional, en tanto que establece expresamente en el inciso 1 del artículo 200, que: “Son garantías constitucionales: [...] La Acción de Hábeas Corpus, que procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza *la libertad individual* o los derechos constitucionales conexos”, disposición concatenada con el literal a, inciso 24 del artículo 2 de la misma Constitución, que establece: “Toda persona tiene derecho: [...] A la *libertad* y a la seguridad *personales* [...]” para hacer referencia luego a diversas formas de constreñimiento de la libertad<sup>3</sup>,

Al respecto, ESPINOZA SALDAÑA, refiere que la libertad personal no es lo mismo que la libertad individual:

[...] vemos que la Constitución usa dos términos diferentes en torno a un mismo

3 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 06855-2013-PHC/TC*, Lima: 28 de noviembre del 2017.



tema: ‘libertad personal’ y ‘libertad individual’. Por mi parte, en muchas ocasiones he explicitado las diferencias existentes entre las nociones de libertad personal, que alude a la libertad física, y la libertad individual, que hace referencia a la libertad o la autodeterminación en un sentido amplio.<sup>4</sup>

En ese sentido, el proceso de habeas corpus no solo tutela libertad personal, sino también la libertad individual en su sentido amplio.

Es por ello que para tutelar la libertad personal y la libertad individual en su sentido amplio tal como se encuentra reconocido en la Constitución e instrumentos internacionales relativos a derechos humanos, por la doctrina, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional, *se ha construido diversas tipologías de habeas corpus*: “ a) Hábeas corpus reparador, b) Hábeas corpus restringido, c) Hábeas corpus correctivo, d) Hábeas corpus preventivo, e) Hábeas corpus traslativo, f) Hábeas corpus instructivo, g) Hábeas corpus innovativo, h) Hábeas corpus conexo” <sup>5</sup>, i) Habeas corpus documental artículo 33 inciso 11 del nuevo Código Procesal Constitucional, j) Habeas corpus excepcional artículo 10 del nuevo Código Procesal Constitucional, k) Habeas corpus contra resoluciones judiciales artículos 9

segundo párrafo del Código Procesal Constitucional, entre otros.

#### IV. Habeas corpus contra resoluciones judiciales

Habeas corpus contra resoluciones regulado en el segundo párrafo del artículo 4 del Código Procesal Constitucional del 2004 derogado, se trasladó tal cual, al segundo párrafo del artículo 9 del nuevo Código procesal Constitucional, que establece: “[...] El habeas corpus procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva [...]”.

En ese sentido, material o sustancialmente, con relación al proceso de habeas corpus contra resoluciones judiciales previsto por el Código Procesal Constitucional derogado, no se ha realizado modificación alguna, salvo en su aspecto competencial. Por tanto, el habeas corpus contra resoluciones judiciales se mantiene como una tipología de proceso de habeas corpus que tiene por objeto tutelar la libertad personal y los derechos conexos que incidan en ella, y procede contra resoluciones judiciales firmes expedidas con manifiesta vulneración a los derechos constitucionales de la libertad individual y la tutela procesal efectiva.

Asimismo, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, entre otros, en el expediente 04205-2007-HC/TC-Lima – Rosas Huamán, con relación a la revisión de la resolución

4 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 06855-2013-PHC/TC*, Lima: 28 de noviembre del 2017.

5 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 2663-2003-HC/TC*, Lima: 23 de marzo del 2004, f. j. n.º 6.

judicial vía habeas corpus y la firmeza de la misma, evidenciamos que el máximo intérprete de la Constitución, estableció que para la admisión de habeas corpus contra resoluciones judiciales se exige que se cumpla con ciertos presupuestos vinculados a la libertad de la persona humana, esto es:

El hábeas corpus procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela judicial efectiva; por tanto, para la admisión del habeas corpus contra resolución judicial solo procede cuando:

- a) Exista resolución judicial firme.
- b) Exista vulneración manifiesta.
- c) Que dicha vulneración sea contra la libertad individual y la tutela procesal efectiva.

Consecuentemente, la procedencia en su tercera exigencia (c) acumula libertad individual y tutela procesal efectiva porque esta exigencia se impone también al comienzo del artículo 4º del propio código cuando trata del amparo (“resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva [...]”).<sup>6</sup>

Agregado a ello, el presupuesto de la firmeza de la resolución judicial condiciona la procedencia para el control constitucional de la resolución judicial, y se entiende que la resolución judicial es firme, “[...] aquella contra la que se ha agotado los recursos previstos por la

6 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 04205-2007-HC/TC*, Lima: 22 de marzo del 2008, f. j. 3.

ley procesal de la materia-, [...]”<sup>7</sup>. En contrario sensu, se considera que una resolución judicial no es firme:

[...] cuando dentro del proceso penal que dio origen a la resolución que agravia el derecho a la libertad personal no se han agotado los recursos que otorga la ley para impugnarla, o cuando, habiendo sido apelada, se encuentre pendiente de pronunciamiento judicial.<sup>8</sup>

De lo expuesto, colegimos que la firmeza de la resolución judicial desde la perspectiva constitucional es aquella resolución judicial “contra las que se han agotado con todos los recursos previstos por la ley procesal en materia”, lo que implica que en los supuestos de “no apelar y/o dejar consentir una resolución judicial o cuando exista pendiente de pronunciamiento un recurso o remedio en la vía ordinaria con relación a las resoluciones cuestionadas”. Evidentemente estamos ante una resolución que no goza de calidad de firmeza desde la perspectiva constitucional, por tanto, no cabría la admisión de la demanda de habeas corpus contra resoluciones judiciales.

De ahí se considera que el proceso de habeas corpus contra resoluciones judiciales previsto en el segundo párrafo del 9 del Código Procesal Constitucional, es *diferenciado* respecto de sus

7 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 4107-2004-HC/TC*, Lima: 29 de diciembre del 2004, f. j. 4.

8 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 03676-2012-PHC/TC*, Lima: 14 de enero del 2013, f. j. 2.

otras modalidades, dado que, para su procedencia exige dos presupuestos: a) resolución firme y, b) vulneración manifiesta a la libertad individual y la tutela procesal efectiva. Mientras que, para procedencia de otras tipologías de habeas corpus, no se exige ningún requisito de procedibilidad para su procedencia como se puede apreciar del artículo 34, 35 y 36 del Código Procesal Constitucional, es más, obliga al juez constitucional admitir a trámite todas las demandas de habeas corpus, y de ser el caso, constatar en el lugar de los hechos para verificar si existe o no, la detención arbitraria alegada.

En ese sentido, con relación al trámite de habeas corpus contra resoluciones judiciales, el legislador debía desarrollar un trámite especial diferenciado de las otras modalidades de procesos de habeas corpus dado que, una limitación o restricción de la libertad personal vía mandato judicial *per se* no es detención arbitraria. Además, en la mayoría de los cuestionamientos de habeas corpus contra resoluciones judiciales, el fundamento versa sobre la presunta vulneración a la motivación de la resolución judicial y, en la actualidad, el proceso de habeas corpus contra resoluciones judiciales se ha ordinarizado puesto que, el justiciable o litigantes, cuando una sentencia condenatoria firme o auto de vista firme no sale conforme a sus intereses, recurre como si fuera una instancia adicional, a la vía constitucional e impone el habeas corpus contra resolución judicial.

Por otro lado, las resoluciones judiciales objeto de cuestionamiento vía habeas corpus contra resolución judicial, siempre recae en aquellos con sentencia condenatoria firme o auto de prisión preventiva firme. En ese sentido, la restricción o limitación de la libertad personal vía resolución judicial firme *prima facie* no puede catalogarse como arbitraria o ilegal, ello en observancia al artículo 2 inciso 24 literal f de la Constitución, que habilita la restricción de la libertad personal vía el mandato judicial por resolución escrita y motivada del juez. Por tanto, las resoluciones judiciales *per se* gozan de la presunción de su constitucional mientras no se declare lo contrario, por lo que una limitación o restricción de la libertad personal vía mandato judicial no se puede ser catalogada como detención arbitraria.

## V. Modificaciones e incorporaciones de algunos artículos del Nuevo Código Procesal Constitucional que colocan al demandado en estado de indefensión

### 1. Con relación de la ausencia de notificación a los magistrados del Poder Judicial

En el artículo 5 del nuevo Código Procesal Constitucional, entre otros, establece taxativamente la ausencia de notificación y emplazamiento a los magistrados del Poder Judicial en el trámite de habeas corpus contra resoluciones judiciales:

**Artículo 5.- [...]**

En los procesos constitucionales contra resolución judicial no se notifica ni se emplaza con la demanda a los jueces o magistrados del Poder Judicial. [...].

Sobre la disposición de no notificarse ni emplazarse al magistrado autor de la decisión judicial objeto del habeas corpus, no existe justificación alguna que evidencie que la notificación a los jueces demandados cause perjuicio al beneficiario. Ergo, debió mantenerse el emplazamiento de la demanda de habeas corpus y sus anexos a los jueces demandados del Poder Judicial, más aún, si ellos son quienes conocen el caso y pueden absolver el cuestionamiento de las resoluciones judiciales emanadas de su despacho.

Dicha ausencia de notificación y emplazamiento conlleva a que los autores de las resoluciones cuestionadas no puedan ejercer su derecho de defensa previsto en el artículo 139.14 de la Constitución, pese a que la Procuraduría Pública del Poder Judicial pueda tener legitimidad para intervenir en el proceso. Debe tenerse muy claro que el procurador defiende la resolución judicial cuestionada, más no hace defensa personal de los magistrados demandados, quienes deben sustentar y contravenir los motivos por los cuales se objeta una resolución judicial, más aún, cuando se trata de cuestionamiento de omisiones funcionales o por falta de motivación. Agregado a ello, en la actualidad, todos los magistrados del Poder Judicial tienen correo institucional y/o casilla electrónica, por lo que la

notificación es inmediata y efectiva. En todo caso, *puede omitirse la notificación física a efecto de no dilatar el proceso*, salvo cuando el magistrado no ejerza funciones, en tal caso, *la notificación deberá ser en su domicilio legal* o prescindirse justificadamente de la misma.

La participación de los magistrados demandados es necesaria, al ser quienes conocen el proceso originario para absolver algún cuestionamiento efectuado, tanto más, el litigante o el beneficiario lleva información incompleta o lo que le conviene, y los jueces constitucionales corren traslado de demandas de habeas corpus incompletas. Sumado a ello la existencia limitaciones para acceder a los juzgados para recabar información del proceso penal originario (origen del habeas corpus), ya sea por falta de colaboración del juez demandado, demora en remitir la información o por la dificultad de comunicación con el mismos.

En algunas oportunidades, la notificación a los magistrados ha permitido salvaguardar la defensa de las resoluciones judiciales, dado que no siempre notifican desde el inicio del proceso constitucional al Procurador del Poder Judicial, sino, muchas veces cuando el caso ya está en segunda instancia y con sentencia estimatoria.

**2. Con relación a la prohibición del rechazo liminar en los procesos de tutela urgente**

En el artículo 6 del nuevo Código Procesal Constitucional, recoge la pro-

hibición de rechazo liminar del habeas corpus, en todas sus tipologías:

**Artículo 6.-**

De conformidad con los fines de los procesos constitucionales de defensa de los derechos fundamentales, en los procesos constitucionales de habeas corpus, amparo, habeas data y cumplimiento no procede el rechazo liminar de la demanda.

Como se advierte, la norma procesal constitucional dispone admitir todas las demandas sin considerar los requisitos de procedibilidad. Lo que a nuestra consideración podemos señalar es que el legislador no ha realizado una lectura sistemática del artículo 9, segundo párrafo del Código Procesal Constitucional, por el cual se dispone la procedencia del habeas corpus solo contra resoluciones firmes, mas no así contra aquellas que no tienen la condición de firme. Por lo que, es innecesario admitir a trámite una demanda de habeas corpus contra resolución judicial no firme, a sabiendas de que más adelante necesariamente será declarada improcedente, circunstancia que además conllevará sobrecarga procesal al Juez constitucional, *a la Procuraduría del Poder Judicial y al mismo Tribunal Constitucional.*

Además, en la práctica, el proceso de habeas corpus contra resoluciones judiciales dejó de ser un proceso excepcionalísimo de tutela urgente, dado que, una vez finalizado el proceso penal y cuando las resoluciones judiciales adquieren la calidad de firmeza, *los litigantes de forma directa recurren a*

*la vía constitucional como si fuera una instancia adicional con el fin de solicitar la nulidad de las resoluciones judiciales sean estas “sentencia condenatoria o auto de prisión preventiva”.* Incluso en algunos casos, cuando aún estas resoluciones no gozan de la calidad de firmeza, lo que incrementa la sobrecarga procesal innecesariamente, pues dentro del Poder Judicial el proceso constitucional de habeas corpus contra resolución judicial es la más recurrida:

**DEMANDAS ADMITIDAS  
(Enero - 23 Julio 2021)<sup>9</sup>**

PROCESOS CONSTITUCIONALES	CANTIDAD
AMPARO CONTRA RESOLUCIÓN	294
HABEAS CORPUS CONTRA RESOLUCION	919
ACCION CUMPLIMIENTO	6
HABEAS DATA	7
ACCION POPULAR	3
<b>TOTAL</b>	<b>1,229</b>

Del cuadro anterior apreciamos que en el periodo de enero al 23 de julio del 2021 se ha admitido 1,229 procesos constitucionales de tutela urgente, sin contar las improcedencias liminares. De todas las admitidas, el proceso de habeas contra resolución judicial tiene el mayor número de admisiones.

Por otra parte, la importancia del rechazo liminar *conllea a desestimar demandas y, por ende, procesos que en la mayoría de los casos son improcedentes de plano,* lo cual repercute en una mínima

<sup>9</sup> Extraído del Sistema Integrado de la Procuraduría del Poder Judicial.

proporción al área constitucional de la Procuraduría Pública, dado que, frente al *auto de calificación de improcedencia o rechazo liminar*, solo nos apersonamos en el proceso, luego viene el concesorio de la apelación, señalamiento de vista de causa, asistencia del personal de la procuraduría a la vista, y finalmente la presentación de un informe escrito genérico sobre la improcedencia del proceso, actuaciones todas que no requieren de mayor tiempo .

**RESOLUCIONES QUE DECLARA IMPROCEDENTE  
(Periodo Enero - 23 Julio 2021)**

PROCESOS CONSTITUCIONALES	CANTIDAD
AMPARO CONTRA RESOLUCIÓN JUDICIAL	670
HABEAS CORPUS CONTRA RESOLUCIÓN	1,056
ACCION CUMPLIMIENTO	4
HABEAS DATA	2
ACCION POPULAR	1
<b>TOTAL</b>	<b>1,732</b>

Como puede verse del cuadro precedente son *1,732 procesos* los que son rechazos por el juez constitucional de primera instancia, de los cuales un 90% de oportunidades son confirmadas en segunda instancia, así como el Tribunal Constitucional declara improcedente el recurso de agravio constitucional, siendo el 10% que se dispone la admisión de la demanda e inicio del proceso.

En el caso de las demandas de habeas corpus contra resoluciones judiciales, en la mayoría de casos, estas no cumplen con el requisito de procedibilidad para su admisión en la vía constitucional, ya

sea por falta de firmeza o por no tener el acto lesivo directa vinculación con la libertad personal, por lo que muchas de ellas se declaran improcedentes de forma *in limine*, y algunos son admitidos aun cuando no cumplen con el requisito de procedibilidad, para que con posterioridad a tal admisión, igualmente sean declarados improcedentes, por la Sala Penal de Apelaciones o por el Tribunal Constitucional.

La importancia del rechazo liminar en caso de habeas corpus contra resoluciones judiciales no solo conlleva a reducir la carga procesal, sino que también sincera la naturaleza y procedencia de los procesos constitucionales, evitando circunstancias ocurridas en algunos casos emblemáticos que llegaron hasta el Tribunal Constitucional, sin que exista por medio la vulneración a la libertad personal, por ejemplo:

**A. Expediente 04404-2018-PHC/TC -Piura, de 10 de marzo del 2020**

El proceso constitucional se incoa a favor de Werner Saúl Guevara Vargas con el objeto de declarar nula: *a)* Resolución de 28 de mayo del 2018, que declara no procede el requerimiento fiscal de sobreseimiento, *b)* resolución de 24 de enero del 2018 que declara inadmisibile el recurso de queja interpuesto contra la resolución que declaró improcedente el recurso de apelación dirigido contra la resolución que consideró como no presentado —por extemporáneo— el escrito de excepción de cosa juzgada

planteado por el recurrente en el proceso penal y otras disposiciones fiscales.

En este caso, se admite a trámite el proceso constitucional. En primer grado se declara fundada la demanda constitucional y nula las resoluciones judiciales cuestionadas, pese a que los actos lesivos no tenían relación con la libertad personal. En segundo grado, se revoca la resolución recurrida, reformándola se declara improcedente, finalmente en el Tribunal Constitucional declara improcedente la demanda por advertir que las resoluciones cuestionadas no vulneran de forma directa la libertad personal del beneficiario.

**B. Expediente 04444-2019-PHC/TC-Lima, de 15 de setiembre de 2020.**

El proceso constitucional se incoa a favor de Alejandro Toledo Manrique con el objeto de declarar nula: a) Resolución 3, de 13 de noviembre del 2017, que declara improcedente la excepción de improcedencia de acción solicitado por la defensa técnica Alejandro Toledo Manrique, b) Auto de vista de 22 de enero del 2018 que confirma la resolución 3, de 13 de noviembre del 2017, que declara improcedente la excepción de improcedencia de acción que deriva del Expediente 016-2017-69-5001-JR-PE-01.

En este caso, la demanda se admite. En primer grado se declara improcedente la demanda. En segundo grado, se confirma la improcedencia de la demanda. Finalmente el Tribunal

Constitucional declara improcedente la demanda por advertir que las resoluciones cuestionadas no vulneran la libertad personal del beneficiario.

**C. Expediente 03345-2020-0-3301-JR -PE-04-Ventanilla**

El proceso constitucional se incoa a favor de Omar Alfredo Marcos Arteaga con el objeto de declarar nula: a) Resolución 82 de 3 de enero de 2020, que resuelve admitir, el examen de la perita contable Silvia Marcela López Echevarría quien depondrá sobre el informe pericial financiero 15-2016 de 2 de agosto del 2016, y otros, b) auto de vista contenida en la resolución 33 de 31 de julio del 2017, que declara fundada el recurso de apelación de la Omar Marcos Arteaga, revoca la resolución 16 que declara infundada la solicitud de la exclusión de medios de prueba (Informe pericial financiero 015-2016), reformándola, declara nulidad parcial del informe pericial financiero 15-2016, y en consecuencia excluir toda aquella prueba como información de datos, montos, cuentas, porcentajes y otros de naturaleza bancaria o similar recabados de la empresa Fama que fue obtenida con posterioridad a 21 de marzo del 2016, entre otros, c) Se declare la insubsistencia del escrito de integración de 11 de junio del 2019, d) Se declare nula toda la admisibilidad probatoria realizada en merito al escrito de integración de la acusación fiscal de 11 de junio del 2019

En este caso, se admite a trámite el proceso constitucional.

En primer grado, se declara fundada la demanda constitucional y nula las resoluciones judiciales cuestionadas, pese a que los actos lesivos no tenían relación directa con vulneración a la libertad personal.

En segundo grado, se revoca la resolución recurrida, reformándola se declara improcedente la demanda, se ha concedido recurso de agravio constitucional, la misma pendiente de pronunciamiento por el Tribunal Constitucional.

Como se aprecia, mayoría de los procesos de habeas corpus contra resoluciones judiciales incumplen con el requisito de firmeza o el acto lesivo invocados no tiene directa relación con la libertad personal.

*Si sumamos los procesos admitidos y aquellos que han sido rechazados liminarmente en el periodo de enero al 23 de julio, se alcanza a 2,961 procesos.*

Ello conlleva a que la carga no solo es alta, sino que repercute negativamente en la defensa del Poder Judicial, más aún si *actualmente* (bajo las nuevas disposiciones del nuevo Código Procesal Constitucional) se confiere traslado de todas las demandas de habeas corpus contra resoluciones judiciales, motivando que todas deben ser absueltas, *por muy absurdas o infundadas que estas puedan ser, situación que se agrava porque en muchos casos no se cuenta con las herramientas necesarias para ello.*

### 3. Con relación a la restricción del uso de la palabra al demandado, en segundo grado

En el literal a) del artículo 23 del nuevo Código Procesal Constitucional, se recoge el trámite de habeas corpus en segunda instancia, y establece lo siguiente:

Artículo 23.- Trámite en el recurso de apelación. El recurso de apelación se tramita:

- a) [...]. No hay vista de la causa, salvo que el demandante o el favorecido lo solicite

Como se advierte, en el trámite del habeas corpus en segunda instancia predomina la escrituralidad, se habilita la solicitud de vista de la causa solo al demandante o el beneficiario, mientras que para el demandado se ha eliminado la posibilidad de solicitar informe oral. No obstante, actualmente, en el caso de la Procuraduría Pública del Poder Judicial, en su condición de demandado, apela las sentencias fundadas por las cuales se anuló una resolución (sentencia condenatoria o autos de prisión preventiva) que tiene relación *con los delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, lavados de activos, corrupción de funcionarios, entre otros*, y en todos los casos —en segunda instancia— se ha logrado revocar las sentencias fundadas, con la intervención activa del demandado (Procuraduría). Ahora, con la eliminación de la vista en segunda instancia, para el demandado (procuraduría o el Estado) queda de indefensión;



es decir que, al Poder Judicial y al Estado en su conjunto, se le ha *bloqueado* la posibilidad de defenderse e intervenir para informar oralmente en segunda instancia.

Por otra parte, la notificación a los jueces demandados va de la mano con la necesidad de realizar informe oral en la vista de causa, sobre todo en los procesos de habeas corpus contra resoluciones judiciales en los cuales se declaró fundada la demanda, puesto que en algunos casos —la notificación al Procurador del Poder Judicial y a los jueces demandados— motiva que *ambos actores se pongan en contacto e intercambiamos información del proceso objeto de habeas corpus, a efectos de una defensa eficaz en la defensa del Estado.*

Además, en la mayoría de los casos, una demanda de habeas corpus contra resolución judicial se declara fundada de manera indebida, puesto que el fin oculto u objeto último, es solo conseguir la excarcelación del sentenciado o procesado, y su sustracción del proceso penal o de la ejecución de la sentencia, casos que, como ejemplo, podemos citar a los siguientes:

**1) Caso de Lima Norte – Expediente N.º 00316-2020-0-0905-JR-PE-02:**

El proceso de habeas corpus contra resolución judicial se incoa a favor de Luis Daniel Castro Valdez y otros en contra del 1.º juez de investigación preparatoria de Lima y otros, con el objeto de declarar nula: *a)* El auto de vista contenida en la resolución 20, de 1 de diciembre del 2020 que confirma la resolución 5 de 12 de octubre

del 2020, *b)* Resolución 5, de 12 de octubre del 2020 que declara fundada la prisión preventiva en contra de Luis Daniel Castro Valdez, Daniel Medardo Gutiérrez Murillo y Paul Anthony Ríos Fernández y otros, por su presunta comisión del delito contra la salud pública en la modalidad de favorecimiento al consumo ilegal de drogas tóxicas estupefacientes en agravio del estado.

Esta demanda constitucional fue declarada fundada por una juez supernumeraria que presuntamente no cumplía con los requisitos de la Ley de Carrera Judicial para ser juez. En la sentencia que declara fundada la demanda de habeas corpus, anula la resolución de prisión preventiva y dispone la excarcelación de los beneficiarios, en la motivación de la sentencia fundada solo tenía copia literal de la demanda, sin motivación alguna.

Se impugnó la sentencia fundada, se solicitó el uso de la palabra para la vista de la causa en segunda instancia y se realizó el informe oral en la Sala Penal de Apelaciones, logrando que la sentencia constitucional apelada sea revocada, reformándola la demanda de habeas corpus declarada improcedente, como se advierte, la intervención de la Procuraduría del Poder Judicial (demandado), en segunda instancia, en este tipo de proceso constitucional es trascendental y determinante para revertir resoluciones ilegítimas que anulan una sentencia condenatoria o un auto de prisión preventiva.

**2) Caso Madre de Dios - Expediente N.º 01585-2018-0-2701-JR-PE-01:**

El proceso de habeas corpus contra resolución judicial se incoa a favor de Hernán Claudio Núñez Tejada y otros, en contra de los jueces de la Sala Penal de Apelaciones de Puno - Juliaca

y otros, con el objeto de declarar nula: *a)* Sentencia de vista contenida en la resolución 7, de 4 de junio del 2013, que confirma la sentencia contenida en la resolución 24, de 30 de enero del 2013 que condena a Hernán Claudio Núñez Tejada como autor del delito contra la salud pública en la modalidad de tráfico ilícito de drogas en agravio del Estado, *b)* Sentencia contenida en la resolución 24, de 30 de enero del 2013 que condena a Hernán Claudio Núñez Tejada como autor del delito contra la salud pública en la modalidad de tráfico ilícito de drogas en agravio del Estado, *c)* Disponer la inmediata libertad del beneficiario.

El trámite de este proceso constitucional nunca fue notificado a la Procuraduría del Poder Judicial, se toma conocimiento del mismo al haberse hecho referencia a tal proceso en otro proceso constitucional posterior, y se dedujo la nulidad de todo lo actuado. Por su parte, el juez constitucional, sin conferir traslado a la parte demandada —Procurador Público del PJ— declaró fundada la demanda constitucional, nula las resoluciones judiciales, dispuso la excarcelación del beneficiario y la exclusión de medios de prueba del proceso penal vía habeas corpus contra resolución judicial. Del seguimiento del proceso advertimos que uno de los magistrados demandados apeló la sentencia fundada, proceso que está pendiente de pronunciamiento de la Sala Penal de Apelaciones de Madre de Dios.

De los dos procesos de habeas corpus contra resoluciones judiciales antes citados: en el primer caso, la sentencia fundada se revocó en segunda instancia, con la intervención activa del procurador público del Poder Judicial, ello por-

que hasta esa fecha se permitía solicitar el uso de la palabra e informar oralmente en la Sala Penal de Apelaciones de Lima Norte; mientras que en el segundo caso, estamos a la espera de citación para la vista de la causa para solicitar el uso de la palabra e informar oralmente en la Sala Penal de Madre de Dios.

En ese sentido, evidenciamos que cuando se trata de habeas corpus contra resoluciones judiciales, la programación de vista de la causa para los informes orales en segundo grado o en la Sala Penal de Apelaciones es determinante no solo para el demandado, sino también para el demandante y/o beneficiario.

Por ello, *consideramos que el literal a) del artículo 23 del nuevo Código Procesal Constitucional* —para la parte demanda— no solo es perjudicial, sino que vulnera el principio de igualdad de armas y la defensa eficaz del Estado, dado que para el demandado no existe la posibilidad de realizar el informe oral en la Sala Penal de Apelaciones.

#### **4. Con relación a la actuación inmediata de sentencia de primer grado**

En el artículo 26 del nuevo Código Procesal Constitucional, se prevé la actuación inmediata de la sentencia estimatoria de primer grado en los procesos de libertad:

Artículo 26.-

La sentencia de estimatoria de primer grado es de actuación inmediata si el Juez estima que no se generará una situación de irreversibilidad, ni se ocasionará da-

ños desproporcionados al demandando. Es independiente de la apelación que se interponga contra ella y se solicite ante el Juez que emitió la resolución.

La resolución que ordena la actuación inmediata de sentencia es inimpugnable y se mantiene su vigencia hasta que se emita resolución última y definitiva que pone fin al proceso”. [Lo subrayado es nuestro]

A nuestra consideración, la actuación inmediata de la sentencia de primer grado no debería aplicarse para los procesos de habeas corpus contra resoluciones judiciales, pues este trámite debería tener un procedimiento diferenciado y con doble conformidad, lo que implica que, que la actuación de sentencia estimatoria se dé en segunda instancia una vez confirmada la sentencia de primer grado, por tres razones fundamentales:

- a) Para no vaciar de contenido a la jurisdicción ordinaria, por cuanto, *“una sentencia condenatoria o un auto de vista de prisión preventiva”* emitida dentro de un proceso penal de conformidad al artículo 2 inciso 24 literal f de la Constitución habilita la restricción de la libertad personal vía mandato judicial escrito y motivado, goza de presunción de constitucionalidad. Ergo, no es ilegal o arbitraria per se, salvo que el juez constitucional determine lo contrario vía control constitucional de las resoluciones judiciales dentro de los cánones del debido proceso;
- b) Para evitar que los jueces supernumerarios sin conocimiento de control constitucional de las reso-

luciones judiciales o los jueces que entren a la corrupción anulen resoluciones judiciales emitidos dentro de un debido proceso y excarcelen a los beneficiarios para sustraerlos de proceso penal o de la ejecución de la sentencia;

- c) Para evitar que se neutralice la investigación o la ejecución de las sentencias, por cuanto, en la mayoría de los casos se deja sin efecto una resolución judicial vía habeas corpus, pese que en la vía ordinaria esta no tenía la condición de firme, o cuando el cuestionamiento de la resolución judicial no tiene relación con la libertad personal, y pese a ello, se declara fundada la demanda de habeas corpus y se deja sin efecto resoluciones judiciales, y algo más inaudito: sin notificar al Procurador del Poder Judicial como parte demandada.

Como muestra de lo afirmado, citamos algunos casos:

- 1) **Expediente 04404-2018-PHC/TC -Piura, de 10 de marzo del 2020:** Se incoa demanda de habeas corpus contra resolución judicial a favor de Werner Saúl Guevara Vargas. Por sentencia constitucional de 7 de setiembre del 2018 se declara fundada la demanda de habeas corpus y declara nula: *a)* Resolución de 28 de mayo del 2018, que declara no procede el requerimiento fiscal de sobreesimiento, *b)* resolución de 24 de enero del 2018 que declara inadmisibile el recurso de queja interpuesto contra la resolución que declaró inprocedente

el recurso de apelación dirigido contra la resolución que consideró como no presentado —por extemporáneo— el escrito de excepción de cosa juzgada planteado por el recurrente en el proceso penal y otras disposiciones fiscales, resoluciones judiciales que derivan de la Corte Superior de Loreto. El argumento para declarar fundada la demanda constitucional, fue que no existía congruencia fáctica entre los hechos investigados (formalización de la investigación preparatoria) y el requerimiento acusatorio, entre otros. Notificada la sentencia constitucional fundada, la Procuraduría del Poder Judicial interpone recurso de apelación, la Sala Penal de Apelaciones revoca la recurrida, reformándola declara improcedente la demanda. Luego, vía recurso de agravio constitucional, el caso llega al Tribunal Constitucional. Posterior a ello, el beneficiario solicita al juez del primer grado *la actuación inmediata de la sentencia de primera instancia*, quien, por resolución de 9 de mayo del 2019, declara procedente la solicitud de actuación inmediata de sentencia, *la suspensión del trámite del proceso penal*, Expediente N.º 00303-2014-71-1903-JR-PE, hasta que el Tribunal Constitucional resuelva el recurso de agravio constitucional. Se precisa que las resoluciones cuestionadas no tenían directa vinculación con la vulneración de la libertad personal del beneficiario, sino, un cuestionamiento al debido proceso en abstracto, como fundamento del proceso de habeas corpus.

- 2) **Expediente 01585-2018-0-2701-JR-PE-01:** Demanda de habeas corpus contra resolución judicial seguido a favor de Hernán Claudio Núñez Tejada y otros, en contra de los jueces de la Sala Penal de Apelaciones de Puno - Juliaca y otros.

Por sentencia constitucional contenida en la resolución 6, de 9 de setiembre del 2019, se declara fundada la demanda de habeas corpus y declara nulidad de: *a)* Sentencia de vista contenida en la resolución 7, de 4 de junio del 2013, que confirma la sentencia contenida en la resolución 24, de 30 de enero del 2013 que condena a Hernán Claudio Núñez Tejada como autor del delito contra la salud pública en la modalidad de tráfico ilícito de drogas en agravio del Estado, *b)* Sentencia contenida en la resolución 24, de 30 de enero del 2013 que condena a Hernán Claudio Núñez Tejada como autor del delito contra la salud pública en la modalidad de tráfico ilícito de drogas en agravio del Estado, *c)* Disponer la inmediata libertad del beneficiario, *d)* nulidad del informe pericial físico video —identificación 2002/2020 y del informe pericial físico audio— transcripción 203/2010 seguido contra el precitado accionante.

Esta sentencia constitucional, se tramitó sin la intervención del procurador público del Poder Judicial, por cuanto, el Juez de primer grado no confirió el traslado de la demanda constitucional al Procurador, pues — como repito — incluso tomamos conocimiento del caso a raíz del trámite de otro proceso constitucional, donde se mencionó la existencia del proceso de Habeas Corpus, por lo cual, deducimos la nulidad de todo lo actuado, mientras que uno de los magistrados demandados interpuso recurso de apelación contra la sentencia fundada, la misma que está pendiente de pronunciamiento de la Sala Penal de Apelaciones de Madre de Dios.

Del trámite de este proceso constitucional, se puede advertir que *el juez de primera instancia declara nula sentencia condenatoria firme, dispone la excarcelación del beneficiario, excluye los medios de prueba del proceso penal*

*sin haber corrido traslado previamente al procurador del Poder Judicial, por lo que se evidencia la sustracción del beneficiario de la ejecución de la sentencia con inobservancia al artículo 47 y 139. 3 de la Constitución.*

De lo expuesto respecto a estos casos y otros, advertimos que la actuación inmediata de la sentencia de primer grado en los casos de habeas corpus contra resoluciones judiciales, en la práctica se convierte en un mecanismo procesal para suspender la investigaciones fiscales o suspender la ejecución de las sentencias condenatorias, o sustraer al supuesto beneficiario de la persecución penal, por ello, proponemos que para evitar la excarcelación irregular del beneficiario y/o evitar se deje sin efecto las ordenes de ubicación y captura que deriven de una sentencia condenatoria o auto de prisión preventiva, debe tener doble conformidad de la sentencia constitucional, esto es con la confirmatoria de la sentencia por la Sala Penal de Apelaciones, y que una vez confirmada la sentencia fundada, recién se disponga la excarcelación del beneficiario, y/o se deje sin efecto las ordenes ubicación y captura.

## VI. Conclusión y propuestas

Con la eliminación de la potestad del juez constitucional de rechazar liminarmente las demandas de habeas corpus o amparo contra resoluciones judiciales, no solo se generará carga procesal a los jueces constitucionales, sino que, además, trayendo consigo la activación de todo un aparato estatal, se

gastará recursos humanos y logísticos, entre otros. Además, en vez de atender demandas que realmente merecen tutela, el personal judicial se distraerá en casos que a futuro serán declarados improcedentes ya sea por falta de firmeza o porque el acto lesivo invocado no tiene relación con la libertad personal.

La eliminación de la vista de la causa restringe al demandado realizar el informe oral en segunda instancia, lo que conlleva una grave afectación a la defensa de los intereses del Estado - Poder Judicial, pues a pesar de que el demandado puede ser el apelante, no tiene la posibilidad de efectuar el informe oral en segunda instancia para revertir el caso, pese a que por medio, podría tratarse de resoluciones judiciales anuladas en casos emblemáticos o de relevancia nacional, por tal situación, para evitar el estado de indefensión en perjuicio del demandado —en este caso Estado - Poder Judicial— *sugerimos presentar mediante la Presidencia del Poder Judicial, una acción de inconstitucionalidad o iniciativa legislativa del literal a) del artículo 23 del nuevo Código Procesal Constitucional a efecto de garantizar la igualdad procesal y defensa de la independencia del juez ordinario dentro del proceso constitucional.*

Con relación a la actuación inmediata de sentencia de primer grado, cabe señalar que, dados los caso expuestos, *se sugiere presentar mediante la Presidencia del Poder Judicial, una iniciativa legislativa a efectos de modificarse el artículo*

26 del nuevo Código Procesal Constitucional, estableciéndose criterios que debe considerar el juez constitucional para ejecutar una sentencia de primer grado, en especial cuando se trate de procesos de crimen organizado, terrorismo, tráfico ilícito de drogas, lavados de activos y corrupción de funcionarios.

En los casos de habeas corpus contra resolución judicial, el cuestionamiento en la demanda es contra resoluciones que imponen prisión preventiva o sentencia condenatoria y/o excesos de carcerería. Sobre ello, *en el texto de la demanda de habeas corpus se hace referencia a situaciones del proceso ordinario sobre el cual los abogados del área constitucional de la Procuraduría Pública no tienen acceso, ni mucho menos la forma de corroborar tales cuestionamientos*, más aún, cuando hay reticencia de los magistrados demandados para brindar información, pese a que es para su defensa. Por tal situación, y dado que ahora el nuevo Código Procesal Constitucional establece que no se emplazará a los magistrados que emitieron las resoluciones cuestionadas, *se necesita*

*que los abogados del área constitucional de la Procuraduría Pública tengan acceso a los sistemas de seguimiento de causa en procesos penales de cada Corte Superior de Justicia del país*, a efectos de verificar el estado de los procesos y poder responder en forma efectiva las demandas, más aún, cuando a los magistrados ya no se les confiere traslado de la demanda para que puedan absolverla.

Con la admisión automática de las demandas constitucionales se generará grave afectación a los procesos ordinarios, ello porque se invertirá horas, hombres y logística, en forma masiva, para atender casos que seguramente al final de su trámite serán declarados improcedentes. Es más, no solo en los procesos de habeas corpus, sino también en los procesos de amparo, donde, al admitirse la demanda podría quedar expedito el camino para una medida cautelar y con ello paralizar los efectos de la sentencia de vista o ejecutoria suprema hasta que el proceso constitucional sea resuelto en primera instancia o desestimada la medida cautelar otorgada en una segunda instancia.

# EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL PERÚ

Aníbal Quiroga León\*

**SUMARIO:** I. Introducción.— II. Control difuso.— III. Control de convencionalidad.— IV. Parámetros y ámbitos de aplicación.— V. Aplicación en el Perú: caso Alberto Fujimori.— VI. Bibliografía.

## I. Introducción

La idea general del control de convencionalidad identifica este instituto jurídico con la preferencia de la aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) sobre las normas internas de los Estados parte, conforme ha sido gradualmente desarrollado en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en la doctrina que a su alrededor se ha desarrollado casi al mismo tiempo.

Como método interpretativo y de control, es análogo al control difuso de la constitucionalidad de las leyes desa-

rollado en el constitucionalismo de los Estados Unidos de América —de hecho, de allí proviene— y que fue transvasado de muy diferentes formas y maneras a Latinoamérica. Por tanto, ese deberá ser el primer tema sobre el cual detendremos nuestra atención, para luego pasar a analizar la naturaleza y alcances en específico del control de convencionalidad, haciendo un recuento de las principales sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) que han versado sobre el tema y de algunas precisiones doctrinarias que han configurado los principales de esta figura jurídica.

\* Profesor principal, abogado y magíster en Investigación Jurídica de la PUCP; doctorando por la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, en actual proceso de convalidación por la Universidad de Cuyo (Mendoza). Ex Vocal Suplente de la Corte Superior de Justicia de Lima. Ex presidente del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas de la Contraloría General de la República. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional - Sección Peruana, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y de la Asociación Mundial de Derecho Procesal. Autor de diversos libros, entre ellos: *El Debido Proceso en el Perú y en el Sistema Interamericano de DDHH - Jurisprudencia*; 2.<sup>a</sup> ed., Lima: Idemsa, 2013. Abogado en ejercicio.

Finalmente, como una demostración de su configuración, actualidad y vigencia abordaremos el caso de nulidad del indulto al expresidente Alberto Fujimori como ejemplo concreto del control de convencionalidad en nuestro medio que abre posibilidades de actuación para los jueces y constituye un reto para el Estado peruano en el cumplimiento y garantía de los derechos fundamentales reconocidos por la Convención Americana, que indudablemente forman parte de nuestro ordenamiento jurídico constitucional.

## II. Control difuso

El control difuso de la constitucionalidad de las leyes nace, como lo reconoce de modo unánime la pacífica doctrina, en la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, en 1803, con la célebre sentencia expedida en el caso *Marbury vs. Madison*, en una acción de *Writ of Mandamus*, bajo la presidencia del *Chief Justice* John C. Marshall, en la cual se sentó el precedente vinculante (*stare decisis*) de que una ley contraria a la Constitución debía ser considerada proveniente de legislatura repugnante y, por lo tanto, como teoría fundamental, nula e ineficaz ya que esto se deduce de la naturaleza de la Constitución escrita y, que por ello mismo, la Suprema Corte Federal la habrá de considerar como uno de los principios de la sociedad democrática de derecho<sup>1</sup>.

1 THAYER, J. B., "The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law", en *Harvard Law Review*, Cambridge: 1983, pp. 129-156.

El llamado sistema difuso o de *judicial review* de la constitucionalidad de las leyes basa su esencia y cualidad en dos aspectos fundamentales que le dan la denominación y principales características, una funcional y otra espacial. En cuanto a la característica funcional, se halla sistemáticamente ubicado como atributo constitucional innominado de toda Constitución escrita<sup>2</sup>. En su aspecto espacial, es absolutamente unánime que el sistema opera exclusivamente en el escenario de un proceso judicial concreto y real. Esto es, la facultad judicial de oponer su interpretación de un principio o postulado constitucional a su interpretación de una ley del congreso, dando por resultado la descalificación de la segunda, siempre para el caso concreto y solo con efectos entre las partes y mediante declaración judicial de inaplicación, únicamente será constitucionalmente válida y jurídicamente posible, en los márgenes de un caso concreto donde la ley sea sometida a análisis por ser precisamente aquella con la que el juzgador ordinario debe de decidir ineluctablemente la controversia

2 Recuérdese que esta facultad, como tal, no existía en 1803 en la Constitución de los EE. UU. y que, hasta la fecha, no se la consigna expresa ni literalmente. Corresponde a una exclusiva y auténtica "creación" o "redefinición jurisprudencial" efectuada por el Supremo Tribunal Federal, siempre dentro del Poder Judicial. Cfr. FURNISH, Dale, "La 'revisión judicial' de la Constitucionalidad de las Leyes en los Estados Unidos", en QUIROGA LEÓN, Aníbal, *La jurisdicción constitucional*, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990, pp. 96-97.



judicial. Esto es, el único escenario válido en el que el juzgador ordinario abre su facultad constitucional de juzgar la inconstitucionalidad de una ley será su confrontación, en un caso concreto, con los bienes jurídicos tutelados materia de una real controversia judicial, en tanto y en cuanto esa ley entre necesariamente al examen en su aplicación concreta, real y tangible<sup>3</sup>.

3 Dice FURNISH que: “La potestad de la Corte Suprema de los EEUU es reconocida en todo el mundo, pero muy a menudo mal interpretada. Hay que tener en cuenta que el Tribunal Supremo no es una entidad ofensiva, que sabe buscar oportunidades para ejercer su poder. Es una institución pasiva, que espera que el asunto entre a sus puertas, sin solicitarlo. [Con el curso del tiempo] [...] la Corte ha (auto) establecido que ciertas reglas incontrovertibles que (auto)limitan su función de revisión judicial (Una ejecutoria señaló una relación de toda limitación del poder del tribunal en cuanto a la judicial review [...]; sin embargo, hay unas pocas circunstancias sumamente excepcionales en que la Corte Suprema podría sobrepasar esas limitaciones, para alcanzar la justicia social u otros factores innegables. Un jurista que quiere acatar la facultad y la función de la Corte Suprema estadounidense, tiene que apreciar estas limitaciones, o no podrá comprender cuál es la realidad y la práctica de la Judicial Review. A) La validez constitucional es la última cuestión que la Corte Considerará con respecto a una ley; [...] B) Se requiere un “caso o controversia” auténtica para probar la validez de una Ley del Congreso (La Corte [...] no revisará la validez de una ley del Poder Legislativo, salvo en un juicio auténtico entre partes adversarias. [...] Se puede asumir jurisdicción solamente sobre casos concretos. [...] Es decir, el Tribunal no declarará hipotética, abstracta o contingentemente sobre la constitucionalidad de la ley. Tiene que haber un efecto real e inmediato sobre la suerte de las partes en juicio, un efecto que se pueda modificar o prevenir ex-

Así, aparece de modo uniforme entre nosotros en los arts. 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (D) de 1963, 236 de la Constitución de 1979 (D), 138, segunda parte, de la Constitución de 1993 en vigencia, y 14 del vigente Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Esto quiere decir que la justicia constitucional determinada bajo el esquema o modelo anglosajón de la *judicial review* es, en realidad, una justicia constitucional subsidiaria, residual y fundamentalmente subjetiva. *Subsidiaria* porque sucede necesariamente a la tarea judicial ordinaria de los Tribunales de Justicia y donde esta facultad es discrecional del juez ordinario de poder hacer, además, de juez constitucional. *Residual*, porque la actividad de control constitucional que hace el juez ordinario está añadida a su tarea principal, donde el control constitucional indirecto y limitado al caso concreto, entre las partes, nunca le puede relevar de su función de hacer reparto o distribución de los bienes jurídicos tu-

clusivamente por la intervención de la Corte Suprema); [...] C) La Corte Suprema no intervendrá en una “cuestión política” (esto es, en actos no judiciales); (...) y, D) La Corte Suprema, a su propia discreción, puede decidir no considerar un caso [...]. FURNISH. “La ‘revisión judicial’ de la Constitucionalidad de las Leyes en los Estados Unidos”, art. cit., p. 191. Respecto de la necesidad de un “caso concreto”, véase, BLUME FORTINI, Ernesto, El Tribunal Constitucional Peruano como supremo intérprete de la Constitución”, en *Pensamiento Constitucional*, Lima: 1996, pp. 293-337.

telados —cualquiera sea su naturaleza, dimensión o denominación— materia de la controversia judicial. Y *subjetiva*, porque la determinación de la constitucionalidad o no de una norma legal, que el juez ordinario puede hacer recreando su función judicial con la de contralor concreto de la Constitución solo parte —como fuente— de la controversia de derechos subjetivos, de partes subjetivas, de sujetos del proceso judicial ordinario. Esto define a la justicia constitucional americana como una justicia subjetiva porque es el derecho de los sujetos, su derecho subjetivo concreto, determinado y determinable —y su actuación en una realidad determinable—, el que servirá de base y sustento del examen de constitucionalidad.

Frente al *judicial review*, la justicia constitucional concentrada, o *ad hoc*, bajo el modelo kelseniano, que corresponde al Tribunal Constitucional, es un ejercicio constitucional, mental y metodológico absolutamente opuesto al anterior. Son, entonces, conceptos antitéticos, hasta opuestos. Mientras aquella es subjetiva, esta es abstracta, puesto que no requiere de contención subjetiva ninguna, ni se hace en sede judicial. Mientras aquella es para el caso concreto, esta es *erga omnes*. Mientras aquella está difuminada entre todo el sistema judicial, con todas sus variantes, esta se halla concentrada en un solo órgano expresa y específicamente diseñado en la Constitución. Mientras aquella surge del valor que determina el derecho en conflicto con la realidad, la

realidad que enmarca su proceso judicial, esta proviene de un examen objetivo de subsunción dentro de la simple confrontación de las interpretaciones del referente constitucional y de la interpretación de la norma sujeta a control. Tal antagonismo ya había sido puesto de relieve por Mauro Cappelletti y John Clarke Adams, cuando afirmaron que:

Esta coexistencia, cuando no incluso conjunción, de modelos dispares, nos enfrenta a la necesidad de abordar una cuestión nada pacífica entre la doctrina: la compatibilidad o incompatibilidad del sistema difuso de control de la constitucionalidad con todos los sistemas jurídicos, esto es, con los sistemas anglosajones o de common law y con los de tradición romano-canonista o civil. [...] existe una incompatibilidad fundamental entre el control difuso de la constitucionalidad de las normas y los sistemas de tradición romanista. [...] la experiencia italiana y alemana anterior a la constitucionalización de sus respectivos Tribunales Constitucionales revela la desadaptación del modelo difuso respecto de los países con sistemas jurídicos de derecho civil. Entre los varios argumentos esgrimidos en defensa de [esta] posición [...] [se] advierten (los riesgos) que el método difuso pueda conducir a una grave incertidumbre y confusión cuando un Tribunal decide aplicar una ley y otro la considera inconstitucional. Esta inseguridad es salvada en los sistemas jurídicos del common law mediante el recurso a la doctrina del *stare decisis* [...]. Cuando el principio del *stare decisis* es extraño a los jueces en los sistemas jurídicos romanistas o de derecho civil, [...] un método de control de la constitucionalidad que permita a cada juez decidir sobre la constitucionalidad de las leyes, puede conducir a que una (misma) ley pueda ser inaplicada por

algunos jueces por inconstitucional y ser considerada aplicable por otros jueces en sus decisiones.<sup>4</sup>

Si lo anterior es así, cabe concluir que el Tribunal Constitucional no puede, ni debe, ejercer la *judicial review* cuando conoce de una acción de inconstitucionalidad de las leyes, por ser esta abstracta, por aquella pertenecer (la *judicial review*) a la competencia exclusiva y excluyente del Poder Judicial conforme a la segunda parte del art. 138 de la Carta Constitucional, inequívoca y sistemáticamente situado dentro del Poder Judicial (lo que la Constitución reserva expresamente para un órgano, veda implícitamente para otro). Por otro lado, las competencias constitucionales no se pueden aplicar por analogía, ni extender, pues deben ser taxativas y son excepcionales—ver el principio general del derecho contenido en el Art. IV del Título Preliminar del Código Civil—. De lo contrario, si se asumiera que al Tribunal Constitucional le corresponde algo que está reservado expresamente para el Poder Judicial, ¿no se consagraría peligrosamente con ello el precedente que la exclusiva facultad del Tribunal Constitucional de deponer de modo directo las leyes contrarias a la Constitución puede también ser extendida a cualesquiera otros órganos del Estado, aunque no estén designado por la Constitución para ello?

4 CAPPELETTI, MAURO y JOHN ADAMS, “Judicial Review of Legislation: Europeans Antecedents and Adaptations”, en *The Harvard Law Review Association*, Cambridge: 1966.

Finalmente, en cuanto a este punto, la doctrina del Tribunal Constitucional en la justicia constitucional ad hoc o concentrada es mucho más poderosa, excelsa y directa en la defensa de la Constitución, en tanto que el control constitucional del Poder Judicial es derivado subsidiario y mediatizado al caso concreto. Por eso mayoritariamente la tendencia moderna opta sin ambages por el sistema del Tribunal Constitucional en el modelo de justicia constitucional concentrado o *ad hoc* antes que por repetir la fórmula jurisprudencial de la *judicial review* basada en el Poder Judicial, no siempre dispuesto o en aptitud de repetir el modelo norteamericano, con sus alcances y limitaciones, y no siempre dotados de la ventaja comparativa que el sistema del *stare decisis*, o de precedente vinculante como fuente principal de derecho, confiere a la sentencia judicial en el *common law*<sup>5</sup>.

Sin embargo, lo anterior no opera igual en la competencia del Tribunal Constitucional para conocer de la jurisdicción negativa de la libertad (Art. 202, inc. 2 de la Constitución), dado que en dicha facultad implica el necesario control de parte de la tarea judicial en el funcionamiento de las acciones de garantía constitucional siempre que hayan sido denegadas al pretensor por el Poder Judicial y siempre que al mismo tiempo medie recurso de agravio constitucional

5 DE BERNARDIS, L. M., *La garantía procesal del debido proceso*, Lima: Editorial Cultural Cuzco, 1995.

(Art. 18° del Código Procesal Constitucional). Esto significa que en la facultad excepcional de la jurisdicción negativa de la libertad el Tribunal Constitucional realiza una tarea judicial antes que una función de controlador de la actividad judicial, la de control directo de la constitucionalidad de las leyes.

En el primer tal caso, sí hay un caso concreto, sí hay partes adversarias y sí hay derechos subjetivos en controversia (no se debe olvidar que las acciones de garantía solo son procedentes frente a la violación de derechos constitucionales de orden subjetivo, y con legitimación activa real, vigente y existente). Por ello, como aparece obvio, en la jurisdicción negativa de la libertad el Tribunal Constitucional sí tiene, bajo las características ya señaladas, la facultad de la *judicial review* como derivación judicial (reconducción del Poder Judicial) de la facultad de control sobre las acciones judiciales de garantía, lo que no se debe confundir en ningún momento, ni por cierto ignorar, con las verdaderas competencias del Tribunal Constitucional, dentro de una actitud de autocontrol de sus poderes o *self restraint* que ha caracterizado siempre la actividad y funcionamiento del Tribunal Constitucional en el ejercicio de sus poderes explícitos e implícitos.

### III. Control de convencionalidad

En este contexto, el denominado control de convencionalidad es un mecanismo adoptado inicialmente

por la Corte IDH con la finalidad de determinar, en cada caso concreto, si la normativa interna de los estados denunciados se opone a las disposiciones de la Convención Americana sobre Humanos (Pacto de San José). Al igual que el control difuso desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos su definición, desarrollo y evolución ha sido eminente jurisprudencial, a través de los hitos que, brevemente, pasaremos a señalar:

- I. En el caso Suárez Rosero vs. Ecuador, en la Sentencia del 12 de noviembre de 1997, la Corte IDH determinó que, independientemente de que una norma sea de aplicación inmediata o no, puede llegar a ser violatoria del art. 2 de la Convención Americana, pese a lo cual, no se ordenó directamente al Estado de Ecuador la derogación o modificación de su legislación interna.
- II. En el caso Castillo Petrucci vs. Perú, en la Sentencia del 30 de mayo de 1999, la Corte IDH condenó al Estado peruano a adoptar medidas apropiadas con el fin de reformar las normas que por su simple existencia fueron declaradas violatorias de la Convención Americana.
- III. En el caso Olmedo Bustos y otros vs. Chile (“La última tentación de Cristo”), en la Sentencia del 5 de febrero del 2001 la Corte IDH ordenó al Estado chileno que modifique el ordenamiento jurídico

- interno, que comprende no solo leyes y reglamentos, sino también la modificación de una norma de grado constitucional.
- IV. En el caso *Las Palmeras vs. Colombia*, en la Sentencia del 6 de diciembre del 2001, la Corte IDH establece expresamente que toda norma jurídica usada para fundamentar la conducta del Estado es susceptible de ser sometida a un examen de confrontación normativa, con el fin de determinar si se ajusta o no a las disposiciones contenidas en la Convención Americana, sin importar que en el ordenamiento jurídico interno haya sido solucionado en forma definitiva.
- V. En el caso *Myrma Mack Chang vs. Guatemala*, en la Sentencia del 25 de noviembre del 2003, cabe destacar el voto concurrente del juez Sergio García Ramírez, donde se utiliza por primera vez el término “control de convencionalidad” para explicar que cada uno de los Estados parte que comparecen en la vía contenciosa ante la Corte IDH lo hacen en su conjunto, como un todo, quedando sin efectos para el ámbito internacional el principio de división de poderes. Por esta razón, la imputación de responsabilidad internacional declarada por la Corte IDH se aplica a la totalidad del Estado.
- VI. En el caso *Tibi vs. Ecuador*, en la Sentencia del 7 de septiembre del 2004, cabe destacar nuevamente el voto concurrente del juez García Ramírez donde se vuelve a hacer referencia al término “control de convencionalidad” y lo relaciona con el “control de constitucionalidad”, haciendo un parangón entre los tribunales constitucionales, que tienen por función examinar los actos impugnados a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales, y la Corte IDH, cuya función es la de confrontar los actos y las situaciones generadas en el marco nacional con las disposiciones de los tratados internacionales, como es el caso de la Convención Americana.
- VII. En el caso *López Álvarez vs. Honduras*, en la Sentencia del 1 de febrero del 2006 también se destaca el voto razonado del juez García Ramírez en el que se usa el término “control de convencionalidad” para referirse a la revisión que efectúa la Corte IDH entre la conducta del Estado y las disposiciones de la Convención Americana, determinando si existe o no compatibilidad entre ambas, comprendiendo tanto las acciones de *iure* cuanto las de *facto*.
- VIII. En el caso *Vargas Areco vs. Paraguay*, en la Sentencia del 26 de septiembre del 2006 resalta igualmente el voto razonado del juez García Ramírez en el que se tiene a la Corte IDH como la encargada de ejercer el control de convencionalidad, entendida como la confrontación

entre los hechos realizados por parte de los órganos que constituyen a un Estado parte y las normas de la Convención Americana.

- IX. En el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, en la Sentencia del 26 de septiembre del 2006, el pleno de la Corte IDH utiliza por primera vez el término “control de convencionalidad” es usado para explicar el ejercicio que debe llevar a cabo un juez nacional (como parte integrante del Poder Judicial) consistente en la inaplicación de una norma interna cuando se contraponga con las disposiciones previstas en los tratados internacionales ratificados por el Estado, como es el caso de la Convención Americana, o en la interpretación que de los mismos haya efectuado la Corte IDH.
- X. En el caso *Trabajadores del Congreso vs. Perú*, en la Sentencia del 24 de noviembre del 2006, el pleno de la Corte IDH reafirmó la aplicación del control de convencionalidad como el ejercicio de compatibilidad que de manera oficiosa los órganos del Poder Judicial deben realizar entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y regulaciones procesales<sup>6</sup>.

6 Véase, GARCÍA PONCE, C. E., *Hacia un concepto de control de convencionalidad*, Ciudad de México: Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 72-84.

De la revisión del avatar jurisprudencial de la Corte IDH a lo largo del cual se fue gestando y consolidando el control de convencionalidad, podemos advertir que el control de convencionalidad tiene una naturaleza idéntica al control de constitucionalidad que realiza el Juez nacional. Este control parte de dos supuestos: la jerarquía normativa y el objeto de determinar la validez jurídica de la normatividad jerárquicamente inferior<sup>7</sup>.

Doctrinariamente, se ha definido al control de convencionalidad como:

[U]na herramienta que permite a los jueces contrastar a las normas del sistema convencional internacional (tratados internacionales, pero también derecho derivado de los mismos). Esto significa que los jueces nacionales deberán desarrollar —de oficio— una serie de razonamientos que permitan la aplicación más amplia posible y el mayor respeto a las obligaciones establecidas por los tratados internacionales.<sup>8</sup>

En una mayor relación con la génesis de la figura, el control de convencionalidad se define también como:

[M]ecanismo procesal que surge a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y que

7 CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “¿Estado convencional de derecho?”, en MOSQUERO MONELOS, Susana (coord.), *La constitucionalización de los tratados de derechos humanos en Perú. Cuartas Jornadas sobre Derechos Humanos*, Lima: Palestra, 2015, pp. 45-64.

8 CARBONELL, Miguel, *Introducción general al control de convencionalidad*, Ciudad de México: Porrúa, 2011, p. 7.

tiene como objetivo hacer la confrontación entre las leyes internas de los Estados y el articulado de la Convención Americana, con el fin de establecer si existen violaciones de Derechos Humanos a partir de la aplicación de las normas internas, del mismo modo como las Salas o Tribunales Constitucionales hacen la confrontación entre la Constitución y demás normas, mostrándose, no obstante, una mayor importancia al control de convencionalidad sobre el control de constitucionalidad, debido a que el primero puede, incluso, ordenar reformar la propia constitución de los Estados parte de la Convención que no sucede con el control de constitucionalidad.<sup>9</sup>

En un esfuerzo por reunir todos los elementos que conforman el control de convencionalidad, coincidimos con GARCÍA en que esta figura se identifica de la siguiente manera:

[C]omo una herramienta jurídica procesal de origen casuístico con reconocimiento internacional, cuyo fin primordial radica en vigilar la compatibilidad existente entre una norma interna (sin importar su rango jerárquico) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o en su caso, los tratados internacionales cuyo objeto de protección sean los derechos humanos; todo ello, a partir de la elaboración de un examen de confrontación, que puede ser llevado a cabo de dos niveles, el internacional, efectuado por la Comisión o la Corte Interamericana y el nacional, que [...] es ejercido por todas las autoridades

del país, dentro del respectivo ámbito de sus competencias.<sup>10</sup>

Partiendo de esta definición, se distinguen como elementos constitutivos del control de convencionalidad los siguientes: (a) Vigencia de un tratado internacional; (b) Competencia de un órgano internacional para conocer de la interpretación, aplicación y solución de controversias derivadas del referido tratado; (c) Primacía del tratado sobre cualquier otra norma, incluida la Constitución, velando porque el objeto y fin del tratado no sea afectado por otras disposiciones, actos y hechos; (d) Contraste del tratado con la totalidad de los actos y hechos del Estado; (e) Determinación del incumplimiento o no de una obligación internacional; y (f) Ante el incumplimiento de una obligación internacional resolver sobre la responsabilidad estatal y sus consecuencias.<sup>11</sup>

En definitiva, el control de convencionalidad es parte de los esfuerzos para lograr la plena aplicación del derecho internacional de los derechos humanos, incluyendo su jurisprudencia. En el caso específico de la Convención Americana, la Corte IDH ha resaltado la obligación de los Estados Parte de interpretar cualquier norma de fuente interna de

9 MORA MÉNDEZ, Jorge Andrés, "El control de convencionalidad: Un replanteamiento de principios y fuentes del derechos", en *Revista Republicana*, año 12, Bogotá: 2012, p. 219.

10 GARCÍA PONCE, *Hacia un concepto de control de convencionalidad*, ob. cit., p. 88.

11 MANDUJANO RUBIO, Sául, *Control de convencionalidad y convergencia interpretativa*, Ciudad de México: Tirant Lo Blanch: 2018, pp. 65 y 66.

conformidad con el Pacto de San José, “en caso de existir manifiesta incompatibilidad entre la norma nacional y el corpus iuris interamericano, las autoridades estatales deberán abstener de aplicar la norma doméstica [con el] fin de evitar la vulneración de los derechos humanos protegidos internacionalmente”<sup>12</sup>.

#### IV. Parámetros y ámbitos de aplicación

El parámetro del control de convencionalidad, conforme ha sido desarrollado por la jurisprudencia de la Corte CIDH, radica en los derechos humanos que reconoce la Convención Americana, en la medida que es su presunto incumplimiento lo que activa su jurisdicción contenciosa. Adicionalmente, forman parte de esta parte del parámetro de control, todos aquellos tratados internacionales de derechos humanos cuyo cumplimiento ha sido expresamente encargado a la Corte IDH y las interpretaciones que esta última formula sobre la Convención Americana, tanto en sus sentencias cuanto en sus opiniones consultivas<sup>13</sup>.

Partiendo de este parámetro, siguiendo a FERRER, el control de convencionalidad tiene como finalidad el cumplimiento de los siguientes objetivos:

(i) Prevenir la aplicación de normas nacionales que manifiestamente

sean incompatibles con la Convención Americana y que resulten nulas *ab initio*. Este es el caso de las leyes de amnistía que permiten impunidad en casos de degradación forzada, ejecuciones extrajudiciales, crímenes de lesa humanidad y otras violaciones graves de los derechos humanos.

(ii) Servir como institución que permita a las autoridades del Estado cumplir de forma adecuada con su obligación de respeto y garantía de los derechos humanos protegidos convencionalmente y con el cumplimiento de sentencias dictadas en contra del Estado al que la autoridad pertenece.

(iii) Propiciar y acrecentar el diálogo jurisprudencial en materia de derechos humanos, entre los tribunales nacionales y la Corte IDH, mismo que procure hacer efectivos los derechos fundamentales, constituyendo un elemento esencial en la formación e integración de *ius constitucionale commune* en favor de la protección de la dignidad de todas las personas de la región.<sup>14</sup>

Como hemos desarrollado anteriormente, el control de convencionalidad puede ser aplicado tanto por la Corte

12 MANDUJANO RUBIO, *Control de convencionalidad y convergencia interpretativa*, ob. cit., p. 64.

13 CASTILLO CÓRDOVA, “¿Estado convencional de derecho?”, art. cit., pp. 56 y 57.

14 FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Control de convencionalidad (sede interna)”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; Fabiola MARTÍNEZ RAMÍREZ y Giovanni FIGUEROA MEJÍA, *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional*, Ciudad de México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, pp. 239 y 240.



IDH y por el Poder Judicial de los Estados parte.

El primero, denominado control supranacional o concentrado, es el que realiza la Corte IDH en sede contenciosa o consultiva, a través del cual:

[D]etermina la compatibilidad o incompatibilidad del derecho interno o los actos de agentes de un Estado Parte a través de una sentencia... en que se determina el sentido y alcance de las disposiciones convencionales y, en su caso, ordena al Estado parte como obligación de resultado, modificar, suprimir o derogar normas de derecho interno y prácticas de agentes estatales contrarias a los atributos y garantías de los derechos asegurados por la Convención Americana y los tratados o convenciones complementarios del sistema (*corpus iuris interamericano*), para garantizar efectivamente el ejercicio de los derechos humanos por las personas sujetas a la jurisdicción de dicho Estado parte.<sup>15</sup> [*Énfasis agregado*]

El segundo, es el control de convencionalidad de los jueces en sede nacional, que se traduce en “la obligación que tienen los jueces nacionales de inaplicar las normas de derecho interno contradictorias o que confrontan a la Convención Americana, utilizando para ello los principios de progresividad y pro-persona”<sup>16</sup>.

15 NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris interamericano* para las jurisdicciones nacionales”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 45, n.º 135, Ciudad de México: 2012. Cfr. GARCÍA PONCE, *Hacia un concepto de control de convencionalidad*, ob. cit., pp. 100 y 101.

16 *Ibid.*, p. 105.

Como vemos, resulta fuera de toda duda que, en aplicación del control de convencionalidad, en modo análogo al modelo de control de constitucionalidad recogido por nuestra normativa interna, los jueces se encuentran facultados para inaplicar cualquier disposición interna que se oponga a las disposiciones de la Convención Americana y otras normas internacionales de derechos humanos cuya supervisión se encuentre a cargo de la Corte IDH.

Sin embargo, como hemos señalado en los párrafos anteriores, el interrogante estaría planteado con respecto a la posibilidad de que otros órganos distintos al Poder Judicial ejerzan control de convencionalidad y, como resultado de ello, prefieran la aplicación de la Convención Americana sobre las disposiciones internas, incluida la propia Constitución Política del Estado. Esto porque, a criterio de la Corte IDH, el control de convencionalidad atañe al Estado en su conjunto y no solamente a los órganos jurisdiccionales.

Al respecto, cabe recordar que en virtud de un precedente vinculante<sup>17</sup> el TC configuró el denominado control difuso administrativo de la constitucionalidad, que habilitaba a los Tribunales Administrativos para dejar de aplicar una norma legal por considerarla contraria a la Constitución. Criterio que fue objeto de numerosas críticas,

17 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 03741-2004-AA*, Lima: 14 de noviembre del 2005.

teniendo en cuenta que, en primer lugar, nuestra Carta Magna reserva el control difuso de constitucionalidad a los jueces<sup>18</sup> y, en segundo lugar, que la Administración Pública, en general, se encuentra sujeta al principio de legalidad<sup>19</sup>, por el cual solo puede hacer aquello que por ley expresa se encuentre facultada. Razones por las cuales, una Sentencia posterior del TC<sup>20</sup> dejó sin efecto esta atribución del control difuso administrativo de constitucionalidad.

18 Constitución Política del Perú.  
“Art. 138º. - Administración de Justicia. - Control difuso La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.

En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”.

19 Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General. Título Preliminar  
“Art. IVº.- Principios del procedimiento administrativo

1.- El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

“1.1. Principio de legalidad. - Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.  
[...].”

20 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 4293-2012-PA/TC*, Lima: 18 de marzo del 2014.

Debemos señalar, al respecto, que de conformidad con los arts. 3 y 55 y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de nuestra Carta Magna, en tanto establecen, por una parte, que los derechos fundamentales que reconoce no constituyen *numerus clausus*, y, por otra, que los tratados internacionales forman parte del derecho nacional y son parámetros para la interpretación de los derechos constitucionales Razones que abonan a la posibilidad de que los órganos de la Administración Pública realicen el control de convencionalidad que ordena la Corte IDH.

## V. Aplicación en el Perú: caso Alberto Fujimori

Durante el gobierno del Sr. Alberto Fujimori Fujimori se cometieron diversas violaciones a los derechos humanos. El caso “*Barrios Altos*” es emblemático, porque se enmarca dentro del contexto en el cual un grupo paramilitar denominado “*Grupo Colina*” se encargaba de efectuar ejecuciones extrajudiciales, aduciendo como fundamento el combate contra el terrorismo que afectaba al Estado peruano.

“*Barrios Altos*” era y es un vecindario limeño del centro histórico de Lima, pobre y tugurizado, en el cual se realizó un asesinato masivo de distintos concurrentes a una fiesta privada, por parte del “*Grupo Colina*”, sustentando ello en que los concurrentes a la misma pertenecían a uno de los grupos subversivos que asolaban al Estado peruano.

Posteriormente, cuando investigaciones periódicas denotaron la comisión de dichos delitos y sus posibles autores, el Estado peruano expidió las Leyes N.º 26479 y la Ley N.º 26472, mediante las cuales se otorgaban amnistía a aquellos policías y civiles que hubieran cometido, entre los años 1980 y 1995, actos violatorios de derechos humanos, con la única finalidad de eludir, casi en fraude a la ley, cualquier investigación por parte del Poder Judicial y el Ministerio Público.

Los familiares de las víctimas recurrieron ante la Comisión IDH, quien hizo suya la denuncia presentada por las víctimas, interponiendo la demanda contra el Estado peruano ante la Corte IDH, la cual resolvió por unanimidad que las leyes de amnistía eran incompatibles con la Convención y en consecuencia carentes de efectos jurídicos. Asimismo, dispuso que el Estado peruano investigue los hechos para determinar las personas responsables de las violaciones de derechos humanos.

En cumplimiento de esta sentencia<sup>21</sup> el Sr. Fujimori fue condenado a 25 años de prisión efectiva, en última instancia, por la Sala Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República como autor mediato y por responsabilidad por crímenes de lesa humanidad (homicidio calificado y secuestro) y, por tanto, recluido en prisión. Sin cumplir la totalidad de esta condena (poco

menos de la mitad), el 24 de diciembre del 2017, en nochebuena, el entonces presidente, Sr. Pedro Pablo Kuczynski, le otorgó mediante Resolución Suprema N.º 281-2017-JUS, el indulto y gracia y el Sr. Fujimori recuperó su libertad.

Frente a ello, mediante Resolución de Cumplimiento de Sentencia de los Casos Barrios Altos y La Cantuta vs. Perú, del 30 de mayo de 2018, la CIDH declaró:

[Q]ue el Estado no ha dado cumplimiento total a la obligación de investigar, juzgar y, de ser el caso, sancionar las graves violaciones a los derechos humanos determinadas en las Sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos Barrios Altos y La Cantuta. [Énfasis agregado]

En tal sentido, se ordenó mantener abierto el procedimiento de supervisión de cumplimiento de ambos casos, sin señalar expresamente al Estado peruano cómo debía proceder con respecto al indulto que se había otorgado al Sr. Fujimori.

En atención a la decisión de la Corte IDH, los familiares de las víctimas recurrieron directamente ante el juez del Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria de la Corte Suprema de Justicia de la República solicitando el control de convencionalidad del indulto humanitario dictado en favor del Sr. Alberto Fujimori y, por tanto, se declare la nulidad del mismo.

Sobre esto último, con Auto recaído en la Resolución N.º 10, del 3 de

21 Tanto la sentencia de la Corte IDH en los Casos Barrios y La Cantuta.

octubre del 2018, emitida por el juez del Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria en el Expediente N.º 00006-2001-4-5001-SU-PE-01:

- (i) En la Sentencia del Caso Barrios Altos vs. Perú, la CIDH ordenó al Estado Peruano, a modo de reparación para las víctimas, “investigar los hechos para determinar las personas responsables de las violaciones de derechos humanos a los que se había hecho referencia en la sentencia, así como divulgar públicamente los resultados de dicha investigación y sancionar a los responsables”<sup>22</sup>.
- (ii) En la Resolución de Cumplimiento de Sentencia de los Casos Barrios Altos y La Cantuta vs. Perú, la CIDH señaló que:

[L]a obligación del Estado de investigar los hechos y sancionar a los responsables por la violación de los derechos humanos declarados en la sentencia de la Corte Interamericana [...] no solo comprende la nulidad de aquellos procesos donde se hubiesen aplicado las leyes de amnistía [...], tras haberse declarado que dichas leyes no tienen efectos jurídicos, sino también toda práctica destinada a impedir la investigación y sanción por la violación de los derechos a la vida e integridad personal.<sup>23</sup> [*Énfasis agregado*]

- (iii) Al respecto, se consideró que, si bien es cierto que el art. 110 del

Estatuto de la Corte Penal Internacional admite que en determinados casos los condenados por crímenes de lesa humanidad pueden beneficiarse de la aplicación de figuras tales como el indulto o la conmutación de la pena, también lo es que, en tal caso, el único competente para aplicarlo es el propio Tribunal Penal Internacional y no los tribunales nacionales de los países en los cuales se cometieron tales delitos. Ese mismo criterio fue seguido en los tribunales internacionales ad hoc que se conformaron para conocer los delitos de lesa humanidad en los casos Yugoslavia (1993), Ruanda (1994), Sierra Leona (2002) y Líbano (2009). “En definitiva, los instrumentos de derecho penal internacional no admiten que los Estados otorguen una medida equivalente al indulto, tal como le fue concedido a Alberto Fujimori”.

- (iv) Nuestra legislación posee normas que prohíben el indulto o perdón de la pena para aquellos casos delictivos considerados en cada derecho interno como los más graves o para los delitos sancionados en sus jurisdicciones con las máximas penas, incluyendo algunas graves violaciones de derechos humanos o crímenes de lesa humanidad. A título ilustrativo, se citó el art. 2 de la Ley N.º 28704, que dispuso que “no procede el indulto, ni la conmutación de pena ni el derecho de gracia de los sentenciados por

22 Punto Decisivo 5.

23 Considerandos 29 y 30.

los delitos previstos en los artículos 173 y 173-A” del Código Penal relativos a la violación de persona menor de edad y la violación de personas menores de edad seguida de muerte o lesión grave, así como el Decreto Legislativo N.º 1811, mediante la cual se introduce la prohibición del “derecho de gracia, amnistía, indulto y conmutación de pena para los delitos previstos en los artículos 108-C y 108” del Código Penal relativos al sicariato y a la conspiración y el ofrecimiento para el delito de sicariato .

- (v) Con relación a ello, en la Sentencia recaída en la Expediente N.º 0012-2010-PI/TC señaló que:

[A] juicio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como consecuencia de lo previsto en el artículo 1.1 de la Convención Americana, en el que se establece que el Estado tiene la obligación de ‘garantizar’ el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, ‘los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención’ (cfr. Caso Velásquez vs. Honduras, Sentencia del 29 de julio de 1988, párrafo 166; cursiva agregada). Por ello, ‘[s]i el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune [...] puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio’.<sup>24</sup>

24 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 0012-2010-PI/TC*, Lima: 11 de noviembre del 2011, f. j. 41.

- (vi) Asimismo, en la misma sentencia señaló que:

[E]l indulto y la conmutación de la pena, limitan el derecho fundamental a la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales (STC 5854-2005-PA/TC, fundamento 28). En efecto, dicha protección puede revestir muchas formas en función a su oportunidad y sus objetivos. Así, pueden ser preventivas, reparadoras, resarcitorias, etc. Una de esas formas es la que se acciona a través del Derecho penal con la sanción impuesta por el delito que violó el derecho. Esta forma de protección sancionatoria, desde una perspectiva objetiva, es singularmente efectiva para la defensa de los derechos fundamentales, pues, tal como ha tenido ocasión de resaltar este Tribunal, la imposición de la sanción ‘renueva la confianza de la ciudadanía en el orden constitucional, al convertir una mera esperanza en la absoluta certeza de que uno de los deberes primordiales del Estado, consistente en [...] proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia (...) (artículo 44º de la Constitución), se materializa con la sanción del delito (prevención especial en su vertiente positiva); con la consecuente vigencia efectiva del derecho fundamental a la seguridad personal en su dimensión objetiva (inciso 24 del artículo 2º de la Constitución).<sup>25</sup>

- (vii) Sobre esto último, conforme se citó en la Resolución bajo comentario, a criterio del TC:

25 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 0012-2010-PI/TC*, Lima: 11 de noviembre del 2011, f. j. 40.

[E]xisten ciertos actos delictivos que alcanzan tal nivel de violación de la dignidad del ser humano, que, en abstracto, la posibilidad de adoptar medidas que impidan la efectiva sanción, se encuentra proscrita. Es así que la Corte Interamericana ha señalado que ‘son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos’ (cfr. Caso Barrios Altos vs. Perú, Sentencia del 14 de marzo de 2001, párrafo 41). El Tribunal Constitucional ha interpretado que esto excluye la posibilidad de adoptar tales medidas ante un acto que constituya un crimen de lesa humanidad, es decir, ‘a) cuando por su naturaleza y carácter denota una grave afectación de la dignidad humana, violando la vida o produciendo un grave daño en el derecho a la integridad física o mental de la víctima, en su derecho a la libertad personal o en su derecho a la igualdad; b) cuando se realiza como parte de un ataque generalizado o sistemático; c) cuando responde a una política (no necesariamente formalmente declarada) promovida o consentida por el Estado; y, d) cuando se dirige contra población civil’.<sup>26</sup>

26 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 0012-2010-PI/TC*, Lima: 11 de noviembre del 2011, f. j. 40.

Con lo cual, se pone de relevancia la prohibición de conceder indultos en casos de crímenes de lesa humanidad, como es el caso de la condena a Alberto Fujimori.

Partiendo de esas consideraciones, se concluyó que:

[E]l indulto concedido al sentenciado Alberto Fujimori [...] es incompatible con las obligaciones internacionales que vinculan al Estado Peruano, entre ellos la Convención Americana de Derechos Humanos; más aún, si existen pronunciamientos que vinculan al Estado Peruano, entre ellos la Convención Americana de Derechos Humanos; más aún, si existen pronunciamientos del Tribunal Constitucional según los [cuales] no procede el indulto en delitos de lesa humanidad como en el presente caso.

Por consiguiente, se resolvió:

Declarar que carece de efectos jurídicos para la ejecución de sentencia del presente caso, la Resolución N.º 281-2007-JUS, de 24 de diciembre de 2017, que concede entre otros, indulto por razones humanitarias al sentenciado Alberto Fujimori Fujimori o Kenya Fujimori.

Este criterio fue conformado por la Resolución N.º 46, del 13 de febrero del 2019, emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, se declaró “INFUNDADA la solicitud procesal absoluta [...] deducida por la defensa de don Alberto Fujimori [...]”, y, del mismo,

se declaró “INFUNDADO el recurso de apelación formulado por la defensa del sentenciado don Alberto Fujimori [...] que propuso se declare improcedente el control de convencionalidad por competencia funcional del Juzgado de Investigación Preparatoria Supremo (Juzgado de Ejecución)”.

Como es posible apreciar, en el presente caso, el Poder Judicial ha reafirmado en un caso concreto la incompatibilidad de conceder indulto por razones humanitarias en el caso de personas que hubiesen sido condenadas por delitos de lesa humanidad ejerciendo un control de convencionalidad de una norma de rango inferior a la ley, como es el caso de la Resolución Suprema N.º 281-2017-JUS, aplicando el denominado control de convencionalidad nacional, a cargo de la jurisdicción de los Estado parte de la Convención Americana.

Si bien es cierto, también se ofrecieron consideraciones de fondo, relacionadas con la compatibilidad del estado de salud del condenado Alberto Fujimori con la pena privativa de libertad de que fue objeto, también lo es que a criterio del juez lo que resultó determinante era que, al habersele indultado, se estaba incumpliendo con el deber de los Estado parte de cumplir con las Sentencias de la Corte IDH. Y, aunque en el caso materia de análisis, la propia sentencia de cumplimiento dicta por la Corte IDH no estableció específicamente la anulación del indulto presidencial, fue esta sentencia judicial la que otorgó con-

tenido al caso concreto en cuanto a la observancia de este deber internacional.

Por consiguiente, apreciamos una actuación conjunta de la jurisdicción internacional de los derechos humanos y de la jurisdicción interna del Perú en pro de la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Convención Interamericana. Finalidad, para la cual, el denominado control de convencionalidad cumple una función primordial que, no dudamos, tendrá un mayor desarrollo en los próximos años.

## VI. Bibliografía

- BLUME FORTINI, Ernesto, El Tribunal Constitucional Peruano como supremo intérprete de la Constitución”, en *Pensamiento Constitucional*, Lima: 1996.
- CAPPELETTI, MAURO y John ADAMS, “Judicial Review of Legislation: Europeans Antecedents and Adaptations”, en *The Harvard Law Review Association*, Cambridge: 1966.
- CARBONELL, Miguel, *Introducción general al control de convencionalidad*, Ciudad de México: Porrúa, 2011.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “¿Estado convencional de derecho?”, en MOSQUERO MONELOS, Susana (coord.), *La constitucionalización de los tratados de derechos humanos en Perú. Cuartas Jornadas sobre Derechos Humanos*, Lima: Palestra, 2015.
- DE BERNARDIS, L. M., *La garantía procesal del debido proceso*, Lima: Editorial Cultural Cuzco, 1995.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Control de convencionalidad (sede interna)”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; Fabiola MARTÍNEZ RAMÍREZ y Giovanni FIGUEROA MEJÍA, *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional*, Ciudad de México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014.

- FURNISH, Dale, “La ‘revisión judicial’ de la Constitucionalidad de las Leyes en los Estados Unidos”, en QUIROGA LEÓN, Aníbal, *La jurisdicción constitucional*, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990.
- GARCÍA PONCE, C. E., *Hacia un concepto de control de convencionalidad*, Ciudad de México: Tirant Lo Blanch, 2019.
- MANDUJANO RUBIO, Sául, *Control de convencionalidad y convergencia interpretativa*, Ciudad de México: Tirant Lo Blanch: 2018.
- MORA MÉNDEZ, Jorge Andrés, “El control de convencionalidad: Un replanteamiento de principios y fuentes del derechos”, en *Revista Republicana*, año 12, Bogotá: 2012.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 45, n.º 135, Ciudad de México: 2012.
- THAYER, J. B., “The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law”, en *Harvard Law Review*, Cambridge: 1983.



# EL DERECHO INDÍGENA SURPERUANO: UNA LUCHA QUE NO CESA

Boris Espezúa Salmón\*

**SUMARIO:** I. Discurrir del derecho indígena. — II. El pensamiento indigenista y el derecho. — III. Proyecto de Código Indígena. — IV. Sublevaciones indígenas y legislación tutelar. — V. Otros gestores, la educación y el contexto internacional. — VI. Evaluación actual de los aportes del Código Indígena. — VII. Bibliografía.

## I. Discurrir del derecho indígena

Hay que señalar, como marco general, que el indigenismo se enmarca en la genuina expresión del americanismo y de la peruanidad, pero no aquella que no tiene arraigo en sus componentes identitarios, en su sentido de cosmovisión, en su propia estructura o epistemología que da sentido, causa, naturaleza a su tradición. El americanismo, que es implícito en lo peruano, nace de sus componentes de identidad, de aquello que no se puede desmontar porque pertenece a un mundo infranqueable, a un enfoque, a una forma de vida que, a pesar de los avatares de extinción pretendida, no se

ha podido destruir y que contrariamente ha sido reivindicado, desarrollado por una línea espléndida de personajes como Guamán Poma de Ayala, Garcilazo de la Vega, Gamaliel Churata, José Carlos Mariátegui, Julio C. Tello, Hermilio Valdizán, Jorge Basadre, Pablo Macera, Gonzalo Portocarrero, entre otros. Esta línea americanista ha encontrado una de sus más grandes voces expresivas en Gamaliel Churata cuando acentúa su adhesión por lo andino.

Una vez aclarada esta premisa, podemos sostener que la vinculación del derecho indígena, se remonta en la historia a tiempos pre inca e inca,

---

\* Doctor en Derecho. Docente de pre y posgrado en la Universidad Nacional del Altiplano de Puno. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho Constitucional, autor de varios libros de Derecho, siendo el último “El derecho desde la mirada del otro” Bases para la construcción del Pluralismo Jurídico en el Perú.

donde con no pocos trabajos se da cuenta de la aparición de este derecho. Su carácter ágrafo, así como su sentido comunitario, son dos rasgos innegables por los que se ha mantenido a lo largo de los siglos, incluso más allá de la época colonial y republicana. El derecho indígena hay que situarlo como parte de cada cultura, los grupos indígenas mantienen hasta el día de hoy las reglas éticas del Ama Sua, Ama Quella, Ama Llulla que constituyen principios rectores del comportamiento y formas de convivencia comunitaria, que han sido y son pautas rectoras de una ética y línea de conducta.

Jorge Basadre en su libro “Los fundamentos de la historia del derecho” señala que en el tiempo del Inkario existían grandes grupos de población con sus costumbres establecidas, con los más variados grados de cultura, existían mutua influencia entre culturas. Basadre da cuenta que el Inca Garcilazo de la Vega refería lo siguiente:

El Inca Pachacutec ordenó muchas leyes y fueros particulares vinculadas a las costumbres antiguas de aquellas provincias, pero dada las distancias y la diversa geografía peruana, no hicieron posible cierta homogeneidad de la vigencia de dichas normas que estuvieron mezcladas con las costumbres, la religión, la moral y lo económico.<sup>1</sup>

Hay que tener presente que la base del colectivismo, cooperativismo de

los incas fue el ayllu, que fue célula del proceso social peruano, fue el núcleo social peculiar de las diversas etapas de evolución de las hordas, clans, gens, hasta la formación de los grandes imperios, que permitió la fraternidad con la naturaleza y el sentido comunal. Los incas recibieron como ancestral herencia la tradición jurídica de siglos basada en el comunitarismo. La misma que estaba constituida por los siguientes factores: en lo social, el ayllu; en lo económico, el colectivismo o factor comunitario; en el trabajo, el esfuerzo común; en lo ético, el precepto como norma moral y religiosa; en lo religioso, la divinización de todo lo existente; y, en lo jurídico, la costumbre como ley y el interés colectivo por encima del interés individual. Así edificaron un Estado abierto y comunitario, como señala el Inca Garcilazo de la Vega.

Con la invasión española se rompió el aspecto comunitario, y, con ellos, muchos valores que se caracterizan justamente por su significado colectivo, por lo que no resulta difícil inferir que nuestros ancestros, a través de las asambleas comunitarias, determinaban la responsabilidad de quien delinquía o cometía actos contrarios a la convencionalidad de justicia que primaba en el grupo cultural. El tipo de justicia implantado por el Virreinato fue vertical, divino, vinculado a la Iglesia Católica. Este tipo de justicia no era predecible ni garantizable para asegurar un correcto juzgamiento y una determinación de probada responsabilidad.

1 BASADRE GROSHMAN, Jorge, *Los fundamentos de la Historia del Derecho*, Lima: Universitaria, 1967.

En esta etapa, sabemos que fue muy cruento el oprobio y el sojuzgamiento a los indígenas, bastaría ver los dibujos del cronista indio Huamán Poma de Ayala, y de otros cronistas que daban cuenta de periodos muy extremos en imponer una evangelización arbitraria a la cultura originaria en lo religioso, en establecer la servidumbre y explotación en lo social y económico, y en lo jurídico todas las formas de coacción de conducta a favor de las autoridades virreinales. Es conocida la vertiente que, por un lado, hablaban mal de los indios y, por el otro, los defendían; así fueron los casos de Ginés de Sepúlveda y, por el otro, de Fray Bartolomé de las Casas. El primero creía que los indios no tenían alma y eran siervos por naturaleza; en cambio, el segundo, aparte de designarle alma, espíritu a los indígenas, consideraba derechos iguales a los demás, siendo precursor del derecho social contemporáneo.

Es conocida la expresión de Francisco Vitoria, uno de los defensores de las causas indígenas quien fue más allá en su defensa de la libertad de los indios afirmando que: “Los indios aunque infieles antes de la llegada de los españoles, eran legítimos dueños de sus casas, pública y privadamente”<sup>2</sup>. Además planteó el principio de sociabilidad innata del hombre como origen del derecho de la comunicación, habitación, comercio y guerra. Ello significó muchos cambios en el proceder de los

invasores. Así tenemos la famosa carta de Isabel la Católica al gobernador de España, declarando a los indios “vasallos libres de la corona de Castilla” y la aparición de las Leyes de Indias, que se dictaron reconociendo la capacidad jurídica de los indios y otorgándoles la libertad como vasallos de la corona española. Claro que, finalmente, la realidad era distinta, porque todo el tiempo de la colonia en la expresión de Huamán Poma, “no hubo remedio” para los indígenas. Los tributos, los diezmos, las reducciones y las mitas son ejemplos de aspectos donde el indio era más que siervo privado de su mínima libertad.

Entrado al periodo de la independencia y república, se debe enfatizar que los indígenas permanecieron ajenos al movimiento emancipador. Para el indio, no había sino el afán de expulsar a los españoles para que vuelva el Tahuantinsuyo, por eso en el coloniaje pusieron toda su fe y su resistencia a favor de los movimientos reivindicacionistas tales como de Juan Santos Atahualpa, Túpac Amaru II y los hermanos Catari. Pero, cuando San Martín desembarca en territorio peruano fueron los indios los principales y anónimos auxiliares de la gran gesta libertadora, sin ellos hubiera sido imposible la independencia. Un detalle que se da cuenta es que las Constituciones Políticas del Perú, durante la época republicana, han dado mayor importancia al aspecto político de la República, dejando de lado la orientación social, que tiene relativa

2 VARGAS UGARTE, Rubén, *Historia del Perú*, t. iv, Lima: Carlos Milla Bartres, 1976

expresión en las Constituciones de 1920 y 1933, es así que han agudizado la situación de servidumbre y de explotación de los indígenas al margen de la vida jurídica, para que en lo posterior de algún modo se reconozca garantías sociales a las comunidades campesinas. La emancipación transformó el régimen político del Perú, pero dejó subsistente el régimen jurídico de la Colonia, a base de la legislación española de carácter individualista.

## II. El pensamiento indigenista y el derecho

En nuestro país, a fines del siglo XIX y siglo XX, las corrientes indigenistas aparecen acompañadas con varias expresiones artísticas, como es el caso de la pintura, la música, la literatura. No es desconocido que uno de los centros culturales que irradió artistas e intelectuales indigenistas en todo el Perú haya sido Puno y Cusco. Ello porque en estas regiones se vivía palmaria-mente las vicisitudes del indígena, sus problemas vinculados a la tierra, al gamonalismo intenso y los rezagos del peso colonial, que se expresaba en patrones culturales fuertes como el machismo, la racialización y los títulos nobiliarios. En ese contexto es cuando aparecen las ideas de Gonzáles Prada, de José Carlos Mariátegui y de otros más para dar sostenibilidad a las ideas indigenistas.

Hay que recordar que el indigenismo representa uno de los componentes del ser del Perú. Nos atreveríamos a

decir que no se puede hablar de peruanidad sin contener el mundo andino, originario, amazónico, ancestral. Por ello, cuando se toca el tema de la cultura peruana, lo indígena es medular incluirlo, dicho de otro modo, como decía Franz Fanon: “si la cultura es la manifestación de la conciencia nacional, la conciencia nacional es la manifestación más elaborada de la cultura”<sup>3</sup>. Según José Tamayo Herrera<sup>4</sup> el indigenismo en Puno fue iluminador. Juan Bustamante y Manuel Gonzales Prada con sus primeros estudios sobre el indio en el Perú de comienzos del siglo XX representan el primer planteamiento de la temática indigenista en el país. En Puno se sumará luego Santiago Giraldo “El tribuno” y posteriormente la actividad pedagógica y magisterial de José Antonio Encinas, quien plasma una generación que integró primero el grupo “Bohemia andina”, que se expresará en la revista “La Tea” y llegará a su mayor nivel con el Grupo “Orkopata”, que publicó el reconocido “Boletín Titikaka”. En el Cusco existía también, en ese entonces, movimientos indigenistas que confluyen en la denominada “Escuela cuzqueña” que tenían su par con el grupo “Orkopata”.

Posteriormente, en el tema de justicia social a favor de las luchas y

3 FANON, FRANZ, *Los condenados a la tierra*, Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2006.

4 TAMAYO HERRERA, José, “El pensamiento indigenista”, en *Biblioteca del pensamiento peruano*, Lima: Mosca Azul, 1981

reivindicaciones indígenas, aparecen Ezequiel Urviola, Manuel A. Quiroga y Francisco Chuquiwanca Ayulo, quienes también contribuyen con sus propios aportes a consolidar la lucha por la redención del indígena. Son conocidas, sus convicciones plasmadas en artículos, en hechos, en alegatos a favor de la dignidad indígena.

Por lo tanto, podemos cerrar el panorama que se tenía en aquella primera mitad de centuria en el siglo xx en el sur del Perú, y particularmente en Puno. De haberse asentado una vanguardia indigenista a todo nivel, en la música, en la literatura, en la pintura, en la educación, como también en el propio derecho, que hace falta continuar revalorándolo ya que el sentido de peruanidad se levanta desde estos proyectos, que son propuestas de reconfiguración por un nuevo país más justo y cohesionante.

Es importante destacar que este esfuerzo de ilustres puneños y peruanos fue de gran importancia para que se construya la fisonomía de peruanidad, y para construir verdadera nación. Con el discurrir del tiempo, años más tarde, con hechos como el tenue reconocimiento de derechos indígenas, se ha logrado superar en algo las brechas de su abandono. Esta lucha continúa hasta el día de hoy, en que el redimir a grupos periféricos comprendidos en el “otro” que desdeñamos y saldar las deudas históricas son imperativos de la ciudadanía para suturar heridas y frustraciones.

### III. Proyecto de Código Indígena

Mediante ediciones Kuntur, en el año de 1946, salió a luz en Lima, el texto “El Derecho Indígena peruano” de Atilio SIVIRICHI, de origen cusqueño que, en parte, es objeto del presente artículo y pasaremos a comentar. En su presentación preliminar se lee:

Entre los grandes problemas que se necesita solucionar América, si quiere intervenir como paladín de la justicia y de la libertad en el mundo se halla el problema indígena, es decir los países americanos tienen que proceder de inmediato a la redención de millones de hombres, que representan hoy en día, un escarnio a la libertad y un pecado de origen en la esencia de la democracia americana. Los indios exhiben una profunda desigualdad y una inferioridad cultural y económica que debe desaparecer puesto que, en esta hora redentora, no hay ni puede haber razas superiores, ni inferiores. Con mucha razón el Instituto Indigenista Interamericano, ha formulado este trascendental lema que debe ser bandera de apostolado y de reivindicación: Por la incorporación a la civilización de los treinta millones de indios americanos.<sup>5</sup>

En estas palabras ya podemos advertir la gran cobertura que se pretendía lograr con proyectos como el Código Indígena, que tenía una clara misión de reivindicar al indígena.

En otra parte de esta presentación se consigna:

Desde los más remotos tiempos de la Prehistoria Americana, la población del

5 SIVIRICHI, ATILIO, *EL DERECHO INDÍGENA PERUANO*, LIMA: KUNTUR, 1946.

continente, desde Alaska hasta la Tierra del Fuego y en especial la del Perú, ha sido indígena, desde que los Apus milenarios crearon la mitología andina, desde que Huiracocha creó el mundo indio, desde que las piedras se convirtieron en exponentes de lo imperativo y de lo eterno. Las grandes civilizaciones americanas como las de los Incas no fueron sino pináculos esplendorosos de indianismo.

[...]

Indios fueron los que en milenios, crearon culturas y civilizaciones, indios fueron los maravillosos artífices que levantaron por esfuerzo común, fortalezas, templos y palacios graníticos, que volcaron su inspiración en melodías llenas de alegría y dolor, que fabricaron sus prodigios de arte, que desviaron los ríos a capricho para regar sus tierras de promisión, que tejieron sus primorosos mantos, que hicieron frutecer los campos, que forjaron una organización sin precedentes a base de la fraternidad social, que triunfaron sobre el tiempo y el espacio y que divinizaron todo cuanto les rodeaba porque intuían que estaban forjando una gran Patria a manera de “Crisol de razas”.<sup>6</sup>

¿Qué significa ahora estas expresiones de alegato, de afirmación, de emplazamiento a favor de las causas indígenas a casi más de 80 años de haberse manifestado? ¿Se sostiene aún en tareas, en retos vigentes que pudieran realizarse? ¿Cuáles fueron las bases sólidas que han resistido a siglos de la matriz indígena que no ha podido vencer Europa?

La conquista española fue una tragedia de la que no podemos hasta la fecha asimilarla salvo en términos de resiliencia, en la capacidad de que tienen los peruanos de superar las adver-

sidades con cierta dosis de resignación, de resistencia y de insensibilidad. Esta situación lacerante que fue el choque de dos mundos antagónicos, dos tradiciones como al inicio se ha indicado en el presente artículo, lo que teníamos era que: el americano saturado de bienestar social y el europeo, desigual e injusto que reinaba el privilegio de las clases superiores sobre el dolor de los oprimidos que abrieron dos caminos el del mestizo y el camino de la indianidad.

En estas aseveraciones percibimos que se ha dado en los pueblos indígenas una gran capacidad de resistencia y persistencia. A pesar de tener al frente como gran adversidad la opresión, el abuso, la racialización y exclusión en todas sus formas, los grupos indígenas han resistido a dichos avatares y no solamente por una supervivencia inmediata, sino la resistencia se ha dado con su propio idioma, su propia vestimenta, su propia cultura. Y la persistencia se ha manifestado en el transcurrir del tiempo, que, a pesar de serle adverso en el reconocimiento y la debida protección a los pueblos indígenas, no los ha vencido, no los ha desaparecido.

En el libro que comentamos, la parte introductoria que hace el autor Atilio Sivirichi, en el final sostiene:

Abona en esta tesis la existencia milenaria de un derecho indígena peruano que se nutre del Derecho incaico y del Derecho Consuetudinario; que sobrevive con sus instituciones jurídicas propias y singulares y que se enriquece con el valioso aporte del Derecho Indiano y del Derecho Positivo,

---

6 SIVIRICHI, *El Derecho Indígena peruano*, ob. cit.

formando la estructura básica de nuestro Derecho peruano. Este libro tiende a contribuir a la solución del problema sustantivo del Perú a base de un Proyecto del Código Indígena precedido de un estudio del Derecho Indígena, los antecedentes legislativos y su correspondiente exposición de motivos. Deseo vivamente, que el elevado espíritu de los lectores, sepa aquilatar la trascendencia de este paciente estudio, que tiene muy contados precedentes legislativos en América, y cuyos alcances no deben circunscribirse a los límites de un simple ensayo, sino mi vehemente anhelo es que llegue a los poderes públicos, a la vida misma del país ya conocimiento de los estudiosos de la realidad nacional, como el aporte de buena voluntad de un ciudadano, que solo ha querido poner todo su esfuerzo, al servicio de una gran causa.<sup>7</sup>

Efectivamente, en la primera parte del libro de más de 550 páginas, cuando en el numeral 15 se refiere al criterio educacional para definir y comprender al indio, donde se refiere a dos maestros puneños: Emilio Vásquez y José Antonio Encinas. Del primero señala que, en efecto, la escuela es uno de los medios de redención indígena y la educación integral, es uno de los factores de incorporación del nativo a la civilización. De allí es cuando cita el ensayo de Emilio Vásquez:

Todo lo que se ha hecho en el Perú, mediante la práctica educacional de más de 120 años de vida republicana, es haber enseñado al aborígen a leer y escribir en la falsa creencia de que con ella solo se redime al hombre y se le expedita la adquisición de una nueva manera de expresión de sus

pensamientos, esto es el idioma castellano. Se ha pensado que la incorporación del indígena al ejercicio de la vida nacional civilizada es cuestión puramente de lectura y escritura. Empero, la realidad es otra. Para que la lectura y escritura sean eficaces han de estar en función de la vida, en relación directa con el hacer.<sup>8</sup>

Aquí se cuestionaba los métodos, el afán de imponer una cultura española, con su idioma y sus contenidos cartesianos, frente a culturas de arraigo, de tradición que se habían establecido en la mente desde nuestros ancestros. Cuando el autor se refiere en otra parte a la militarización del indígena, señala que esta debe tener una finalidad educativa y de rehabilitación. Sivirichi dice: “Mientras subsistan los métodos imperantes, el indio en el servicio militar será un autómatas y fuera de él, será siempre un inadaptado social de peligrosidad”. Evidencia nuestra tesis el estudio de Encinas, donde sostiene:

Los sentimientos de familia decaen y se pierden a medida que el indio se aleja de su medio como sucede con los licenciados del ejército o con los que han prestado servicio en las ciudades. Las costumbres adquiridas, el nuevo idioma, la nueva vestimenta, los transforma de tal manera que su idioma natal, su terruño, los suyos les son completamente extraños y odiosos. Tal fenómeno es explicable porque el indio vuelto al hogar sufre la misma impresión de los antiguos mitayos quienes al volver de las minas, encontraban la misma desigualdad, la misma explotación o miseria.

8 VÁSQUEZ, EMILIO, “Preparación del magisterio rural en el Perú”, en *América Indígena*, vol. iii, n.º 2, 1943, pp. 173-179.

7 *Ibid.*

Si el medio social del indio, estuviera rodeado de garantías, si encontrara formas de incrementar su trabajo, si el producto de su esfuerzo fuera remunerado, equitativamente, el indio no tendría por qué ser extraño a su hogar, menos por qué ser adverso a los suyos.<sup>9</sup>

En esta cita, estamos con un Encinas que entiende muy bien la subjetividad indígena. La comprende desde la visión identitaria, cuando valora el sentido de familia, y el tiempo y los lugares distantes que inevitablemente el indígena tiene que estar fuera de su hogar y que sufre por un sistema que le es contrario en todo.

#### IV. Sublevaciones indígenas y legislación tutelar

Puno ha tenido un pasado muy rebelde. Cabe mencionar que durante el gobierno de Piérola se realizó la “masacre de Amantani”. En una de las islas del lago, los indígenas dieron muerte a un gamonal y se sublevaron, ocasionando bombardeos en la isla. Después se tiene el triunfo de la Coalición, tropas de línea realizaron la “masacre de Chucuito” en los cerros de Pomata. José Frisancho al respecto dice: “Desde aquella fecha nefasta el ensayo exterminador de Chucuito, fue propagándose a las demás provincias de Puno y a otros departamentos, el sistema vandálico de masacrar indios

9 ENCINAS, JOSÉ ANTONIO, *Causas de la criminalidad indígena en el Perú. Ensayo de psicología experimental*, Lima: 1919.

para precipitar la conversión de los ayllus en latifundios”<sup>10</sup>.

En 1910, los indios de Samán, de Azángaro, vivían en próspera actividad agrícola y comercial hasta que un terrateniente procedió a arrebatarles sus tierras. Los indios se rebelaron y las tropas realizaron una terrible masacre, cometiendo incendios, saqueos y desmanes. Luego tenemos la masacre de Huancané en 1923, en que so pretexto de que los indios secundaban la revolución de Leguía y Martínez, se procedió sangrientamente, robando el ganado de los indios, exilándolos o encarcelándolos. Todos estos abusos motivaron la justa protesta de la prensa de todo el país que se rebeló contra dichos sistemas.

En lo que se refiere a la legislación tutelar indígena, Atilio Sivirichi<sup>11</sup> da cuenta que dos puneños José A. Encinas y Manuel A. Quiroga realizaron y gestionaron proyectos a favor del sector indígena.

Encinas publicará en la Revista Universitaria de Lima V. 1.1920, primer trimestre, un importante estudio titulado “Contribución a una legislación tutelar Indígena”. Como señala Sivirichi, en este trabajo da cuenta de observaciones y experiencias acerca de los diversos aspectos jurídicos del problema indígena peruano, para que fueran tomados en cuenta

10 FRISANCHO, JOSÉ, citado por Tamayo Herrera, José, “Historia social e indigenismo en el Altiplano”, Lima: Treintaitres, 1982.

11 SIVIRICHI, *El Derecho Indígena peruano*, ob. cit.



por los legisladores, y que sirva para los estudios indigenistas realizados con posterioridad. Después de demostrar que la condición del indígena, no ha variado sensiblemente desde el coloniaje. Encinas considera que su inferioridad espiritual y material se debe principalmente a la falta de leyes especiales que lo amparen y protejan, así como a la punible labor de los funcionarios políticos, judiciales y eclesiásticos que, durante la República, han agudizado su situación de explotado. Considera el individualismo de la legislación común como la fuente de la más absoluta desigualdad social, política y jurídica, causa primaria de su inadaptación, de su tendencia delictiva, de su afán por alcanzar justicia. Así, Encinas señala: “Lo único que los une a los indígenas es la tierra donde laboran, para hacer renacer su solidaridad y sentido de nacionalidad deben tener leyes que garanticen sus derechos fundamentales para incorporarlo a la vida nacional”<sup>12</sup>.

Encinas cree que una Legislación tutelar debe incidir en tres puntos básicos: la propiedad, el trabajo y el procedimiento judicial. Para remediar tan lamentable situación en que se desenvuelven el trabajo de los indígenas, Encinas sugiere la dación de leyes especiales en los siguientes rubros: Régimen de contratación, Ley sobre el salario, Ley de protección a indios, Ley sobre servicio doméstico, Ley de protección

de industrias indígenas, Ley de protección de comunidades y Procedimiento judicial. En este último punto, Encinas cuestiona la legislación actual que ha dejado en abandono al indígena, que los procesos, actuaciones y el juzgamiento en general le es hostil, denigrante y humillante al indígena.

En 1920 el diputado por Chucuito, Manuel A. Quiroga, presentó al Congreso “Legislación Civil Indígena”, cuyo contenido básico fue el siguiente: El libro I, trata de la condición legal de los indígenas, declara la libertad de los indígenas y el pleno ejercicio de sus derechos, les reconoce goce de libertades como de la filiación religiosa. En el Libro II, trata del empadronamiento como condición básica para acogerse a las disposiciones de la legislación especial para indígenas, sobre las garantías para la gratuidad de la inscripción y penas, depuración de los padrones y los privilegios, ventajas y franquicias administrativas. El Libro III, trata de la Dirección regional de defensa de los Derechos Indígenas: su constitución, la renovación de sus miembros y sus atribuciones, también incluye un segmento de los defensores indígenas que deberán ser designados en las capitales de provincias y de distritos, siendo letrados los de las capitales de departamento, le otorga el carácter de defensores dativos, apoderados, con atribuciones e impedimentos. En el libro IV, se sugiere la aplicación de la Ley Penal, además se refiere al comercio y a las industrias indígenas; en él se sugiere la supresión del estanco

12 ENCINAS, *Causas de la criminalidad indígena en el Perú. Ensayo de psicología experimental*, ob. cit.

de la sal, sustituyéndolo por el estanco de la coca, dispone que el expendio de la coca está sujeta a las mismas condiciones que las bebidas alcohólicas. El Libro V trata de las Comunidades de Indígenas, que empieza con el reconocimiento por la nación, de la existencia legal de las comunidades de indígenas. Conforme a los resultados del empadronamiento, una ley especial determinará el número de comunidades que deben existir en el Sur de la República. Se dispone que en cada “ayllu” se ejerza la representación legal, conforme a las costumbres imperantes. Además, el proyecto sugiere diversas medidas a la reforma indígena, como el tema de las deudas, que deben de cumplirse en ser pagadas no importando la cantidad que se adeude, pero deben sujetarse al cumplimiento estricto de los alcances de las leyes. Este proyecto sirvió de inspiración para el proyecto mayor del Código Indígena. Posteriormente, José Tamayo Herrera señalará de Quiroga lo siguiente:

La propuesta de Quiroga es completa, de la mejor estructuración sobre el tema agrario en Puno que tuvo la inspiración del Boliviano Franz Tamayo en su planteamiento agudo basado sobre una experiencia empírica, sobre el mismo terreno, pues, Quiroga conoce las costumbres y prácticas agrarias del Altiplano, y por eso no teoriza, ni imagina, sino lo encauza a objetivos más justos y reivindicativos.<sup>13</sup>

13 TAMAYO HERRERA, José, *Historia social e indigenismo del altiplano*, Lima: Ediciones Treintatrés, 1982.

## V. Otros gestores, la educación y el contexto internacional

Para redondear los partícipes de hombres vinculados al derecho que compartieron las mismas causas a favor del indígena, no podía faltar Ezequiel Urviola que, de acuerdo a lo que señala TAMAYO HERRERA:

[S]e trata de un “misti” descendiente de medianos terratenientes azangarinos. Cuando Ezequiel era estudiante de Derecho en la Universidad San Agustín de Arequipa, sintió en carne propia que las propiedades de sus padres eran despojadas, y ante su impotencia por recuperar sus tierras, esta circunstancia lo marcó para su posterior conversión en agitador indigenista.<sup>14</sup>

Esta conversión se dio con la aparición del Comité Pro Derecho Indígena Tahuantinsuyo en 1920, según Emilio Romero en 1918 a raíz de una presentación teatral dejó sus vestimentas de misti para ponerse vestimenta de indio, con chullo, poncho y ojotas. La masacre de los campesinos de Chucuito en 1920, las cuatro víctimas que fueron traídas a la Plaza de Armas de Puno fueron homenajeados por Urviola en un discurso incendiario. Según Lizandro Luna, Urviola adquirió no solo la apariencia del indio, sino su psicología, y se indigenizó hasta ser un verdadero indio. Tamayo Herrera, da cuenta que:

Entre 1920 y 1923 se sitúa la acción más enérgica de Urviola en el Altiplano. Del 12

14 TAMAYO HERRERA, *Historia social e indigenismo del altiplano*, ob. cit.

de octubre de 1922 en su famoso memorial fechado en Lima, por el que solicita garantías para los indígenas del departamento de Puno, por el cual pide el establecimiento de escuelas rurales en todas las parcialidades del departamento de Puno, solicita una ley, que prohíba a los jueces, notarios, y escribanos formalizar escrituras falsas de venta de tierras de los indios, así como posesiones judiciales, mensuras y deslindes y pide buenas autoridades políticas. Urviola denuncia bajo su firma que los gamonales, han arrancado ojos, han castrado a los indios, y han mutilado narices, labios, lenguas, senos y hasta han enterrado vivos algunos campesinos. Urviola firma este memorial como apoderado general y defensor del aborigen y miembro fundador del Consejo de Defensa de instrucción Indígena del departamento de Puno y como miembro de la Liga de Mutua Defensa Indígena. En Lima, adonde se refugió por la persecución que sufría, y donde adquirió tuberculosis probablemente, descuidó su salud, sin embargo, no cesó en hacer propaganda indigenista, hasta que le llegó la muerte un 27 de enero de 1925 antes de cumplir los 30 años.<sup>15</sup>

En el proyecto del Código Indígena que aludimos, se consideran muchos aspectos que coadyuvarían el fortalecimiento de una conciencia pluralista y el sentido de la identidad, para que se valore y se considere vigente la legislación indígena con resultados eficaces. Se señala que por medio de la educación se conseguirá desterrar la ignorancia, que es uno de los estímulos para la supervivencia de la servidumbre. La educación indígena se sostenía es una gran cruzada apostólica, en la que los maestros tienen

que luchar denodadamente contra la misma estructura social del país que acusa profunda desigualdad. Son los maestros que tienen que laborar para hacer favorables los factores sociales y económicos del país que son adversos a la cultura de las mayorías nacionales, para convertir a las escuelas en verdaderos focos de la rehabilitación de la dignidad humana, para transformar a los verdaderos siervos del latifundio en ciudadanos, a los esclavos del agro peruano en hombres libres. La obra es pues gigantesca, porque es bien sabido que el gamonalismo tiende con todo su poder, al mantenimiento de la ignorancia como el medio propicio para proseguir la explotación ilimitada del hombre por el hombre, dentro de una ambiente de absoluta desigualdad social.

En este ámbito educativo Puno, tuvo como su mayor exponente a José A. Encinas que con: “Un Ensayo de escuela nueva en el Perú” se demuestra la postura férrea, a favor del indígena, estableciendo su psicología, para que todo educador lo considere, y que puedan cambiar radicalmente el sentido de pedagogía en nuestro país, con métodos que surjan de la experiencia concreta de nuestra realidad socio-cultural, después el legado de Telésforo Catacora, María Asunción Galindo, Daniel Espezúa Velasco y de José Portugal Catacora tendrán sus propias singularidades pero, como eje central el compromiso de una educación bilingüe, plural y dignificadora a favor del indígena.

15 *Ibid.*

Por otro lado, el libro de Svirichi da cuenta de acciones internacionales que se llevaron a cabo entre los años 30 y 40 del siglo pasado. Por ejemplo, La VII Conferencia Panamericana reunida en Lima en 1938, donde se adoptó la resolución para crear el Instituto Interamericano para estudiar los diversos aspectos de la vida de la población nativa y mejorar las condiciones del indio americano. De esta manera se realizó el Primer Congreso Indigenista Interamericano en la ciudad de Pátzcuaro en México en abril de 1940 donde se aprobó la Declaración de los derechos del Indio Americano.

De conformidad con esta declaración, se señala:

Que los gobiernos de las repúblicas americanas, animados por el deseo de crear instrumentos eficaces de colaboración para la resolución de los problemas comunes y reconociendo que el problema indígena atañe a toda América. Todas las disposiciones que dicten para garantizar los derechos indígenas y protegerlos debe ser en base al respeto y los valores recíprocos.

Situación paradójica y premonitoria, el hecho de que se acuda a instancia internacionales, para que en la segunda centuria del siglo xx e inicios del siglo xxi se dieran el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y posteriormente la Declaración Universal de los Pueblos Indígenas emitido por la Organización de las Naciones Unidas.

La obra que realizó el Instituto Indigenista Interamericano fue trascen-

dental para los destinos del continente, su labor es proficua y valiosa.

## VI. Evaluación actual de los aportes del Código Indígena

La adhesión y defensa del indígena que se sintió y asumió desde el sur del Perú en los primeros 50 años del siglo pasado, fue intenso y definitorio ya que, posteriormente, vino la Reforma Agraria, que significó cambios profundos en el régimen agrario y, aunque inconcluso, significó devolver la dignidad del campesino, en la reconsideración de las condiciones y dependencia del campesino peruano, el impulso de las comunidades campesinas, el sentido cooperativista, la independencia al yugo gamonal, constituyó una valoración diferente que antes no se les había dado a los indígenas del país.

Hay un aspecto que no podemos dejar de mencionar y es que, en el Código Penal peruano de 1924, consideró al delincuente en tres denominaciones que pinta de cuerpo entero los altos niveles de exclusión, de racismo y de desprecio por nuestros conciudadanos indígenas, que felizmente ha ido quedando en parte superado. En los artículos 44 y 45 del Código Penal de 1924 se establecía que existen tres tipos de delincuente: “el civilizado”, “el indígena” y “el salvaje”. Se dice que el indígena es degradado por la servidumbre, por el alcohol y es un “semicivilizado”. Mientras que se habla del “salvaje”, considerándolo a alguien que no ha sido asimilado por la civiliza-

ción, inadaptado y no organizado. Estas expresiones de profunda discriminación hicieron posible que BALLÓN AGUIRRE expresara que:

Esta imposición de control penal y de orden nacional apuntaba a desaparecer al Indio y que al ser Indígena o salvaje y por ende no “civilizado” ya que son “semicivilizados” o peor aún “incivilizados” lo que se buscaba en el sujeto era borrar todo aquello que tiene de no occidental.<sup>16</sup>

Esta visión, que ahora resulta inconcebible. Expresaba para vergüenza nacional el concepto que se tenía de nuestros compatriotas originarios y que ha quedado como un lastre o nudo a desatar hasta el día de hoy. Por otro lado, como se ha podido captar del contenido de lo que se pensó y se sintió en el siglo pasado en juristas sensibles y atentos a la desatención que se hacía a los indígenas, considerándolos en la marginalidad ausentes de ciudadanía, de oportunidades, de igualdad.

En ello, es que el país necesitaba reconocerse, articular con su propia semilla, volver a reencauzarse para recobrar su rostro. Por eso, por suscitar una conciencia de genuina peruanidad es valioso recordar y resignificar las propuestas de estos puneños y peruanos insignes que no se quedaron entre los muros del derecho como acción individual, sino que apuntaron por una justicia social más elevada.

Sin embargo, en el tema de la justicia, se ha mantenido una justicia ordinaria, formal y oficial que no ha sintonizado con los cambios y con la evidencia de que en el país tenemos vigente, de hecho, las justicias ancestrales, originarias por la misma práctica de los grupos étnicos, que han pervivido ante la exclusión y el no reconocimiento expreso y la falta de protección estatal efectiva. Han tenido que ser los organismos internacionales, como la Organización Internacional del Trabajo y la Organización de las Naciones Unidas, quienes, al otorgar los instrumentos legales internacionales, como el Convenio 169 y la Declaración Universal de los Pueblos Indígenas, han reconocido los derechos de los pueblos ancestrales, indígenas y les ha dado la categoría de primer nivel en el sistema normativo. A partir de ello, los Estados tienen que considerar estos avances de protección legal y considerar tanto los principios como sus derechos con la prioridad y diligencia que ameritan.

Pero lo hecho por paisanos puneños, así como por nuestros vecinos, como de las regiones del Cuzco, por ejemplo, han servido para crear conciencia identitaria, nación, internalizar nuestro pasado, nuestro presente y apuntar al futuro con quienes nos forjaron nuestra subjetividad de peruanos, con quienes nos premunieron de nuestros insumos peculiares.

En la actualidad las corrientes pluralistas del derecho, así como los

16 BALLÓN AGUIRRE, FRANCISCO, *Etnia y represión social*, Lima: Centro de Investigación y Promoción Amazónica, 1980.

enfoques de la interculturalidad y descolonialidad resignifican los enfoques consuetudinarios, indígenas, ancestrales. Estas tendencias y teorías surgen tanto de Europa, como de Latinoamérica y tratan de ser críticas y liberadoras, obedeciendo a una realidad concreta, sin que obedezca a rótulos como modernidad, liberalismo, postmodernidad. Lo importante es que seguimos buscando que se pueda redimir las condiciones aún marginales de los pueblos originarios.

En el tema del pluralismo jurídico, los operadores de la justicia nos vamos dando cuenta cada vez que la coexistencia de sistemas que conforma a la realidad social y cultural resulta ser la opción más coherente, más humana e igualitaria. No significa que se deje de lado el sistema ordinario, que aún en casi todos los países tiene sus propias crisis, en el caso de Latinoamérica esta crisis es más aguda y más urgente, sino que significa que en el fondo hagamos verdadera justicia social, una cancelación de deudas históricas con las culturas ancestrales y con nuestros compatriotas originarios. Ahora los escenarios mutan y las tendencias del Neoconstitucionalismo y el Garantismo Jurídico han puesto en vilo a los Neopositivismos que a su vez se han hecho más inclusivos, impulsando el paso de una norma formal a una norma material, el uso de los principios y la atención a la justicia con criterios de sociología, ética y cultura. En este marco es necesario reconsiderar estas pretensiones que arrastramos desde hace

siglos y que buscan tener en cuenta en una Constitución los legítimos derechos indígenas que deben ser legitimados y validados verdaderamente, reconociendo incluso sus órdenes jurídicos y su práctica de justicia ancestral.

Sin embargo, a pesar de que existen estos cambios, los procesos de reivindicación a favor de los indígenas son lentos. Algunos países latinoamericanos ya han incorporado en sus constituciones los Estados pluralistas y el propio pluralismo jurídico, en la perspectiva de un Constitucionalismo transformador, sin embargo, su eficacia todavía depende de un cambio de mentalidad, que tiene que ver con el trabajo de nuestras memorias, con consolidar la intraculturalidad, que es el trabajo interno en el campo de la descolonialidad, otredad, para pasar después a la interculturalidad propiamente dicha, que debe caracterizarse en generar un espacio ético común para entenderse entre culturas, y construir un marco de comprensión mutuo. Frente a los neocolonialismos que se presentan con mucha fuerza en estos tiempos, no es fácil enfrentarse y superar enormes influencias del colonialismo del poder, del saber y del ser. La resistencia y la autoafirmación autónoma resultan nuestras banderas de persistencia.

Tal como los sostuve en mi libro “El Derecho desde la mirada del otro”, cuando en el epílogo puntualizaba que no nos merecemos trabarnos ni con el pasado, ni con el futuro, como peruanos pertenecientes a nuestras raíces originarias, debemos afirmarnos para abrirnos

a otra posibilidad de ser mejores. Anibal Quijano concluye:

En América y en todo el mundo. Lo que pudimos avanzar y conquistar en términos de derechos políticos y civiles, en una necesaria distribución del poder, de la cuál la descolonización de la sociedad es presupuesto y punto de partida, está ahora siendo arrasado en el proceso de reconcentración del control del poder, en el capitalismo mundial y con la gestión de los mismos funcionarios de la colonialidad del poder. En consecuencia, es tiempo de aprender a liberarnos del espejo eurocéntrico donde nuestra imagen es siempre, necesariamente, distorsionada. Es tiempo, en fin, de dejar de ser lo que no somos.<sup>17</sup>

Así como el tiempo no establece concesiones y curaciones a las formas de silencio y no afirmación, la urgencia de anticiparnos a su negro manto extendido, es levantando la voz y afirmarnos en el reclamo humano de dignificarnos y con ello todo un largo legado pretérito que representamos, de dolorosa negación, buscará alzarse, hacia una ardorosa renovación donde se encienda una nueva sangre en nuestra mente y en el horizonte y podamos repetir el aforismo del filósofo Pascal: “Para que nunca más la historia se calle”.

Finalmente, siempre será necesario recordar que uno de los ejes de cambio, es aprender de nuestra memoria, es decir de lo que somos, lo que fuimos, y seremos

en ello queremos decir que el pasado solamente nos será útil en la medida que nos permita ver de nuevo, con nuevos ojos el discurrir de los sucesos de un modo crítico, para comprender que muchas cosas que pasaron no deben volver a pasar y para autodeterminarnos y afirmarnos es necesario volver a vernos en nuestro propio espejo y no en el reflejo transfigurador.

## VII. Bibliografía

- Basadre Groshman, Jorge, *Los fundamentos de la historia del derecho*, Lima: Universitaria, 1967.
- Espezúa Salmón, Boris, “El derecho desde la mirada del otro”, en *Bases para la construcción del pluralismo Jurídico en el Perú*, Lima: Ideas Solución, 2015.
- Fanon, Franz, *Los condenados a la tierra*, Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2006.
- Frisancho, José, citado por Tamayo Herrera, José, “Historia social e indigenismo en el Altiplano”, Lima: Treintaitres, 1982.
- Ballón Aguirre, Francisco, *Etnia y represión social*, Lima: Centro de Investigación y Promoción Amazónica, 1980.
- Quijano, Anibal, “Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina”, en Lander, Edgardo (comp.) *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*, Buenos Aires: CLACSO, 2000.
- Sivirichi, Atilio, *El Derecho Indígena peruano*, Lima: Kuntur, 1946.
- Tamayo Herrera, José, “Historia social e indigenismo en el Altiplano”, Lima: Treintaitres, 1982.
- Tamayo Herrera, José, “El pensamiento indigenista”, en *Biblioteca del pensamiento peruano*, Lima: Mosca Azul, 1981.
- Vargas Ugarte, Rubén, *Historia del Perú*, t. iv, Lima: Carlos Milla Bartres, 1976.

17 QUIJANO, ANIBAL, “Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina”, en Lander, Edgardo (comp.) *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*, Buenos Aires: CLACSO, 2000.





# EFFECTIVIDAD DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES: APUNTES DESDE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Bruno A. Novoa Campos\*

**SUMARIO:** I. Efectividad de las resoluciones judiciales: apuntes desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.— 1. Importancia del derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales.— 1.1. Necesidad de asegurar el valor de la justicia.— 1.2. Sujeción de los ciudadanos y órganos públicos a la Constitución Política y a todo el ordenamiento jurídico.— 1.3. Relación con el Estado social y democrático de derecho.— 1.4. Relación con la independencia judicial.— 2. Finalidad del derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales.— 3. Responsabilidades que supone el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales.— 3.1. Responsabilidad de la autoridad jurisdiccional.— 3.2. Responsabilidad del Poder Ejecutivo.— 3.3. Responsabilidad de las partes intervinientes.— 4. Restricciones a la efectividad de las resoluciones judiciales.— II. Efectividad de las resoluciones judiciales: apuntes desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.— 1. Origen del artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.— 2. Alcance del artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.— 3. Relación del derecho a la protección judicial con otros derechos reconocidos de la Convención Americana de Derechos Humanos.— 4. Obligaciones del Estado.— 4.1. Sobre el diseño y consagración normativa de un recurso eficaz.— 4.2. Sobre el aseguramiento de la debida aplicación del referido recurso por parte de las autoridades judiciales.— III. Bibliografía.

## I. Efectividad de las resoluciones judiciales: apuntes desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional (en adelante, el TC), en su calidad de órgano de control de la Constitución Política (en adelante, la CP) (CP, 1993: art. 201)

y órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad (Ley Orgánica TC, 2004: art. 1), desarrolla de manera constante en su jurisprudencia la efectividad de las resoluciones judiciales (en adelante, la ERJ). Este desarrollo jurisprudencial lo podemos

---

\* Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

agrupar del modo siguiente: i) importancia de la ERJ; ii) finalidad de la ERJ; iii) responsabilidades que supone la ERJ; y, iv) restricciones de la ERJ.

### 1. **Importancia del derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales**

La importancia de la ERJ ha sido justificada por el TC considerando lo siguiente: i) la necesidad de asegurar el valor de la justicia, ii) la sujeción de los ciudadanos y órganos públicos a la CP y a todo el ordenamiento jurídico; iii) su relación con el Estado social y democrático de derecho; y, iv) porque expresa la independencia judicial.

#### 1.1. **Necesidad de asegurar el valor de la justicia**

El llamado al aseguramiento del valor de la justicia que invoca el TC se realizó en el marco de un proceso de cumplimiento que un grupo de trabajadores de la Dirección Regional de Salud de Piura obtuvo a su favor a fin i) de ser inscritos en el libro de planillas de su entidad y, ii) que se les entregue sus boletas de pago respetando el tiempo de servicios que han acumulado.

Lamentablemente, a pesar de haber obtenido una resolución favorable a sus intereses a través de un proceso de cumplimiento (2005), tuvieron que iniciar un proceso de amparo para que la resolución se cumpla, la cual recién les favoreció llegada la causa al TC (2009). Sin embargo, a pesar de ser favorecidos por el TC, tuvieron que presentar un

nuevo proceso amparo (amparo contra amparo) para que se disponga la ejecución de la sentencia en todos sus términos y de manera concreta, ya que existió tan solo un cumplimiento parcial del mandato establecido al haberse reconocido su pase a planilla a partir del 1 de septiembre del 2009 y no desde la fecha en que ingresaron; lo cual recién sucedió llegada la causa nuevamente al TC (2010).

A partir de ello, el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL señaló, y recordó, que:

[N]uestro ordenamiento jurídico está fundamentado en la necesidad de asegurar el valor de la justicia. Por ello, el artículo 44 de la CP establece que entre los deberes primordiales del Estado se encuentra el de promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia.<sup>1</sup>

#### 1.2. **Sujeción de los ciudadanos y órganos públicos a la Constitución Política y a todo el ordenamiento jurídico**

En el proceso de inconstitucionalidad que comprendía el análisis: i) del artículo 1 del Decreto de Urgencia N.º 055-2001, que establece que los recursos públicos no pueden ser destinados a fines distintos de los que establece la ley; ii) del artículo 1 de la Ley N.º 27684, que modifica diversos numerales del artículo 42 de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo; y,

1 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01797-2010-PA/TC*, Lima: 15 de noviembre del 2010.

iii) del artículo 2 de la Ley N.º 27684, que permitiría declarar inembargables los bienes del Estado que administra a título privado y, que permitiría cumplir la ERJ que le ordenan pago al Estado en la forma y plazo que este estime conveniente; el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL estableció que: “[...] tras los artículos 38, 45, 51, 102, inciso 2, 118, inciso 1, y 138 de la Constitución, existe un mandato de sujeción de los ciudadanos y órganos públicos a la Constitución y a todo el ordenamiento jurídico [...]”<sup>2</sup>.

### 1.3. Relación con el Estado social y democrático de derecho

En el proceso de inconstitucionalidad antes señalado, el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL estableció, asimismo, que:

[...] el Estado democrático de derecho está sujeto a un plebiscito todos los días; por lo que es difícil que pueda hablarse de la existencia de un Estado de Derecho cuando las sentencias y las resoluciones judiciales firmes no se cumplen [...].<sup>3</sup>

Cabe mencionar, que el Tribunal Constitucional español se ha manifestado en forma similar. Así, en el marco de una licencia de obras otorgada para construir un edificio, el TC español

estableció que la Sala Primera de lo Contencioso-Administrativo aplique sin dilaciones las medidas que adoptó acorde a la Ley del Suelo entonces vigente; de este modo, sentenció “que difícilmente puede hablarse de la existencia de un Estado de Derecho cuando no se cumplen las sentencias y resoluciones judiciales firmes”<sup>4</sup>.

### 1.4. Relación con la independencia judicial

Para el TC, la independencia judicial se relaciona con la ERJ desde dos frentes: a) como inspiración de confianza de los ciudadanos en los tribunales; y, b) como garante real para la protección de los derechos ciudadanos.

En referencia a la confianza que deben tener los ciudadanos en sus tribunales, el TC, al resolver el proceso competencial que presentó el Congreso de la República en contra del Poder Ejecutivo al haber variado este último el monto de su presupuesto anual, señaló que:

[...] en doctrina que este Colegiado hace suya, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido que una de las características básicas de la sociedad democrática es la confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos (mutatis mutandis, Caso Piersack contra Bélgica, Sentencia de 1 de octubre de 1982, Fundamento N.º 30). En tal sentido, el Tribunal Constitucional remarca que otro de los elementos que, conforme al artículo 43 de la Constitución, nos configuran

2 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expedientes N.º 015-2001-AI/TC, N.º 016-2001-AI/TC y N.º 004-2002-AI/TC*, Lima: 29 de enero del 2004.

3 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expedientes N.º 015-2001-AI/TC, N.º 016-2001-AI/TC y N.º 004-2002-AI/TC*, Lima: 29 de enero del 2004.

4 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, *Sentencia N.º 67/1984*, Madrid: 7 de junio de 1984

como una República Democrática, es la independencia judicial, necesaria para inspirar la confianza de los ciudadanos en los tribunales.<sup>5</sup>

Esto último, lo señaló en el marco de lo establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, el TEDH) en el caso Piersack contra Bélgica. La controversia fue planteada por Christian Piersack, quien estuvo involucrado en un caso de asesinato y fue sentenciado a 18 años de trabajos forzados por el Tribunal penal de la provincia de Brabant que presidió el magistrado Van de Walle, quien previamente había conocido de la causa al haber ejercido las funciones de adjunto primero del Procurador del Rey en Bruselas. Así, el TEDH consideró que importa poco saber el grado de involucramiento del magistrado con el fondo de la acusación, y que es suficiente constatar que su participación podía ser sometida a “duda”, por lo que el TEDH consideró que se vulneró el numeral 1 del artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales que establece que “toda persona tiene derecho a que su causa sea oída [...] por un Tribunal independiente e imparcial establecido por la Ley, que decidirá [...] sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella [...]”<sup>6</sup>.

5 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 0004-2004-CC/TC*, Lima: 31 de diciembre del 2004.

6 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *Case of Piersack v. Belgium. Application*

Por otro lado, respecto al garante real para la protección de los derechos ciudadanos, el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, en el marco de un proceso de cumplimiento, que se adecuó después a un proceso de amparo, presentado por Mario Ramos Hostia para que la Unidad de Gestión Educativa de Chíncha cumpla con el reintegro dispuesto en una sentencia de primera instancia, señaló que:

[S]i las sentencias de los jueces no se cumplen simplemente no podría hablarse de un Poder Judicial independiente que es capaz de hacer valer su *jurisdictio* con plena eficacia respecto de lo que decide; y, en consecuencia, los ciudadanos no tendrían un garante real para la protección de sus derechos.<sup>7</sup>

Esto, en razón a que la entidad señaló que en ningún momento le ordenaron el pago de una suma de dinero (entendida de manera “literal”), lo que para el TC significó un exceso de formalismo que buscó evadir el cumplimiento de una sentencia que claramente ordenó a la emplazada cumplir con un acto administrativo que disponía hacer efectivo el pago requerido.

## 2. Finalidad del derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales

Si tenemos en consideración, según el Tribunal Constitucional, que i) “los

*n.º 8692/79, Judgment: 1*, octubre de 1982.

7 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 4080-2004-AC/TC*, Lima: 28 de enero del 2005

derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica”<sup>8</sup>, en tanto:

[...] los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del Ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades. (Peces-Barba, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, 1999, p. 37).<sup>9</sup>

Y, ii) cuyo respeto “[...] constituye un imperativo que el Estado debe garantizar frente a las eventuales afectaciones que pueden provenir, tanto del propio Estado —eficacia vertical— como de los particulares —eficacia horizontal—”<sup>10</sup>, es claro que la finalidad que persigue la ERJ, en tanto busca materializar las disposiciones de los mandatos judiciales, se manifiesta cuando se restituye a plenitud un determinado derecho fundamental vulnerado.

Esto último se ve reflejado, “cuando en la realidad se produce el cambio de una situación jurídica o fáctica mediante

la actuación de la jurisdicción”<sup>11</sup>; caso contrario, como lo estableció el TC —en el marco del proceso de inconstitucionalidad interpuesta por Walter Albán Peralta, entonces defensor del pueblo, contra el tercer y cuarto párrafo del artículo 15 de la Ley N.º 28237, Código Procesal Constitucional, que estableció la procedencia de la medida cautelar en los procesos de amparo en los que se cuestionen actos administrativos expedidos por los gobiernos locales y regionales— “no tendría ningún sentido la existencia de un sistema de administración de justicia si la tutela que brinda no es real y verdadera”<sup>12</sup>.

### 3. Responsabilidades que supone el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales

El TC dirige la responsabilidad de la ERJ hacia tres frentes:

- La autoridad jurisdiccional;
- El Poder Ejecutivo; y,
- Las partes que intervienen en el proceso.

#### 3.1. Responsabilidad de la autoridad jurisdiccional

En referencia a la responsabilidad que tiene la autoridad jurisdiccional en

8 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 1417-2005-AA/TC*, Lima: 8 de julio del 2005.

9 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 1417-2005-AA/TC*, Lima: 8 de julio del 2005.

10 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 3741-2004-AA/TC*, Lima: 14 de noviembre del 2005.

11 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 4080-2004-AC/TC*, Lima: 28 de enero del 2005.

12 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 0023-2005-PI/TC*, Lima: 27 de octubre del 2005.

la ERJ, el Tribunal Constitucional<sup>13</sup> consideró que los magistrados tienen las siguientes obligaciones:

- Garantizar una mínima y sensata dosis de eficacia de las resoluciones judiciales;
- Ejecutar las sentencias judiciales en sus propios términos;
- Adoptar medidas necesarias para garantizar la efectividad de lo decidido; y,
- Ejecutar las sentencias judiciales en tiempo oportuno.

Efectivamente, el TC, en el marco de un proceso de amparo que resguardó el derecho a la paz de la empresa Inversiones La Carreta S.A por ser constantemente perturbada con las notificaciones que le realizaba el juzgado por un proceso judicial del cual no formó parte y cuya dirección no era la del emplazado, recordó que “la TJE busca garantizar el resultado obtenido con una i) *mínima y sensata dosis de eficacia*”<sup>14</sup>.

Sobre esto último, si bien constituye un claro énfasis, llamado y/o exhortación a la actuación judicial para que practique las acciones mínimas pertinentes y coherentes a fin que su sentencia sea materialmente y adecuadamente ejecutada, llama la atención que el TC considere tan solo una “mínima

y sensata dosis de eficacia a la ERJ”, ya que puede interpretarse como una ERJ parcial.

Por ello, y a fin de evitar cualquier duda en referencia a la “mínima y sensata dosis de eficacia de la ERJ”, el propio TC, en el marco de un proceso de amparo que solicitó Justo Caparo para trabar embargo en las cuentas del Poder Judicial a fin que se realice el pago total de su pensión al ser una persona de 80 años y, evitar de este modo, cumplir con el cronograma de pago en un tiempo de duración irracional de 171 años (hasta que cumpla 251 años), señaló que: “después de haberse obtenido un pronunciamiento judicial definitivo, válido y razonable, las sentencias judiciales *deben ejecutarse en sus propios términos*; de lo contrario, los derechos o intereses de las personas reconocidos o declarados, no serán efectivos”<sup>15</sup>.

De este modo, en el marco de un proceso de amparo interpuesto por la magistrada Julia Eleyza Arellano Serquén para que el ex Consejo Nacional de la Magistratura le entregue copia del Informe de la Comisión Permanente de Evaluación y Ratificación de su conducta e idoneidad, acta de entrevista personal y copia del video de la referida entrevista personal y copia de la parte pertinente del acta de sesión del Pleno del Consejo Nacional de Magistratura, el Tribunal Constitucional estableció que:

13 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 4080-2004-AC/TC*, Lima: 28 de enero del 2005.

14 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 763-2005-PA/TC*, Lima: 13 de abril del 2005.

15 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 03515-2010-PA/TC*, Lima: 9 de noviembre del 2011.

[L]a ERJ en sus propios términos busca tutelar el respeto a su firmeza y a la intangibilidad de las situaciones jurídicas en ellas declaradas, por lo que no puede quedar librado el cumplimiento de la ERJ a la particular interpretación que de ella pudieran hacer las partes o los órganos encargados de su ejecución.<sup>16</sup>

En esta línea de razonamiento, en el proceso de inconstitucionalidad que declaró inconstitucional la expresión “única y exclusivamente” del artículo 42 de la Ley N.º 27584 a fin que se afecten otras partidas presupuestales para cumplir con las obligaciones dispuestas en las sentencias judiciales. Al respecto, el Tribunal Constitucional estableció “que los magistrados deben adoptar *medidas necesarias para garantizar la efectividad de lo decidido*, con independencia de que la resolución a ejecutar haya de ser cumplida por un ente público o no”<sup>17</sup>.

Claro ejemplo de esto último, se encuentra establecido en el Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte IDH) por el cual se “podrá convocar al Estado y a los representantes de las víctimas a una audiencia para supervisar el cumplimiento de sus decisiones, y en esta escuchará el parecer de la Comisión”<sup>18</sup>.

16 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 02813-2007-PA/TC*, Lima: 9 de agosto del 2010.

17 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expedientes N.º 015-2001-AI/TC, N.º 016-2001-AI/TC y N.º 004-2002-AI/TC*, Lima: 29 de enero del 2004.

18 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Reglamento de la Corte Interamericana*

El Perú, por ejemplo, actualmente tiene 43 casos en etapa de supervisión de cumplimiento de sentencia en la Corte IDH.

Hecho similar se encuentra establecido en el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, por el cual “la sentencia definitiva se transmitirá al Comité de Ministros, que velará por su ejecución”<sup>19</sup>. Así, recientemente, la Secretaría del Comité de Ministros, en el marco de los casos *Burmych and Others v. Ukraine*, *Zhovner v. Ukraine* y *Yuriy Nikolayevich Ivanov v. Ukraine*, señaló que en la última comunicación del Gobierno de Ucrania se hace “hincapié en su compromiso con el valores, principios y estándares de protección de los derechos humanos por ejecutar los juicios de la Corte Europea”<sup>20</sup>.

En esta misma línea, mediante Resolución Administrativa N.º 054-2018-P/TC, de fecha 5 de marzo del 2018, se creó la Comisión de Seguimiento y Cumplimiento de Sentencias del TC; y que, en el discurso de orden de la nueva presidenta del TC, se señaló que la referida Comisión será fortalecida.

*de Derechos Humanos, aprobado en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones*, 16 al 28 de noviembre del 2009, art. 69.3.

19 CONSEJO DE EUROPA, *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*, Roma: 1950, art. 46.2.

20 CONSEJO DE EUROPA, *DH-DD613-add*, Secretaría del Comité de Ministros, 2020.

Por último, el Tribunal Constitucional señaló, en el caso Mario Ramos Hostia contra Unidad de Gestión Educativa de Chíncha:

[Q]ue las sentencias judiciales —expedidas con una mínima y sensata dosis de eficacia, en sus propios términos y con medidas necesarias y oportunas para garantizar la efectividad de lo decidido— suponen una satisfacción real y efectiva siempre que se brinden en tiempo oportuno.<sup>21</sup>

De este modo, si consideramos la responsabilidad que tiene la autoridad jurisdiccional en la ERJ —i) garantizando una mínima y sensata dosis de eficacia de las resoluciones judiciales; ii) ejecutando las sentencias judiciales en sus propios términos; iii) adoptando medidas necesarias y oportunas para garantizar la efectividad de lo decidido; y, iv) ejecutando las sentencias judiciales en tiempo oportuno—, queda sentado el efectivo cumplimiento de las resoluciones judiciales a fin de “evitar pasar por un largo y muchas veces tedioso proceso, que, a pesar de haberlo ganado, no se cumpla”<sup>22</sup>.

### 3.2. Responsabilidad del Poder Ejecutivo

Asimismo, el TC señaló, en el proceso de amparo que presentó Luis

21 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 4080-2004-AC/TC*, Lima: 28 de enero del 2005.

22 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 03515-2010-PA/TC*, Lima: 9 de noviembre del 2011.

Lalupu contra el Poder Judicial para que se restituya el embargo en forma de retención que obtuvo a su favor por pago de derechos laborales y beneficios, que, a partir de lo establecido en el numeral 9 del artículo 118 de la CP, al Poder Ejecutivo le corresponde implementar lo siguiente:

- Iniciativas legislativas;
- Reglamentos que establezcan como prioridad la ERJ;
- Base de información con sentencias que exigen la actuación de la administración pública; y,
- Procedimientos con previsión presupuestaria.<sup>23</sup>

### 3.3. Responsabilidad de las partes intervinientes

Finalmente, sobre este punto, el TC estableció, en el proceso de inconstitucionalidad que declaró, entre otros, inconstitucional la expresión “única y exclusivamente” del artículo 42 de la Ley N.º 27584 a fin que se afecten otras partidas presupuestales para cumplir con las obligaciones dispuestas en las sentencias judiciales firmes, “que las partes que intervienen en el proceso también tienen responsabilidad en la ERJ”<sup>24</sup>.

23 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 02598-2010-PA/TC*, Lima: 11 de junio de 2013.

24 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expedientes N.º 015-2001-AI/TC*, N.º 016-2001-AI/TC y N.º 004-2002-AI/TC, Lima: 29 de enero del 2004.



Sobre esto último, nos queda una duda. Se refiere al hecho que el Tribunal Constitucional consideró que:

[C]uando el obligado, sea un particular o el Estado, no cumpla con lo ordenado por la resolución judicial firme, la ERJ autoriza al afectado con el incumplimiento a pedir del órgano jurisdiccional competente la adopción de las medidas necesarias para que se ejecute lo dispuesto.<sup>25</sup>

Y es que llama la atención que el TC manifieste que sea el propio afectado con el incumplimiento quien solicite al órgano jurisdiccional competente la adopción de medidas necesarias; ¿es acaso correcto solicitar que el afectado tenga que acceder nuevamente a la justicia a fin de reclamar el cumplimiento de la sentencia que amparó su derecho? Más aún, si como acabamos de señalar en la responsabilidad de la autoridad jurisdiccional, ¿no es acaso la judicatura quien debe velar por garantizar una mínima y sensata dosis de eficacia de las resoluciones judiciales, ejecutar las sentencias judiciales en sus propios términos, adoptar las medidas necesarias para la ejecución de sus sentencias y, efectivizarlas en tiempo oportuno?

En ningún momento el TC ha desarrollado en su jurisprudencia una responsabilidad compartida; es decir, que el magistrado primero emita una sentencia judicial en calidad de cosa juzgada y luego, si su sentencia no se

ejecuta, sea el propio afectado quien le haga recordar al magistrado que su sentencia aún no se efectiviza.

Un razonamiento similar vulnera la ERJ, ya que i) no se garantiza una mínima y sensata dosis de eficacia de las resoluciones judiciales, ii) no se ejecutan las sentencias judiciales en sus propios términos, iii) no se realizan medidas necesarias y, iv) no se efectivizan en tiempo oportuno. En suma, desde el mismo momento en que el afectado solicita nuevamente al juez la ejecución de su sentencia, la ERJ deja de serlo.

Felizmente el TC “se contradice”. Así, i) en el marco de un proceso de amparo presentado por Miguel Cabrera León contra la Municipalidad Distrital del Rímac, el TC señaló que:

[E]l órgano jurisdiccional debe realizar las acciones necesarias para satisfacer los derechos de quienes han vencido en juicio, *sin obligarles a asumir la carga de nuevos procesos*. Esto, a razón que el juez encargado de la ejecución de la sentencia se desinteresó del pago de los reintegros que debió realizar la Municipalidad a los trabajadores en actividad, cesantes, jubilados y pensionistas y, tan solo, se confió en una Resolución de Alcaldía que no tuvo efectos reales.<sup>26</sup>

Y, ii) en el marco de un proceso de cumplimiento presentado por Alejandro Navarrete Cabezudo y otros contra la Municipalidad Distrital del Rímac para que se cumpla una sentencia del TC que

25 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expedientes N.º 015-2001-AI/TC, N.º 016-2001-AI/TC y N.º 004-2002-AI/TC*, Lima: 29 de enero del 2004

26 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 1042-2002-AA/TC*, Lima: 6 de diciembre del 2002.

ordenó la reposición en su centro de trabajo, el Colegiado, en ese momento, estimó que:

[Q]ue los propios órganos judiciales son lo que deben reaccionar frente a ulteriores actuaciones o comportamientos enervantes del contenido material de sus decisiones, con el propósito de prevenir que los afectados en su derecho asuman la carga de un nuevo proceso que resultaría incompatible con la tutela eficaz y oportuna que deben prestar los órganos judiciales.<sup>27</sup>

#### 4. Restricciones a la efectividad de las resoluciones judiciales

Si recordamos, conforme al Tribunal Constitucional, que “por más alta que sea la consideración dogmática y axiológica de los derechos fundamentales, estos pueden ser limitados”<sup>28</sup>, es claro que ERJ también puede limitada.

En este contexto, el Tribunal Constitucional, de manera general, señaló lo siguiente:

(...) Como todo derecho, el derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva es uno que puede ser limitado. En efecto, por alta que sea su consideración dogmática y axiológica, ningún derecho fundamental tiene capacidad de subordinar, en toda circunstancia, el resto de derechos, principios o valores a los que la Constitución también concede protección

27 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 0338-2002-AC/TC*, Lima: 11 de octubre del 2002.

28 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 0023-2005-PI/TC*, Lima: 27 de octubre del 2006.

—tales como, la ejecución de las resoluciones judiciales firmes o la gobernabilidad en sus distintos niveles de organización del Estado descentralizado, entre otros—.<sup>29</sup>

Asimismo, el Tribunal Constitucional, de manera específica, consideró que i) la ERJ:

[N]o está exento de condiciones, límites o restricciones en su ejercicio, por lo que pueden encontrarse límites como: i) los requisitos y la presencia de una serie de circunstancias generales que la ley pueda prever; ii) la ejecución a cargo del órgano jurisdiccional competente; iii) que se trate de una resolución firme; iv) que la ejecución se realice respetando el contenido del fallo, entre otros.<sup>30</sup>

Y, ii) “que, si bien el legislador puede establecer ciertos límites o restricciones a la ERJ, existen ciertos bienes del Estado, como los de dominio público, que no pueden verse afectados, voluntaria o forzosamente”<sup>31</sup>.

## II. Efectividad de las resoluciones judiciales: apuntes desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El Tribunal Constitucional señaló que:

29 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 0023-2005-PI/TC*, Lima: 27 de octubre del 2006.

30 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expedientes N.º 015-2001-AI/TC, N.º 016-2001-AI/TC y N.º 004-2002-AI/TC*, Lima: 29 de enero del 2004.

31 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expedientes N.º 015-2001-AI/TC, N.º 016-2001-AI/TC y N.º 004-2002-AI/TC*, Lima: 29 de enero del 2004.

[S]i bien la CP no hace referencia expresa a la efectividad del derecho a la tutela jurisdiccional, esta cualidad se desprende exactamente de lo establecido en el artículo 8 y 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, la CADH), respectivamente.<sup>32</sup>

Al respecto, nos interesa abordar la jurisprudencia emitida por la Corte IDH que desarrolla solo el extremo del artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, la CADH) (que establece el recurso sencillo, rápido y/o efectivo ante los jueces o tribunales competentes).

De este modo, a fin de desarrollar adecuadamente la referida jurisprudencia, podemos agrupar el presente apartado de la manera siguiente: i) origen del artículo 25 de la CADH; ii) alcance del artículo 25 de la CADH; iii) relación del artículo 25 con otros derechos de la CADH; y, iv) obligaciones del Estado.

### 1. Origen del artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos

El artículo 25 de la CADH establece lo siguiente:

### 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.
2. Los Estados Partes se comprometen:
  - a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
  - b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
  - c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.<sup>33</sup>

Sobre el particular, si seguimos al ex juez y presidente de la Corte IDH Antonio Cançado Trindade (caso Genie Lacayo vs Nicaragua, 1997-A), el referido artículo contó con los antecedentes siguientes:

32 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 1042-2002-AA/TC*, Lima: 6 de diciembre del 2002.

33 ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, *Convención Americana de Derechos Humanos*, aprobada en el Acta Final de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, Costa Rica: Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, 1969

**Tabla N.º 1**  
**Antecedentes del artículo 25 de la Convención**  
**Americana de Derechos Humanos**

N.º	Instrumento Internacional	Fecha	Artículo
1	Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre	2 de mayo de 1948	Derecho de justicia Artículo XVIII. Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo, debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente. <sup>34</sup>
2	Declaración Universal de Derechos Humanos	10 de diciembre de 1948	Artículo 8. Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley. <sup>35</sup>
3	Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales	4 de noviembre de 1950	Artículo 13 – Derecho a un recurso efectivo Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en la presente Convención hayan sido violados, tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales. <sup>36</sup>
4	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	16 de diciembre de 1966	Artículo 2 [...] 3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;

34 MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES DE COLOMBIA, *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana. Actas y Documentos. Volumen VI Conclusiones. Acta Final – Instrumentos Diplomáticos, Bogotá: 1953, p. 262.*

35 ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, *Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada en la 183.ª sesión plenaria de la Asamblea General mediante Resolución 217 A (III), París: Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, 1948, pp. 34-36.*

N.º	Instrumento Internacional	Fecha	Artículo
4	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	16 de diciembre de 1966	b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial; c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso. <sup>37</sup>

Fuente: Elaboración propia

En este escenario, como indica la ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS:

[E]n donde el derecho a la protección judicial ya venía siendo reconocido por diferentes instrumentos internacionales — aunque con distintos matices—, el origen del propio artículo 25 de la CADH se basó en el clásico proceso de amparo, del cual México y Brasil, en ese momento, eran los máximos propugnadores.<sup>37</sup>

Por ello, es que:

[E]l artículo 25 de la CADH se basó en una disposición de carácter general, que buscó contar con un proceso judicial sen-

cillo y breve, que tutele todos los derechos reconocidos en las Constituciones, leyes de los Estados Partes y, CADH.<sup>38</sup>

## 2. Alcance del artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos

Si tenemos presente que el origen del artículo 25 de la CADH se sustentó en el clásico proceso de amparo, se hace mucho más fácil entender el alcance tan amplio que le brinda la Corte IDH en su jurisprudencia; conforme se evidencia a continuación:

— “[...] Esta disposición sobre el derecho a un recurso efectivo ante los jueces o tribunales nacionales competentes, constituye uno de los pilares básicos, no solo de la CADH, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática [...]”<sup>39</sup>;

36 ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobada en la 1496.ª sesión plenaria de la Asamblea General mediante Resolución 2200 A (XXI), Nueva York: Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, 1966, pp. 58-66.

37 ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, *Convención Americana de Derechos Humanos*, aprobada en el Acta Final de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, Costa Rica: Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, 1969.

38 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Opinión consultiva OC-8/87*, 30 de enero de 1987.

39 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Castillo Páez vs. Perú*. Fondo, 3 de noviembre de 1997.

- “[...] Establece este artículo, igualmente, en términos amplios, la obligación a cargo de los Estados de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales [...]”<sup>40</sup>;
- [...] El artículo 25 de la CADH también consagra el derecho de acceso a la justicia (Corte IDH, 2002); frente a un recurso que sea 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 [...].<sup>41</sup>

### 3. Relación del derecho a la protección judicial con otros derechos reconocidos de la Convención Americana de Derechos Humanos

El amplio alcance que le brinda la jurisprudencia de la Corte IDH al artículo 25 de la CADH nos permite, a su vez, comprender la relación que tiene el derecho a la protección judicial con otros derechos reconocidos en la referida Convención; como se aprecia, a manera de ejemplo, a continuación:

- Relación del artículo 25 con el artículo 8.1 y el artículo 1 (debido proceso)

40 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Opinión consultiva OC-9/87*, 6 de octubre de 1987.

41 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, reparaciones y costas*, 31 de agosto del 2001.

[...] los Estados Partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (art. 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (art. 8.1), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (art. 1).<sup>42</sup>

- Relación del artículo 25 con el artículo 2 y el artículo 13 (acceso a la información):

El Estado debe garantizar que, ante la denegatoria de información bajo el control estatal, exista un recurso judicial sencillo, rápido y efectivo que permita que se determine si se produjo una vulneración del derecho del solicitante de información y, en su caso, se ordene al órgano correspondiente la entrega de la información. En este ámbito, dicho recurso debe ser sencillo y rápido, tomando en cuenta que la celeridad en la entrega de la información es indispensable en esta materia. De acuerdo a lo dispuesto en los artículos 2 y 25.2.b) de la Convención si el Estado Parte en la Convención no tiene un recurso judicial para proteger efectivamente el derecho tiene que crearlo.<sup>43</sup>

42 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Excepciones Preliminares*, 26 de junio de 1987.

43 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas*, 19 de septiembre del 2006.

- Relación del artículo 25 con el artículo 8 y el artículo 21 (propiedad de pueblos indígenas)

Esta norma internacional [en referencia al Convenio No. 169 de la OIT], en conjunción con los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, obligan al Estado a ofrecer un recurso eficaz con las garantías del debido proceso a los miembros de las comunidades indígenas que les permita solicitar las reivindicaciones de tierras ancestrales, como garantía de su derecho a la propiedad comunal.<sup>44</sup>

#### 4. Obligaciones del Estado

Teniendo en consideración el origen, alcance y relación del derecho a la protección judicial con otros derechos convencionales, la Corte IDH ha establecido que el Estado tiene las obligaciones siguientes:

- “Diseñar y consagrar normativamente un recurso eficaz [y]
- Asegurar la debida aplicación del referido recurso por parte de sus autoridades judiciales”<sup>45</sup>.

##### 4.1. Sobre el diseño y consagración normativa de un recurso eficaz

Sobre la primera obligación estatal, referida al diseño y la regulación norma-

44 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, 17 de junio del 2005.

45 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso de los “Niños de la Calle” vs. Guatemala (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, 19 de noviembre de 1999.

tiva de un recurso eficaz, la Corte IDH considera básicamente que los Estados tienen la obligación de brindar recursos adecuados o idóneos que garanticen los derechos ciudadanos. Esto último, lo presenta con diferentes matices, como se aprecia a continuación:

- En el caso *Blake vs. Guatemala*, referido a la detención y posterior asesinato de los ciudadanos norteamericanos Nicholas Blake, periodista, y Griffith Davis, fotógrafo, en el sitio denominado Los Campamentos, la Corte IDH señaló:

[...] que el artículo 25.2.c de la CADH, que establece que el compromiso de los Estados es el de garantizar el cumplimiento por las autoridades competentes de toda decisión en que se haya estimado procedente un recurso, consagra el deber estatal de proveer recursos internos eficaces para determinar el paradero de las personas privadas de libertad y prevenir las desapariciones forzadas en toda circunstancia.<sup>46</sup>

- De manera más precisa, la Corte IDH señaló en la opinión consultiva OC-9/87, del 6 de octubre de 1987:

[...] que los recursos internos eficaces se refieren a aquellos instrumentos o medios procesales destinados a garantizar los derechos. Así, cuando el

46 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Blake vs. Guatemala. Fondo*, 24 de enero de 1998.

Gobierno de la República Oriental del Uruguay solicitó interpretar a la Corte IDH el alcance de la prohibición de suspender ‘las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos’ contenida en el artículo 27 de la CADH, la Corte IDH señaló que deben considerarse como garantías judiciales indispensables no susceptibles de suspensión el hábeas corpus, el amparo, o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes destinado a garantizar el respeto a los derechos y libertades cuya suspensión no está autorizada por la misma Convención. También consideró que deben considerarse como garantías judiciales indispensables que no pueden suspenderse, aquellos procedimientos judiciales, inherentes a la forma democrática representativa de gobierno.<sup>47</sup>

- De este modo, la Corte IDH en el caso Tribunal Constitucional vs Perú, referido a la destitución de los magistrados del Tribunal Constitucional Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo Marsano, estableció “que no basta que el recurso esté previsto formalmente”<sup>48</sup>; y, en el caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, referido al secuestro y falta de investigación de Manfredo Velásquez, estudiante de la Universidad Nacional Autónoma de

Honduras que desapareció el 12 de septiembre de 1981 en un estacionamiento de vehículos en el centro de Tegucigalpa, estableció que “el recurso debe ser capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido; lo cual no implica evaluar dicha efectividad en función a una eventual resolución favorable a los intereses del afectado”<sup>49</sup>.

- Asimismo, en el caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú referido al proceso que se llevó a cabo en la jurisdicción penal militar por jueces “sin rostro” en contra de los detenidos chilenos Jaime Francisco Sebastián Castillo Petruzzi, Lautaro Enrique Mellado Saavedra, María Concepción Pincheira Sáez y Alejandro Luis Astorga Valdez por el delito de traición a la patria, la Corte IDH estableció que “los recursos deben ser exigibles en situaciones de normalidad y en circunstancias excepcionales”<sup>50</sup>.

Esto significa, según que Christian STEINER y Patricia URIBE<sup>51</sup> deter-

47 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Opinión consultiva OC-9/87*, 6 de octubre de 1987.

48 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas*, 31 de enero del 2001.

49 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo*, 29 de julio de 1988.

50 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas*, 30 de mayo de 1999.

51 KONRAD ADENAUER STIFTUNG, en STEINER, Christian y Patricia URIBE (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Lima: Konrad Adenauer Stiftung, 2016, pp. 616 y 617.



minados recursos no son adecuados o idóneos cuando:

- La situación del Estado lo determina, como en el caso *Bámaca Velásquez vs Guatemala* “donde el Ejército tenía la práctica de capturar guerrilleros para mantenerlos en reclusión clandestina a efectos de obtener, mediante torturas físicas y psicológicas, información útil”<sup>52</sup>;
- Los afectados han sido impedidos de ejercerlos en el hecho, como sucedió en el caso de los “Niños de la Calle” vs. Guatemala “que en la zona conocida como “Las Casetas” existía la práctica estatal de realizar amenazas, detenciones, tratos crueles, inhumanos y degradantes y homicidios como medio para contrarrestar la delincuencia y vagancia juvenil”<sup>53</sup>; o, en el caso de la “Panel Blanca” vs. Guatemala, “donde las personas detenidas eran obligadas a subir por la fuerza a un vehículo tipo “panel” (especie de microbús o furgoneta) de color blanco donde posteriormente eran objeto de maltratos, torturas y, en algunos casos también eran asesinadas”<sup>54</sup>;

52 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Fondo*, 25 de noviembre del 2000.

53 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso de los “Niños de la Calle” vs. Guatemala (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, 19 de noviembre de 1999.

54 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo*, 8 de marzo de 1998.

- Los agentes estatales han obstaculizado su tramitación, “como se determinó en el caso *Castillo Páez vs Perú*, estudiante universitario detenido por agentes de la Policía que lo golpearon y lo introdujeron en el baúl de un vehículo policial sin saber más de su paradero”<sup>55</sup>;
- La propia legislación de un Estado no otorga dicho recurso efectivo, configurándose una infracción general y clara, “como ocurrió en el caso *Loayza Tamayo vs. Perú*, profesora universitaria detenida por miembros de la División Nacional contra el Terrorismo (DINCO-TE) donde estuvo incomunicada e imposibilitada de presentar un recurso judicial para cuestionar su detención”<sup>56</sup>; o, en el caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*; o, en el caso *Cantoral Benavides vs. Perú*, “detenido sin una orden judicial por agentes de la Dirección Nacional contra el Terrorismo (DINCOTE) en su domicilio, incomunicado por más de una semana y objeto de actos de violencia”<sup>57</sup>; o, en el caso *García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*, “detenidos sin que mediara previa

55 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Castillo Páez vs. Perú. Fondo*, 3 de noviembre de 1997.

56 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Loayza Tamayo vs. Perú. Fondo*, 17 de septiembre de 1997.

57 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Cantoral Benavides vs. Perú. Fondo*, 18 de agosto del 2000.

orden judicial o flagrante delito, al alegarse que se encontró propaganda terrorista en su poder”<sup>58</sup>; y,

- La falta de efectividad es específica para un caso:

[C]omo en el caso *Cantos vs Argentina* donde la Dirección General de Rentas de la Provincia, con base en una presunta infracción a la Ley de Sellos, realizó una serie de allanamientos en las dependencias administrativas de las empresas del señor Cantos, llevándose documentación contable, libros y registros de comercio, comprobantes y recibos de pago, así como también numerosos títulos valores y acciones mercantiles”<sup>59</sup>

“A dicha lista podemos agregar los casos en los cuales el recurso no es efectivo al haberse transformado en un medio para dilatar y entorpecer el proceso judicial y en un factor para la impunidad”<sup>60</sup>, como ocurrió en el caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, “asesinada por agentes militares, como parte de las ejecuciones extrajudiciales selectivas con un propósito de “limpieza social”, al haber estado investigando sobre

las comunidades en resistencia y las políticas del Ejército guatemalteco hacia las mismas”<sup>61</sup>; o, en el caso de la masacre de las Dos Erres vs. Guatemala:

[D]onde soldados guatemaltecos, pertenecientes al grupo especial denominado Kaibiles, llegaron a las Dos Erres y sacaron a las personas de sus casas, los encerraron en la escuela y en la iglesia evangélica, los golpearon, algunos murieron como consecuencia de los golpes, luego los llevaron vendados y maniatados a un pozo de agua inconcluso donde los fusilaron; en el camino muchas niñas también fueron violadas”<sup>62</sup>.

#### 4.2. Sobre el aseguramiento de la debida aplicación del referido recurso por parte de sus autoridades judiciales

Por otro lado, la segunda obligación estatal, referida a asegurar la debida aplicación de dicho recurso por parte de sus autoridades judiciales, debe concordarse con lo establecido en el literal c) del numeral 2 del artículo 25 de la CADH, por medio el cual “los Estados Partes se comprometen a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se

58 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*, 25 de noviembre del 2005.

59 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Cantos vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas*, 28 de noviembre del 2002.

60 KONRAD ADENAUER STIFTUNG, *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, ob. cit., p. 617.

61 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Fondo, reparaciones y costas*, 25 de noviembre del 2003.

62 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso de la masacre de las Dos Erres vs. Guatemala. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*, 24 de noviembre del 2009.

haya estimado procedente el recurso”<sup>63</sup> (CADH 1969: art. 25.2).

Al respecto, la Corte IDH ha señalado lo siguiente:

- “La ejecución de tales decisiones y sentencias debe ser considerada como parte integrante del derecho de acceso a la justicia, entendido este en sentido amplio, que abarque también el cumplimiento pleno de la decisión respectiva”<sup>64</sup>;
- “La efectividad de las sentencias depende de su ejecución. El proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea de dicho pronunciamiento”<sup>65</sup>;
- “[...] la responsabilidad estatal no termina cuando las autoridades competentes emiten la decisión o sentencia. Se requiere, además, que el Estado garantice los medios para ejecutar dichas decisiones definitivas”<sup>66</sup>;

63 ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, *Convención Americana de Derechos Humanos, aprobada en el Acta Final de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos*, Costa Rica: Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, 1969, art. 25.2.

64 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Competencia*, 28 de noviembre del 2003.

65 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Competencia*, 28 de noviembre del 2003.

66 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Competencia*, 28 de noviembre del 2003.

- La ejecución de las sentencias debe ser regida por aquellos estándares específicos que permitan hacer efectivos los principios, inter alia, de tutela judicial, debido proceso, seguridad jurídica, independencia judicial, y estado de derecho. La Corte concuerda con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al considerar que para lograr plenamente la efectividad de la sentencia la ejecución debe ser completa, perfecta, integral [caso *Matheus versus Francia*; caso *Sabin Popescu versus Romania*] y sin demora [caso *Cocchiarella versus Italia*; caso *Gaglione versus Italia*]<sup>67</sup>;
- [...] en un ordenamiento basado sobre el principio del Estado de Derecho [considerando el caso *Inmobiliare Saffi versus Italia*] todas las autoridades públicas, dentro del marco de su competencia, deben atender las decisiones judiciales, así como dar impulso y ejecución a las mismas sin obstaculizar el sentido y alcance de la decisión ni retrasar indebidamente su ejecución<sup>68</sup>;
- Y, de este modo, para la Corte IDH “el principio de efectividad (effet utile) es transversal a la protección

67 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Mejía Idrovo vs. Ecuador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, 5 de julio del 2011.

68 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Mejía Idrovo vs. Ecuador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, 5 de julio del 2011.

debida de todos los derechos reconocidos en la CADH”<sup>69</sup>.

### III. Bibliografía

CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO, *Constitución Política del Perú*. Lima, 29 de diciembre de 1993.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA, *Ley N.º 28237*, Código Procesal Constitucional, Lima, 28 de mayo del 2004.

CONSEJO DE EUROPA, *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*, Roma: 1950.

CONSEJO DE EUROPA, *DH-DD613-add*, Secretaría del Comité de Ministros, 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Opinión consultiva OC-8/87*, 30 de enero de 1987.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Excepciones Preliminares*, 26 de junio de 1987.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Opinión consultiva OC-9/87*, 6 de octubre de 1987.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo*, 29 de julio de 1988.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Genie Lacayo vs Nicaragua. Voto del Juez Antonio Cançado Trindade, párr.19. Solicitud de Revisión de la Sentencia de fondo, reparaciones y costas*, 13 de septiembre de 1997.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Loayza Tamayo vs. Perú. Fondo*, 17 de septiembre de 1997.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Castillo Páez vs. Perú. Fondo*, 3 de noviembre de 1997.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Blake vs. Guatemala. Fondo*, 24 de enero de 1998.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo*, 8 de marzo de 1998.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas*, 30 de mayo de 1999.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso de los “Niños de la Calle” vs. Guatemala (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, 19 de noviembre de 1999.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Fondo*, 25 de noviembre del 2000.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Cantoral Benavides vs. Perú. Fondo*, 18 de agosto del 2000.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas*, 31 de enero del 2001.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, reparaciones y costas*, 31 de agosto del 2001.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Cantos vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas*, 28 de noviembre del 2002.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Fondo, reparaciones y costas*, 25 de noviembre del 2003.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Competencia*, 28 de noviembre del 2003.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, 17 de junio del 2005.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*, 25 de noviembre del 2005.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*.

69 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Anzualdo Castro vs. Perú. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*, 22 de septiembre del 2009.

- Fondo, reparaciones y costas*, 19 de septiembre del 2006.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Anzualdo Castro vs. Perú. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*, 22 de septiembre del 2009.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso de la masacre de las Dos Erres vs. Guatemala. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*, 24 de noviembre del 2009.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aprobado en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones*, 16 al 28 de noviembre del 2009.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Mejía Idrovo vs. Ecuador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, 5 de julio del 2011.
- MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES DE COLOMBIA, *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana. Actas y Documentos. Volumen VI Conclusiones. Acta Final – Instrumentos Diplomáticos*, Bogotá: 1953.
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, *Convención Americana de Derechos Humanos, aprobada en el Acta Final de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos*, Costa Rica: Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, 1969.
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Actas y Documentos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, (OEA/Ser.K/XVII/1.2)*, Costa Rica: Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, 1969.
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, *Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada en la 183.ª sesión plenaria de la Asamblea General mediante Resolución 217 A (III)*, París: Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, 1948.
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobada en la 1496.ª sesión plenaria de la Asamblea General mediante Resolución 2200 A (XXI)*, Nueva York: Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, 1966.
- KONRAD ADENAUER STIFTUNG, en STEINER, Christian y Patricia URIBE (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Lima: Konrad Adenauer Stiftung, 2016.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 1042-2002-AA/TC*, Lima: 6 de diciembre del 2002.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 0338-2002-AC/TC*, Lima: 11 de octubre del 2002.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expedientes N.º 015-2001-AI/TC, N.º 016-2001-AI/TC y N.º 004-2002-AI/TC*, Lima: 29 de enero del 2004.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 0004-2004-CC/TC*, Lima: 31 de diciembre del 2004.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 4080-2004-AC/TC*, Lima: 28 de enero del 2005.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 1417-2005-AA/TC*, Lima: 8 de julio del 2005.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 3741-2004-AA/TC*, Lima: 14 de noviembre del 2005.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 0023-2005-PI/TC*, Lima: 27 de octubre del 2005.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 763-2005-PA/TC*, Lima: 13 de abril del 2005.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 0023-2005-PI/TC*, Lima: 27 de octubre del 2006.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01797-2010-PA/TC*, Lima: 15 de noviembre del 2010.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 02813-2007-PA/TC*, Lima: 9 de agosto del 2010.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 03515-2010-PA/TC*, Lima: 9 de noviembre del 2011.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 02598-2010-PA/TC*, Lima: 11 de junio de 2013.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, *Sentencia N.º 67/1984*, Madrid: 7 de junio de 1984.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *Case of Piersack v. Belgium. Application n.º 8692/79, Judgment: 1*, octubre de 1982.

# VIOLENCIA INSTITUCIONAL EN CONTEXTOS DE VIOLENCIA POR RAZÓN DE GÉNERO CONTRA LAS MUJERES

## CREEDME: DE M.M (1997) A E. M. C. (2020)\*

María Candelaria Quispe Ponce\*\*

**SUMARIO:** I. Introducción.— II. Violencia institucional en contextos de violencia por razón de género contra las mujeres.— 1. La regulación jurídica de la violencia institucional en contextos de violencia por razón de género contra las mujeres.— III. Violencia institucional en contextos de violencia de género contra las mujeres en la jurisprudencia.— 1. Violencia institucional en contextos de violencia de género contra las mujeres en la jurisprudencia del Comité CEDAW.— 2. Violencia institucional en contextos de violencia de género contra las mujeres en la jurisprudencia de la Corte IDH.— 3. Positivación de la violencia institucional en contextos de violencia de género contra las mujeres en la jurisprudencia en Argentina y México.— IV. Dos casos emblemáticos de violencia institucional en Juliaca. Creedme: M.M. a E.M.C.— V. A modo de conclusiones.— VI. Bibliografía.

### I. Introducción

El 25 de noviembre de cada año se conmemora el Día Internacional de la

eliminación de la violencia contra las

\* “Creedme” es el título del libro que recoge la investigación realizada por los periodistas Armstrong y Miller, en la que narran la historia de Marie, joven víctima de violación sexual, y explican por qué la sociedad ha ignorado sistemáticamente a las víctimas de violencia. Esta investigación ganó el Premio Pulitzer 2016 en la categoría de periodismo explicativo. Fue adaptada por Netflix a una miniserie, estrenada en 2020. Véase, ARMSTRONG, K y T MILLER, *Creedme*, traducción de Miguel Ros González, Madrid: K. O Libros, 2019.

\*\* Doctora en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid. Máster en Derecho Constitucional por el Centro de Estudios Constitucionales de la Presidencia del Gobierno de España. Docente de pre y postgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, docente principal de la Academia de la Magistratura.

mujeres<sup>1</sup>. Desde la decisión adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (A/RES/54/134), hace ya dos décadas, los gobiernos, las organizaciones nacionales e internacionales, las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales, realizan una serie de actividades destinadas a sensibilizar a la opinión pública respecto de este persistente problema: la violencia por razón de género contra las mujeres (Comité CEDAW, 2017). En consecuencia, es posible afirmar que, en la actualidad, esta conmemoración no pasa inadvertida en el calendario anual de actividades de las instituciones públicas y de la sociedad civil.

Sin embargo, la violencia por razón de género contra las mujeres<sup>2</sup> no cesa

(según INEI<sup>3</sup>, en el 2019, el 79% de mujeres anteriormente unidas de 18 y más años de edad fueron víctima de violencia psicológica y/o física y/o sexual por parte de su esposo o compañero alguna vez en su vida). El problema reside no solo: (i) en su carácter pandémico, según lo indica la Organización de Naciones Unidas, para el 2020, (ii) en el silencio que, por distintas razones, guardan las mujeres frente a este tipo concreto de violación de sus derechos humanos<sup>4</sup>, y (iii) en el elevado porcentaje de tolerancia social hacia este tipo de violencia<sup>5</sup>, sino también, en el tipo de respuestas que el Estado ofrece a las mujeres que deciden acudir a las instancias jurisdiccionales en busca de justicia<sup>6</sup>.

1 El asesinato de las hermanas Mirabal en 1960 dio origen a la fecha de la conmemoración del Día Internacional de la Eliminación de la violencia contra las mujeres. Fueron las integrantes del Movimiento Feminista de América Latina y el Caribe las que, desde 1981, instauraron esta efeméride (Sauquillo, 2016; ONU MUJERES, 2020). La Asamblea General de Naciones Unidas institucionalizó esta conmemoración, mediante A/RES/54/13, de 7 de febrero de 2000. Recuperado de <<https://bit.ly/3oMocsV>>.

2 El Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, en su Recomendación n.º 35, por la que se actualiza la Recomendación general n.º 19, precisa que el “concepto de “violencia contra la mujer”, tal como se define en la recomendación general n.º 19 y en otros instrumentos y documentos internacionales, hace hincapié en el hecho de que dicha violencia está basada en el género. En consecuencia, en la presente recomendación, la expresión «violencia por razón de género contra la mujer» se utiliza como un término más preciso que pone de manifiesto las causas

y los efectos relacionados con el género de la violencia. La expresión refuerza aún más la noción de la violencia como problema social más que individual, que exige respuestas integrales, más allá de aquellas relativas a sucesos concretos, autores y víctimas y supervivientes” (Comité Cedaw, 2017, n.º 8).

3 Recuperado de <<https://bit.ly/39jTgbA>>.

4 Sobre la base del análisis de las Endes 2009-2017, Ortega pone de relieve que 1 de cada 3 mujeres víctimas de violencia severa no buscó ayuda (no denunció y no comentó a su familia ni amigos) y más del 60% no denunció a su agresor. Situación que en el área rural llega a un 70%.

5 INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA, *Encuesta Nacional sobre Relaciones Sociales*, 2019. Recuperado de <<https://bit.ly/3Dokbi2>>.

6 DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Supervisión de fiscalías provinciales especializadas en violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar. Informe de adjuntía N.º 012-2019-DP/ADM*, Lima: Defensoría del Pueblo, 2019.



El objetivo de este artículo es analizar la respuesta del Estado frente a la violencia por razones de género contra las mujeres, a la luz de dos casos emblemáticos suscitados en la ciudad de Juliaca (Distrito judicial de Puno).

El primer caso, ocurrido en 1997 contra la ciudadana M.M., fue denunciado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En esta instancia, el Estado peruano reconoció su responsabilidad por actos violatorios a los derechos de la ciudadana M.M., y asumió compromisos sumamente importantes, entre los que destaca, la obligación de no tolerar los actos de violencia contra las mujeres cometidos por sus funcionarios.

El segundo caso, es el de la ciudadana E. M. C., ocurrido en noviembre de 2020, en el que, a todas luces, el Estado incurre en lo que desde la doctrina<sup>7 8</sup> y la jurisprudencia (Corte IDH. Guzmán Albarracín y otros vs Ecuador; Corte IDH (2020). “Campo Algodonero” vs. México (2009); Corte IDH. Fernández Ortega y otros vs. México (2010); Corte IDH. V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua (2018); Corte Constitucional de Colombia, T-735/17), se denomina violencia institucional.

El denominador común de ambos casos es que fueron perpetrados por funcionarios del Estado peruano contra mujeres en situación de *especial vulnerabilidad*. Mujeres, sobre cuyas vidas confluye una triple discriminación: (i) mujeres indígenas, (ii) en situación de pobreza, y (iii) víctimas de violencia por razones de género. Intersección de discriminaciones<sup>9 10</sup> que exige una protección especial y el deber de actuación con debida diligencia reforzada en la prevención, investigación y sanción de este tipo de violencia (artículo 7.b de la Convención Belem do Pará), como establece la Corte IDH en reiterada jurisprudencia (Corte IDH, González y otras “Campo Algodonero” vs. México, párr. 284; Gonzáles Lluy y otros vs Ecuador, párr. 290; Guzmán Albarracín y otras vs Ecuador, párr. 146).

Desde esta perspectiva, la primera parte del artículo se centra en la conceptualización de la “violencia institucional” en contextos de violencia por razón de género contra las mujeres a partir del marco normativo y jurisprudencial del derecho internacional de los derechos humanos: universal e interamericano. Asimismo, se hará una breve referencia

7 BODELÓN, Encarna, “Violencia institucional y violencia de género”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 48, Madrid: 2014.

8 SORDO RUZ, Tania, “Violencia institucional por razón de género contra las mujeres: casos paradigmáticos en el Estado mexicano”, en *Miscelánea Comillas*, n.º 149, Ciudad de México: 2018.

9 WENCES, Isabel y María Caterina LA BARBERA, “La discriminación de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos”, en *Andamios*, vol. 17, n.º 42, Madrid: 2020.

10 PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, *Texto Único Ordenado de la Ley N.º 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar*, Lima: 4 de setiembre del 2020, art. 3, inc. 5,

a dos países en los que se ha positivamente esta manifestación de la violencia contra las mujeres. La segunda parte está destinada al análisis de los casos emblemáticos acaecidos en la ciudad de Juliaca, los casos de M.M. y E.M.C.

## II. Violencia institucional en contextos de violencia por razón de género contra las mujeres

La violencia por razón de género contra las mujeres es una forma de discriminación<sup>11</sup>, y constituye una violación de los derechos humanos<sup>12 13</sup>. Este tipo de violencia adopta múltiples manifestaciones y puede ser ejercida tanto por particulares como por agentes

del Estado<sup>14</sup>. Desde esta óptica, una de las manifestaciones de la violencia por razón de género contra las mujeres es la “violencia institucional”<sup>15</sup>.

El análisis de la violencia contra las mujeres en su manifestación institucional es, como acertadamente sostiene BODELÓN<sup>16</sup>, un significativo aporte de la teoría feminista al análisis de este problema estructural<sup>17</sup>. Su punto de mira es la violencia contra las mujeres perpetrada por los funcionarios del

11 COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, *Recomendación general n.º 19*, 1992.

12 CONFERENCIA MUNDIAL DE DERECHOS HUMANOS, *Declaración y programa de Acción de Viena*, Viena: 1993.

13 En FACIO, Alda, “Viena 1993, cuando las mujeres nos hicimos humanas”, en *Pensamiento Iberoamericano*, Madrid: 2011, p. 5, se sostiene que la Declaración y programa de acción de Viena es sumamente importante porque fue en ese documento en el que, por primera vez, se reconocía que *los derechos de las mujeres son derechos humanos*. En palabras de la autora, ello supone que no fue sino “hasta finales del siglo XX que las mujeres alcanzaron la categoría de humanas para el derecho internacional”. De igual forma, BUNCH, Charlotte, *Abriendo las compuertas*, San José: Universidad de Costa Rica, 2001, p. 40, pone de relieve, que la importancia de la precitada Declaración reside en reconocer que la violencia contra las mujeres constituye una violación a los derechos humanos que exige inmediata acción del Estado.

14 NACIONES UNIDAS, *Poner fin a la violencia. De las palabras a los hechos. Estudio del Secretario General de Naciones Unidas*, 2006. Recuperado de <<https://bit.ly/2Jq2VIO>>

15 ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS Y CONSEJO DE EUROPA, 2014, p. 29.

16 BODELÓN, Encarna, “Violencia institucional y violencia de género”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 48, Madrid: 2014.

17 La conceptualización de la violencia contra las mujeres como un problema social, jurídico y político fue labor de las propias mujeres que, agrupadas en el movimiento feminista y el movimiento internacional de mujeres, y utilizando los marcos de interpretación de la teoría feminista, lucharon denodadamente por poner nombre a este problema. Como sostiene DE MIGUEL, Ana, “La violencia de género: la construcción de un marco feminista de interpretación”, en *Cuadernos de Trabajo Social*, vol. 15, 2005, p. 249, el “Feminismo, como teoría y movimiento social, ha recorrido un largo camino repleto de dificultades hasta redefinir la violencia como un problema social y político”. De acuerdo con Bernal, la violencia institucional es una de las reivindicaciones del movimiento feminista, de los últimos años. Dimensión de la violencia de género que ha sido “la menos visible, la que más se ha silenciado, la más impune de todas”. BERNAL, A., “La violencia institucional, la gran impune en la violencia de género, en *Público*, 5 de agosto del 2018, p. 2.

Estado en contextos de violencia por razón de género contra las mujeres<sup>18</sup> (Organización de Estados Americanos y Consejo de Europa, 2014: 29). Ahora bien, esta manifestación de violencia puede presentarse —como sostiene SORDO<sup>19</sup>— hasta en dos dimensiones distintas.

La primera, continúa SORDO<sup>20</sup>, consistente en la violencia ejercida por agentes estatales a través de actos de violencia por razón de género contra las mujeres. A título de ejemplo se puede citar el caso de la niña Paola Guzmán Albarracín, que fue víctima de violación sexual por parte de un funcionario del Estado, más concretamente, por el Vicerrector del colegio público en el que estudiaba. En este caso, la Corte IDH en la sentencia emitida en junio de 2020, hace referencia explícita a la violencia institucional de la que fue víctima esta niña que, ante un embarazo, consecuencia de la violación sexual, terminó suicidándose<sup>21</sup>.

La segunda dimensión de la “violencia institucional” se presenta cuando el Estado y sus agentes no actúan conforme con sus obligaciones en casos de

violencia por razones de género contra las mujeres cometidos por agentes estatales o no estatales, lo cual se encuentra estrechamente vinculado a la prevención de esta vulneración de los derechos humanos y el acceso a la justicia de las mujeres<sup>22</sup>. A título de ejemplo se pueden citar dos casos. El primero, es el emblemático caso *María da Penha c Brasil* (2000), en el que la Comisión IDH, al analizar la respuesta del Poder Judicial frente a la violencia sufrida por la señora Da Penha consideró que:

[...] La falta de juzgamiento y condena del responsable en estas circunstancias constituye un acto de tolerancia por parte del Estado de la violencia que María da Penha sufrió, y esa omisión de los tribunales de justicia brasileños agrava las consecuencias directas de las agresiones por su exmarido sufridas por la señora María da Penha Maia Fernandes. Es más, como ha sido demostrado previamente, esa tolerancia por los órganos del Estado no es exclusiva de este caso, sino una pauta sistemática. Es una tolerancia de todo el sistema, que no hace sino perpetuar las raíces y factores psicológicos, sociales e históricos que mantienen y alimentan la violencia contra la mujer.<sup>23</sup>

El segundo, es el caso de una niña de 11 años víctima de violación sexual en Argentina. Este es taxativamente calificado por el Comité de Expertas del

18 ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS Y CONSEJO DE EUROPA, 2014, p. 29.

19 SORDO RUZ, “Violencia institucional por razón de género contra las mujeres: casos paradigmáticos en el Estado mexicano”, art. cit.

20 *Ibid.*, p. 424.

21 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador*, San José: 24 de junio del 2020, párr. 157.

22 SORDO RUZ, “Violencia institucional por razón de género contra las mujeres: casos paradigmáticos en el Estado mexicano”, art. cit., p. 424.

23 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe N.º 54/01. Caso N.º 12051, María da Penha Fernandes*, Brasil: 16 de abril de 2001, párr. 55.

Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI), como un caso típico de “violencia institucional”. En efecto, el MESECVI en un comunicado emitido en 2019, condena la “violencia institucional” a la que ha sido sometida una niña de 11 años violada por la pareja de su abuela en Tucumán, Argentina. El CEVI destaca que, aunque tanto la madre como la menor habían expresado su voluntad de acceder a una Interrupción Legal del Embarazo (ILE), el procedimiento se dilató hasta las 24 semanas de gestación<sup>24</sup>.

### 1. La regulación jurídica de la violencia institucional en contextos de violencia por razón de género contra las mujeres

La “violencia institucional” no se encuentra regulada taxativamente en los principales instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos de las mujeres de las que el Estado peruano es Parte: la Convención sobre la eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer (CEDAW, 1979) y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres

(Belém do Pará, 1994). Tampoco existe regulación específica sobre la materia en el ordenamiento jurídico peruano: Ley N.º 30364, para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, promulgada en 2015<sup>25</sup>. En efecto, esta disposición normativa no contempla la “violencia institucional” entre los diferentes tipos de violencia que regula (artículo 8)<sup>26</sup>. No obstante, su conceptualización y reconocimiento pueden ser inferidos de las disposiciones previstas en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos de las mujeres<sup>27</sup>, fundamentalmente, en

24 El Comité de Expertas es el órgano técnico del MESECVI responsable del análisis y evaluación del proceso de implementación de la Convención de Belém do Pará. Está integrado por Expertas independientes, designadas por cada uno de los Estados Parte entre sus nacionales, quienes ejercen sus funciones a título personal. (Comunicado OEA- MESECVI, 2019). Recuperado de <<https://bit.ly/36pD9aE>>.

25 PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, *Texto Único Ordenado de la Ley N.º 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar*, Lima: 4 de setiembre del 2020.

26 En relación con la sanción de la violencia contra las mujeres perpetrada por el Estado o sus agentes, «el Comité de Expertas/os del MESECVI encuentra que un grupo minoritario de Estados cuenta con algún tipo de sanción, señalada principalmente en el Código Penal, ya sea como delito separado; o sancionan como agravante del delito el hecho de que su perpetrador sea funcionario público. Algunas Constituciones y leyes integrales de violencia contra las mujeres contemplan la violencia perpetrada desde el Estado; o la consideran parte de la figura de violencia institucional. (Organización de Estados Americanos y Consejo de Europa, 2014, p 29).

27 La Magistrada Diana Fajardo de la Corte Constitucional de Colombia, en su aclaración de voto en la Sentencia N.º T-015/18, sostiene que, si bien no existe una definición taxativa de la violencia institucional, a partir de varios instrumentos internacionales, es posible extraer un concepto de esta manifestación de violencia. Asimismo, considera que debe ser prevenida, enfrentada, y corregida

relación con los compromisos asumidos por los Estados parte, en la prevención, investigación y sanción de los casos de violencia por razón de género contra las mujeres.

A escala universal, en el marco de la Organización de las Naciones Unidas, la Convención sobre la eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), en su artículo segundo, establece que los Estados parte condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto se comprometen a:

Artículo 2.-

- d) Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar por que *las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación.*

En el ámbito de la Organización de los Estados Americanos, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención Belém do Pará), prescribe que debe entenderse por violencia contra las mujeres cualquier acción o conducta, basada en su género, que

---

eficazmente, ya que de ello depende la confianza de las víctimas de violencia de género en la administración de justicia, y la protección oportuna de sus derechos fundamentales. Recuperado de <<https://bit.ly/3llrm19>>.

cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado. En sus artículos segundo y séptimo, dispone textualmente:

Artículo 2.-

- c) Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: que sea *perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes*, donde quiera que ocurra.

Asimismo, prevé que los Estados parte condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:

Artículo 7.-

- a) Abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y *velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación.*

### III. Violencia institucional en contextos de violencia de género contra las mujeres en la jurisprudencia

El precitado cuerpo normativo es precisado, desarrollado y ampliado tanto por los órganos de los tratados del Sistema Universal de Derechos Humanos, como por los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En

el primer caso, nos centramos en el Comité de la Convención para la eliminación de la discriminación contra la mujer (Comité CEDAW), concretamente, en los principales dictámenes emitidos en relación con el Estado peruano. En el segundo, se abordan las producciones más significativas, sobre la materia, de la Comisión y la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. En este orden de ideas, es preciso poner de relieve que la Comisión IDH, no solo reconoce la “violencia institucional” en contextos de *violencia por razón de género contra las mujeres*, sino que también enfatiza en la necesidad de su prevención. Resulta crítico, sostiene la Comisión IDH:

Prevenir [...] las diversas formas de *violencia institucional*, perpetrada por autoridades estatales contra las mujeres durante el *proceso judicial*, como un deber expreso y sin dilaciones comprendido en el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará. (CIDH. Informe sobre Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las américas, 2007, párr. 164).

En definitiva, la Comisión IDH, utiliza el concepto de “violencia institucional” para referirse a la violencia perpetrada por las autoridades estatales contra las mujeres durante el proceso judicial. Asimismo, de manera reiterada enfatiza el deber reforzado asumido por los Estados parte, de garantizar recursos judiciales adecuados, oportunos e idóneos para hacer frente a la violencia contra las mujeres<sup>28</sup>.

28 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *El trabajo, la educación y los recur-*

## 1. **Violencia institucional en contextos de violencia de género contra las mujeres en la jurisprudencia del Comité CEDAW**

El Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) es un órgano independiente compuesto por 23 expertas/os, procedentes de todo el mundo<sup>29</sup>. El objetivo principal de este órgano es la supervisión de la aplicación de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, por los Estados parte.

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1979, es una Convención específica destinada a la protección de los derechos de las mujeres que, ha conseguido transformar la manera de concebir los derechos humanos, desde

---

*de las mujeres: la ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales*, 2011.

29 El Protocolo Facultativo de la CEDAW, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante Resolución N.º A/54/4 de 6 de octubre de 1999, crea un mecanismo de acceso a la justicia internacional destinado a las mujeres. En palabras de FACIO, “es un mini-tratado” que depende de la CEDAW en el sentido de que existe solo en función de esta, no creando nuevos derechos substantivos, ni tampoco nuevas obligaciones substantivas para los Estados”. FACIO, Alda, *El protocolo facultativo de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer: análisis de los casos ante el Comité*, San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), 2010, p. 55.

la perspectiva de género<sup>30</sup>. Este tratado, fue suscrito por el Perú el 23 de julio de 1981, aprobado por el Congreso mediante Resolución Legislativa N.º 23432, del 23 de junio de 1982, y promulgado por el presidente de la República, hacia el 5 de julio del mismo año. Asimismo, el Perú ha suscrito el año 2000 y ratificado el siguiente año (mediante Resolución Legislativa N.º 27429, de 23 de febrero de 2001) el Protocolo Facultativo de la CEDAW.

El mandato principal del Comité CEDAW, de conformidad con lo dispuesto por el Protocolo Facultativo, es:

Artículo 2.-

Recibir comunicaciones de personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción del Estado Parte, y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de los derechos enunciados en la CEDAW.

Asimismo, puede iniciar investigaciones sobre casos de violaciones graves o sistemáticas de los derechos de las mujeres. Estos procedimientos son facultativos y solo están disponibles si el Estado interesado los ha aceptado (artículo 8, Protocolo Facultativo de la CEDAW)<sup>31</sup>.

Uno de los casos paradigmáticos resueltos por el Comité CEDAW, en cumplimiento del precitado mandato, es *L.C. vs Perú* (2011), iniciado mediante Comunicación N.º 22/2009. Es un caso representativo de *violencia institucional* en contextos de violencia por razón de género contra las mujeres.

En este caso, el Estado peruano fue condenado por el Comité CEDAW (Dictamen aprobado por el Comité en su 50.º período de sesiones, celebrado del 3 al 21 de octubre del 2011)<sup>32</sup>, por no haber ofrecido atención en el sistema de salud pública a la niña L. C., al que acudió tras intentar suicidarse debido a un embarazo no deseado provocado por una violación sexual, y por no contar con un procedimiento idóneo que le permitiese el acceso al derecho a la salud.

En palabras de COOK, la deficiencia del sistema de salud para atender las necesidades médicas específicas por su condición de mujer resultó trágicamente en una parálisis. Para la profesora emérita de la Facultad de Derecho de la Universidad de Toronto, “al presentar esta denuncia, L. C. expuso el fenómeno invisible, pero prevalente, del abuso sexual de niñas y adolescentes”<sup>33</sup>.

30 FACIO, *El protocolo facultativo de la Convención para la eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer: análisis de los casos ante el Comité*, ob. cit.

31 El Comité CEDAW analiza los informes periódicos de los Estados y emite Recomendaciones; emite Recomendaciones generales que interpretan y aclaraban el contenido de la Convención; y, recibe “Comunicaciones”

de una persona o grupos de personas por el incumplimiento de la Convención del que el Estado Parte es responsable (*Ibid.*).

32 COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, Comunicación N.º 22/2009, 17 de octubre del 2011. Recuperado de <<https://bit.ly/3ojy3mx>>.

33 COOK, Rebecca, “Prefacio”, en *Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales*

El Comité examinó la comunicación presentada por T. P. F. (representada por el Centro de Derechos Reproductivos y el Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos), en nombre de su hija L. C., de conformidad con el artículo 7, párr. 1, del Protocolo Facultativo.

El Comité recuerda que L. C. quedó embarazada a los 13 años de edad de resultas de repetidos abusos sexuales y que más tarde trató de suicidarse en el Estado parte, donde la ley no autoriza el aborto por causa de violación o abuso sexual». Analiza «si la negativa del hospital a realizar el aborto terapéutico a L. C. previsto en el artículo 119 del Código Penal y la programación tardía de su operación de columna dieron lugar a una violación de sus derechos a tenor de la Convención.<sup>34</sup>

Luego de examinar los hechos, el Comité CEDAW considera que, debido a su condición de mujer embarazada, L. C. no tuvo acceso a un procedimiento eficaz y accesible que le permitiese establecer su derecho a los servicios de atención médica que su estado de salud física y mental requería.

Estos servicios comprendían tanto la operación de columna como el aborto terapéutico. Ello resulta tanto más grave

---

*y Reproductivos. L. C. vs. Perú. Memoria del litigio la disputa jurídica por el derecho al acceso al aborto legal de las niñas víctimas de violación sexual*, Lima: Promsex, 2018, p. 10.

34 COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, *L. C. vs. Perú. Aborto en casos de violencia sexual*, 17 de octubre del 2011, párr. 8.7

si se tiene en cuenta que se trataba de una menor, víctima de abusos sexuales. El intento de suicidio demuestra el grado de sufrimiento mental por el que pasó como consecuencia de los abusos. Por lo tanto, el Comité considera que los hechos descritos configuran una violación de los derechos que asisten a L. C. en virtud del artículo 12 de la Convención<sup>35</sup>. Considera también que los hechos ponen de manifiesto una violación del artículo 5 de la Convención, ya que la decisión de aplazar la intervención quirúrgica debido al embarazo estuvo influenciada por el estereotipo de que la protección del feto debe prevalecer sobre la salud de la madre.<sup>36</sup>

En su fallo, el Comité determinó que el Estado peruano no cumplió sus obligaciones convencionales. En consecuencia, violó los derechos de L. C. establecidos en los artículos 2 c) y f), 3, 5 y 12, junto con el artículo 1, de la Convención CEDAW, por lo que ordenó medidas de reparación individuales en relación con L.C. Estas son indemnizarla adecuadamente y brindarle medidas de rehabilitación integrales acorde a la gravedad de la violación de sus derechos y de su estado de salud, a

---

35 CEDAW:

Artículo 12.-

1. Los Estados Parte adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.

36 COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, *L. C. vs. Perú. Aborto en casos de violencia sexual*, 17 de octubre del 2011, párr. 8.15.



fin de que goce de la mejor calidad de vida posible.

## 2. Violencia institucional en contextos de violencia de género contra las mujeres en la jurisprudencia de la Corte IDH

La Corte Interamericana es un órgano perteneciente al Sistema Regional de protección de los derechos humanos, fue creado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)<sup>37</sup>. Es una institución jurisdiccional autónoma cuyo objetivo es aplicar e interpretar la Convención Americana. La Corte Interamericana —integrada por 7 magistrados/as—, ejerce dos funciones esenciales: (i) una función contenciosa, dentro de la que se encuentra la resolución de casos contenciosos y el mecanismo de supervisión de sentencias, y (ii) una función consultiva<sup>38</sup>.

En el marco de su función contenciosa, la Corte Interamericana de Derechos Humanos desarrolló estándares sumamente importantes —sobre la base

de la Convención Belém do Pará y la Recomendación General n.º 19 emitida por el Comité CEDAW— en materia de violencia por razón de género contra las mujeres, a partir del año 2006.<sup>39 40 41</sup>.

Los principales pronunciamientos emitidos por la Corte IDH sobre la materia son, entre otros, el caso del Penal Miguel Castro Castro vs Perú (2006); Corte IDH, caso Campo Algodonero vs. México (2009); Corte IDH, caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala (2009); Corte IDH, caso Fernández Ortega y otros vs. México (2010); Corte IDH, caso Rosendo Cantú y otra vs. México (2010); Corte IDH, Gelman vs. Uruguay (2011); Atala Riffo e hijas

37 La Convención Americana fue adoptada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José, Costa Rica, y entró en vigencia el 18 de julio de 1978.

38 Entre los Tribunales pertenecientes al Sistema Regional de Derechos Humanos se encuentran, además de la Corte IDH, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. (OEA, Corte IDH, 2020, p. 9)

39 WENCES Y LA BARBERA, “La discriminación de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos”, art. cit.

40 CLÉRICO, Laura y Celeste NOVELLI, “La violencia contra las mujeres en las producciones de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Estudios Constitucionales*, vol. 12, Santiago de Chile: 2014.

41 En el Sistema Europeo de Derechos Humanos, el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica de 2011 (Convenio de Estambul), en su artículo quinto, sobre las obligaciones del Estado y diligencia debida, prevé lo siguiente: Artículo 5.-

1. Las Partes se abstendrán de cometer cualquier acto de violencia contra las mujeres y se asegurarán de que las autoridades, los funcionarios, los agentes y las instituciones estatales, así como los demás actores que actúan en nombre del Estado se comporten de acuerdo con esta obligación.

Recuperado de <<https://bit.ly/3iHnBVf>>.

vs. Chile (2012); Corte IDH, caso de la Masacre de Río Negro vs. Guatemala (2012); Corte IDH, Fornerón e Hija vs. Argentina (2012); Corte IDH, caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) vs. Costa Rica; Corte IDH, caso J. vs. Perú (2013); Corte IDH, caso Espinoza González vs. Perú (2014); V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua (2018); Víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México (2018); Corte IDH, Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador (2020).

De estos pronunciamientos se desprenden dos cuestiones esenciales.

En primer lugar, las principales líneas jurisprudenciales relevantes en relación con el análisis y resolución de los casos de violencia por razón de género contra las mujeres.

En segundo lugar, estos pronunciamientos documentan —ya sea implícita o explícitamente— casos de “violencia institucional” en contextos de violencia por razón de género contra las mujeres.

En relación con las líneas jurisprudenciales, la primera es el deber de debida diligencia reforzada en la prevención, investigación y sanción de los casos de violencia por razón de género contra las mujeres.

En ese sentido, el estándar de debida diligencia exige que se asegure la aplicación efectiva del marco legal vigente y de políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de manera eficaz ante las denuncias de violencia contra las mujeres y en sintonía con los criterios

establecidos en el marco normativo de los derechos humanos<sup>42</sup>.

La segunda, es la identificación de estereotipos de género, los cuales impiden el acceso a la justicia de las mujeres. El caso González y otras “Campo Algodonero” vs. México, es el primero en que la Corte IDH reconoce de forma explícita que el uso de estereotipos puede discriminar y justificar la violencia. En el caso Veliz Franco, la Corte IDH estima que, «los estereotipos de género tuvieron una influencia negativa en la investigación del caso, en la medida en que trasladaron la culpa de lo acontecido a la víctima y a sus familiares, cerrando otras líneas posibles de investigación sobre las circunstancias del caso e identificación de los autores». Reitera que, la creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer<sup>43</sup>.

La tercera línea jurisprudencial es el enfoque de interseccionalidad respecto de los grupos históricamente en situación de discriminación quienes son depositarios de una multiplicidad de afectaciones que deben tenerse en cuenta al momento de resolver los casos de violencia contra las mujeres. En efecto, el enfoque de interseccionalidad se

42 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso González y otras “Campo Algodonero” vs. México*, 16 de noviembre del 2009, párr. 258.

43 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*, 19 de mayo del 2004, párr. 213.

centra en la confluencia del género con otros factores de discriminación. Los distintos posicionamientos sociales de las mujeres hacen que la forma de experimentar la discriminación de género sea profundamente diferente<sup>44</sup>. Es en el caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador* (2015) en el que, por primera vez, la Corte IDH incorpora de forma explícita el enfoque de la interseccionalidad.

En segundo lugar, los precitados pronunciamientos de la Corte IDH, documentan —ya sea implícita o explícitamente— casos concretos de “violencia institucional” en contextos de violencia por razón de género contra las mujeres, en sus dos dimensiones. Ahora bien, solo muy recientemente, a partir de 2018, el Tribunal Interamericano reconoce de forma explícita esta manifestación de la violencia. Son, fundamentalmente, tres los casos —Corte IDH, *V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua*, 2018; Corte IDH, *Víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México*, 2018; y, Corte IDH, *Guzmán Albarracín y otros vs Ecuador*, 2020— en los que la “violencia institucional” es reconocida explícitamente por la Corte IDH. En ellos, estima que esta manifestación de violencia afecta de modo agravado a las mujeres.

En el caso *V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua* (2018), la Corte IDH, sostiene que los actos revictimizantes llevados

a cabo por funcionarios del Estado en el marco de un proceso judicial por violencia de género constituyen “violencia institucional”. En este caso, el Tribunal interamericano estima:

Que la niña V.R.P. sufrió una doble violencia: por un lado, la violencia sexual por parte de un agente no estatal (su padre); y, por el otro, **la violencia institucional** durante el procedimiento judicial, en particular, a raíz del examen médico forense y la reconstrucción de los hechos. La niña y su familia acudieron al sistema judicial en busca de protección y para obtener la restitución de sus derechos vulnerados. Sin embargo, el Estado no solo no cumplió con la debida diligencia reforzada y protección especial requerida en el proceso judicial donde se investigaba una situación de violencia sexual, sino que respondió con una nueva forma de violencia. En este sentido, además de la vulneración del derecho de acceso a la justicia sin discriminación, la Corte considera que el Estado ejerció violencia institucional, causándole una mayor afectación y multiplicando la vivencia traumática sufrida.<sup>45</sup>

Bajo esta premisa, la Corte IDH determinó que los actos revictimizantes llevados a cabo por funcionarios estatales en perjuicio de V.R.P.

Constituyeron *violencia institucional* y deben calificarse, teniendo en cuenta la entidad del sufrimiento provocado, como un trato cruel, inhumano y degradante en los términos del artículo 5.2 de la Convención

44 WENCES y LA BARBERA, “La discriminación de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos”, art. cit

45 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua*, 8 de marzo del 2018, párr. 298. Recuperado de <<https://bit.ly/2YrV7bt>>.

Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma.<sup>46</sup>

El otro caso en el que la Corte IDH hace referencia explícita a la “violencia institucional” es el caso Víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México (2018). En este caso, los hechos se relacionan con los operativos realizados por la policía municipal de Texcoco y San Salvador de Atenco, la policía del estado de México y la Policía Federal Preventiva en los municipios de San Salvador de Atenco y en la carretera Texcoco Lechería para reprimir las manifestaciones que se llevaban a cabo los días 3 y 4 de mayo de 2006. En el curso de los operativos fueron detenidas las once mujeres, quienes durante su detención y mientras eran trasladadas e ingresadas al Centro de Readaptación Social “Santiaguito” fueron sometidas a múltiples formas de violencia, incluida la violación sexual en el caso de siete de ellas.

En ese contexto, varias de las víctimas sufrieron un trato denigrante por parte de los primeros médicos en atenderlas al llegar al CEPRESO, quienes se negaron a revisarlas, a practicar exámenes ginecológicos, así como a reportar o registrar la violación sexual. Se iniciaron diversos procesos penales para investigar los hechos denunciados por las mujeres víctimas del caso, ninguno de los cuales ha concluido, a

excepción de un procedimiento penal que finalizó con una absolución. En este caso, la Corte IDH concluyó que las detenciones iniciales de las once mujeres fueron ilegales y arbitrarias, y que la medida de prisión preventiva impuesta a las víctimas resultó arbitraria en tanto no respondió a una finalidad legítima (CorteIDH-CP-58/18).

Sobre las investigaciones judiciales relacionadas con los hechos de tortura, violencia y violación sexual denunciados por las víctimas en el sistema judicial de México, la Corte estableció que las investigaciones realizadas por el Estado no fueron llevadas a cabo con la debida diligencia y perspectiva de género requeridas.

En consecuencia, el Tribunal Interamericano considera que, dentro de un plazo razonable, el Estado debe determinar, por intermedio de las instituciones públicas competentes, las eventuales responsabilidades de los funcionarios que contribuyeron con su actuación a la comisión de actos de revictimización y *violencia institucional* en perjuicio de las once mujeres y, en la medida que corresponda, aplicar las consecuencias previstas en el ordenamiento jurídico interno, penales o no penales.

De acuerdo con su jurisprudencia constante, la Corte estima que el Estado debe asegurar el pleno acceso y capacidad de actuar de las víctimas o sus familiares en todas las etapas de la investigación y el juzgamiento de los responsables, de acuerdo con la ley

46 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua*, 8 de marzo del 2018, párr. 298. Recuperado de <<https://bit.ly/2YrV7bt>>.

interna y las normas de la Convención Americana.<sup>47</sup>

### 3. Positivación de la violencia institucional en contextos de violencia por razón de género contra las mujeres en Argentina y México

América Latina no solo es la región más desigual del mundo, sino también la región más peligrosa del mundo para las mujeres. En esta región —en la que se sitúa el Perú—, el desempleo es un problema que afecta sobre todo a las mujeres<sup>48</sup>. No obstante, los países de América Latina han progresado de manera significativa en el diseño de políticas públicas de igualdad y en la promulgación de leyes para hacer frente a la violencia por razón de género contra las mujeres<sup>49</sup>.

En efecto, de acuerdo con la información proporcionada por el Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe de la CEPAL, todos los países de la región cuentan con leyes contra la violencia y 18 países han tipi-

ficado el feminicidio. Sin embargo, no todos estos países contemplan, en sus respectivas legislaciones, la “violencia institucional” como una manifestación concreta de la violencia por razón de género contra las mujeres. Solo Argentina y México positivizaron en sus respectivas leyes integrales de violencia.

Desde esta óptica, el Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI) reconoce el impacto de las leyes integrales de violencia contra las mujeres en la regulación de diversas modalidades de violencia. Sin embargo, considera que “no todas las leyes integrales de violencia adoptan acciones concretas tales como establecer tipos penales sobre violencia institucional, o señalar agravantes cuando estos son cometidos por funcionarios/as o empleados/as públicos; o, en establecimientos estatales”. Recomienda, en consecuencia, que los Estados se aseguren de tomar medidas que permitan la prevención y sanción de la “violencia institucional”.<sup>50</sup>

La Ley argentina sobre la prevención, sanción y erradicación de la violencia contra las mujeres, Ley N.º 26485, promulgada en abril de 2009, aspira a eliminar la discriminación entre

47 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México*, 28 de noviembre del 2018, párr. 339.

48 COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE, *Segundo informe anual sobre el progreso y los desafíos regionales de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible en América Latina y el Caribe*, Santiago de Chile: 2018, p. 66.

49 COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE, *La autonomía de las mujeres en escenarios económicos cambiantes*, Santiago de Chile: 2019, p. 11.

50 MECANISMO DE SEGUIMIENTO DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA CONVENCION INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER (MESECVI), *Segundo Informe Hemisférico sobre la Implementación de la Convención de Belém do Pará*, Washington: Mesecevi, 2012, p. 38.

mujeres y varones en todos los órdenes de la vida, afirmando en particular el derecho de las mujeres a una vida sin violencia (artículo 2). Con ese objetivo, regula diferentes modalidades de violencia contra las mujeres.

En su artículo sexto establece que, se entiende por modalidades las formas en que se manifiestan los distintos tipos de violencia contra las mujeres en los diferentes ámbitos, quedando especialmente comprendidos los siguientes:

Artículo 6.-

b) *Violencia institucional contra las mujeres*: aquella realizada por las/los funcionarias/os, profesionales, personal y agentes pertenecientes a cualquier órgano, ente o institución pública, que tenga como fin retardar, obstaculizar o impedir que las mujeres tengan acceso a las políticas públicas y ejerzan los derechos previstos en esta ley.

A la luz de este marco normativo —y de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer—, el Tribunal de casación penal de la Provincia de Buenos Aires, en un fallo pronunciado en 2020 en la Causa N.º 95425, con cierto tono de reproche sostiene que «la violencia ejercida contra las mujeres es el símbolo más brutal de la desigualdad por razón de género y una grave vulneración de sus derechos». Bajo esta premisa, estima que un mal funcionamiento en el sistema de justicia como forma de *violencia institucional* hace referencia a la mala o inadecuada

atención que recibe la víctima una vez que entra en contacto con ese sistema de justicia, precisa que:

[La] revictimización es consecuencia de las malas o inadecuadas prácticas que provienen de las instituciones y es un resultado directo, aunque no exclusivo, de la *violencia institucional* que incluye acciones u omisiones del estado de las que este es directamente responsable. Algunas de las causas que llevan a la revictimización son las referidas a los estereotipos de género y el cuestionamiento a la víctima en lo que hace a la repetición del relato y/o la minimización de los hechos conllevando a la descalificación, al descrédito y la falta de empatía respecto de las mujeres como integrantes de colectivos vulnerables.<sup>51</sup>

La Ley mexicana sobre acceso de las mujeres a una vida libre de violencia (LGAMVLV), publicada en 2011, regula taxativamente esta modalidad de violencia en su capítulo IV. Señala que la violencia contra las mujeres puede suceder en la familia, la escuela, el trabajo, la comunidad, las instituciones [...]. Esta ley define la violencia institucional del siguiente modo:

Artículo 18.- Son los actos u omisiones de las y los servidores públicos de cualquier orden de gobierno que discriminen o tengan como fin dilatar, obstaculizar o impedir el goce y ejercicio de los derechos humanos de las mujeres, así como su acceso al disfrute de políticas públicas destinadas a prevenir, atender, investigar, sancionar y erradicar los diferentes tipos de violencia.

51 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL, *Causa N.º 95425*, La Plata: 2020. Recuperado de <<https://bit.ly/3Dks1t9>>.

Esta ley establece obligaciones destinadas a enfrentar la violencia institucional en contextos de violencia por razón de género contra las mujeres<sup>52</sup> y precisa que:

Artículo 19.- Los tres órdenes de gobierno, a través de los cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, tienen la obligación de organizar el aparato gubernamental de manera tal que sean capaces de asegurar, en el ejercicio de sus funciones, el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia.

Artículo 20.- Para cumplir con su obligación de garantizar el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, los tres órdenes de gobierno deben prevenir, atender, investigar, sancionar y reparar el daño que les inflige.

Por su parte, la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México, precisa que se produce violencia institucional cuando una mujer presenta una denuncia por ser víctima de algún tipo de violencia [...] y las instituciones no le proporcionan un trato digno de calidad y calidez, e incluso cuando las autoridades toleran la vulneración de derechos [...].

52 La Comisión Interamericana pone de relieve que el Estado de México reconoció “la violencia institucional, la indiferencia y discriminación que padecen las mujeres indígenas frente al personal de salud institucionalizado e instancias de impartición de justicia, poco capacitados e insensibles a las condiciones de pobreza y a la diversidad cultural”. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe sobre Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las américas*, 2007, párr. 202.

Como se advierte, Argentina y México presentan avances importantes en el ámbito normativo en relación con el reconocimiento, regulación y abordaje de la “violencia institucional” en contextos de violencia por razón de género contra las mujeres.

No obstante, Colombia es otro de los países de la Región en el que también se encuentran avances significativos sobre la materia. En este caso, no por obra del legislador/a sino, fundamentalmente, por obra de la Corte Constitucional.

La Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia N.º T-735-2017, al examinar el caso de una mujer que durante cinco años solicitó a la comisaría de Familia que impusiera una medida de protección contra su expareja —por violencia psicológica mediante mensajes de texto, correos electrónicos y publicaciones en Twitter, a través de las cuales la humillaba— concluye que:

Las diversas irregularidades en el trámite [...], permiten establecer que la Comisaría 1 de Familia de Bogotá cometió actos de *violencia institucional* en contra de la accionante. Esto, por cuanto sus distintas actuaciones le causaron daño emocional, reflejado por la ausencia de una respuesta eficiente de parte de las entidades encargadas de su defensa [...], impidiendo el acceso a la justicia y a la sanción por el daño causado, debido a prejuicios personales que permearon todo el proceso de protección<sup>53</sup>.

53 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Sentencia N.º T-735/17*, Bogotá: 15 de diciembre del 2017, f. j. 5.7.1.

Asimismo, la Corte Constitucional consideró que, a las irregularidades cometidas por la comisaria en el proceso, se suma:

La ausencia del representante del Ministerio Público en varias de las audiencias citadas, así como la falta de adopción de medidas disciplinarias por la Secretaría de Integración Social [...] esas actuaciones refuerzan el ambiente de indiferencia que deben enfrentar las mujeres denunciantes de hechos de violencia cuando acuden a la institucionalidad dispuesta para su protección y que se refleja en respuestas ineficientes ante sus reclamos. Como se mencionó, no se trata de casos aislados de maltrato, sino de prácticas institucionales de conformidad con las cuales [...] se omite la obligación de informar a la mujer sobre las rutas de atención, se adoptan enfoques familistas y no de género en detrimento de los derechos de las mujeres, no se adoptan medidas de protección idóneas y oportunas, no asisten los funcionarios del Ministerio Público y no se hace seguimiento de las decisiones adoptadas por las comisarías<sup>54</sup>.

Este criterio es reiterado y profundizado por la Corte Constitucional en la sentencia T-462-2018 en la que afirma, entre otros aspectos importantes, que la existencia de patrones y estereotipos discriminatorios por parte de los funcionarios públicos evidencia *la violencia institucional* que algunas autoridades ejercen en contra de mujeres víctimas de violencia denunciadas. En efecto, a criterio de la Corte:

El defecto fáctico configurado en las decisiones proferidas por la Comisaría Segunda de Familia de Chapinero y el Juzgado Veintiséis de Familia de Bogotá, sumadas a las afirmaciones realizadas al momento de decidir la medida de protección, permiten establecer que ambos cometieron actos de violencia institucional en contra de la accionante. Esto, por cuanto sus distintas actuaciones le causaron daño emocional, reflejado por la ausencia de una respuesta eficiente de parte de las entidades encargadas de su defensa [...], impidiendo el acceso a la justicia y a la sanción por el daño causado, debido a prejuicios personales que permearon todo el proceso de protección<sup>55</sup>.

#### IV. Dos casos emblemáticos de violencia institucional en Juliaca. Creedme: de M.M. a E.M.C.

M.M. era una mujer campesina de 22 años, huérfana, hija mayor cabeza de familia y a cargo de la crianza de sus hermanos menores, a quienes sostenía a través de un pequeño negocio informal de venta ambulante. El 25 de enero de 1996 M.M. se dirigió al hospital público de Juliaca, el médico que le atendió ordenó la toma de una radiografía craneana. Al recoger la placa del servicio de radiografía, el médico le sugirió que salieran del hospital para poder atenderla en su consultorio particular. M.M. le indicó que no tenía los medios económicos para costear una visita particular. El médico le indicó que en su consultorio contaba con los equipos necesarios para curarla y que no le cobraría cargos

54 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Sentencia N.º T-735/17*, Bogotá: 15 de diciembre del 2017, f. j. 5.7.1.

55 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Sentencia N.º T-462-2018*, Bogotá: 3 de diciembre del 2018, f. j. 12.3.1.



extra. Ante esta insistencia, accedió a ir al consultorio, en el que fue víctima de violación sexual<sup>56</sup>.

M.M. interpuso una denuncia penal en enero de 1996. En julio de 1996, la fiscal provincial solicitó el archivo del proceso por considerar, entre otros puntos, que no se habían encontrado signos de violación y que “*la agraviada no [había] probado suficientemente que [tuviera] una conducta intachable*”. El juez especializado penal dictó Resolución N.º 56-96 anulando el dictamen fiscal, y el 21 de octubre de 1996 la fiscal provincial dictó auto formulando la acusación por el delito de violación sexual y solicitando la pena privativa de la libertad por 4 años y reparación civil de inhabilitación del médico<sup>57</sup>.

El 10 de julio de 1997, el segundo juzgado especializado en lo penal dictó sentencia absolutoria a favor del médico Gerardo Salmón Horna. Seguidamente el 15 de septiembre de 1997 el fiscal superior de Puno apeló la decisión solicitando que se declarara la nulidad de todo lo actuado por irregularidades procesales, lo cual fue denegado por sentencia confirmatoria de fecha 29 de

octubre de 1997 que ratificó la absolución del denunciado.<sup>58</sup>

Con fecha 23 de abril de 1998, el Comité Latinoamericano y del Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM) y otras, presentaron una petición en contra del Estado de Perú ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Alegaron la responsabilidad internacional del Estado por violación de los artículos 1.1, 5, 8.1, 11 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Asimismo, violaciones a los artículos 3, 4, 7, 8 y 9 de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, y a los artículos 1 y 12.1 de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), en perjuicio de M.M.

Ello, por el presunto abuso sexual cometido en contra de M.M. por parte de un médico del hospital público Carlos Monge Medrano de Juliaca, y por falencias en las cuales incurrió el Estado peruano en la investigación y la falta de sanción de los responsables<sup>59</sup>.

56 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe 69/14. Caso 12.041. Informe de solución amistosa M.M. vs. Perú*, 25 de julio del 2014, párr. 16. Recuperado de <<https://bit.ly/3mBTO1k>>.

57 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe 69/14. Caso 12.041. Informe de solución amistosa M.M. vs. Perú*, 25 de julio del 2014, párr. 23. Recuperado de <<https://bit.ly/3mBTO1k>>.

58 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe 69/14. Caso 12.041. Informe de solución amistosa M.M. vs. Perú*, 25 de julio del 2014, párr. 24. Recuperado de <<https://bit.ly/3mBTO1k>>.

59 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe 69/14. Caso 12.041. Informe de solución amistosa M.M. vs. Perú*, 25 de julio del 2014, párr. 1. Recuperado de <<https://bit.ly/3mBTO1k>>.

El 6 de marzo del 2000, las partes suscribieron un acuerdo de solución amistosa, sobre la base del reconocimiento de la responsabilidad del Estado por los actos violatorios de los derechos de M.M., ocurridos como consecuencia de los actos perpetrados por el médico Gerardo Salmón Horna, cuando se encontraba adscrito al servicio de salud pública. Tres son los compromisos asumidos por el Estado peruano —en los distintos acuerdos de entendimiento— que me gustaría destacar. Primero, el compromiso de *prevenir la producción de casos similares*. Segundo, el compromiso asumido por el Estado de *no tolerar los actos de violencia contra las mujeres* que pudieran cometer sus funcionarios, servidores o terceros, sancionándolos conforme a ley. Tercero, el compromiso asumido por el Estado peruano de incorporar en la malla curricular de la Academia de la Magistratura, la formación en género en los programas de la línea de formación fundamental y/o línea de formación especializada para jueces y fiscales<sup>60</sup>.

Como se advierte del Informe de la Comisión Interamericana, gracias a la

---

60 De acuerdo con la Comisión Interamericana, el Estado informó que el Consejo Directivo de la Academia de la Magistratura con fecha 31 de marzo de 2014 emitió la Resolución Administrativa n.º 03-201-AMAG-CD aprobando el nuevo Reglamento del Régimen de estudios que incluye en la línea de formación los cursos, talleres y seminarios sobre género y justicia COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe 69/14. Caso 12.041. Informe de solución amistosa M.M. vs. Perú*, 25 de julio del 2014, párr. 23. Recuperado de <<https://bit.ly/3mBTO1k>>.

valentía de M.M., una joven mujer que se atrevió a denunciar actos de violación de sus derechos humanos ocurridos en Juliaca —y, que no se rindió ante la ineficaz respuesta del sistema judicial—, el Estado peruano asumió, entre otros, dos compromisos internacionales claros y expresos en relación con los derechos humanos de las mujeres: (i) prevenir actos de violencia contra las mujeres por parte de sus funcionarios o servidores públicos —es decir, prevenir actos de violencia institucional—; y, (ii) en caso de producirse dichos actos, no tolerarlos, sancionándolos conforme a Ley.

Exactamente dos décadas después de suscrito el precitado acuerdo, el Estado peruano aún no ha conseguido cumplir con el primero de los compromisos asumidos: el de prevenir que sus funcionarios y servidores públicos cometan actos de violencia contra las mujeres —en otras palabras, prevenir violencia institucional en contextos de violencia por razón de género contra las mujeres—. Los actos cometidos contra la ciudadana E.M.C., una mujer víctima de violencia por razón de género que, con su bebe en brazos, fue enmarrocaada por aproximadamente 48 horas en una silla, en las instalaciones del terminal terrestre de Juliaca (fuera de la Comisaría) por el personal de la Policía Nacional del Perú adscrito a la Comisaría Sectorial de Juliaca<sup>61</sup>, dan buena cuenta del

---

61 Este caso fue conocido a través de distintos medios de comunicación de alcance local y nacional, entre otros, Radio Programas del Perú y el Diario *El Comercio*.

incumplimiento de ese compromiso y del trato inhumano y degradante que recibió esta ciudadana.

E.M. C. es una mujer víctima de violencia por razón de género que fue detenida precisamente en ese contexto, retornaba a su casa cuando fue abordada por su expareja quien, desobedeciendo las medidas de protección, volvió a buscarla, agredirla y golpearla<sup>62</sup>.

E.M.C., es una mujer en situación de pobreza, percibe un ingreso diario de 39 soles por la labor que realiza en el Programa Trabaja Perú, al que acude diariamente con su bebé en brazos.

E.M.C., es una mujer indígena, el nivel de educación con el que cuenta es quinto año de primaria.

E.M.C. tiene a su cargo la crianza de sus hijos e hijas, según relata, nadie más se responsabiliza de las tareas de cuidados ni de la mantención de sus hijos/as. No tiene familiares en Juliaca.

En suma, E.M.C. es una mujer víctima de violencia por razón de género sobre cuya vida confluyen varios ejes de discriminación —que, la instalan en una situación de especial vulnerabilidad—. En consecuencia, el Estado, en el marco de sus obligaciones nacionales e internacionales tiene el deber de ofrecerle una protección reforzada de sus derechos.

62 De acuerdo con Fernández, C., colaborador de *El Comercio*, la ciudadana E.M.C. tendría 5 medidas de protección dictadas a su favor por el Poder Judicial. *EL COMERCIO*, 22 de noviembre del 2020.

Como reiteradamente sostiene la Corte IDH, en estos casos, el Estado tiene el deber de actuar con *debida diligencia reforzada* en la prevención, sanción y erradicación de la violencia contra las mujeres.

E.M.C. es una ciudadana que confía en el Estado, de hecho, acudió varias veces al sistema judicial denunciando actos de violencia por parte de su expareja. Tiene concedidas varias medidas de protección, y el día 16 de noviembre —sí, en el marco de la conmemoración del Día Internacional de la Eliminación de la violencia contra las mujeres— E.M.C. volvió a ser agredida: ¿cuál fue la respuesta que ofreció el Estado a través de sus funcionarios encargados de proteger los derechos humanos de las mujeres víctimas de violencia por razón de género? La respuesta fue enmarrocarla por aproximadamente 48 horas con su bebé en brazos en los exteriores de las instalaciones de la Comisaría.

De acuerdo con los pronunciamientos de la Corte IDH y el *corpus iuris* de los derechos humanos de las mujeres, la respuesta ofrecida por los funcionarios del Estado —Policía Nacional adscrito a la Comisaría sectorial de Juliaca—, sin duda, constituye *violencia institucional*. La ciudadana E.M.C. que denunció violencia por razón de género por parte de su expareja, fue revictimizada por el Estado peruano, no solo porque este no cumplió con su deber reforzado de garantizarle recursos judiciales adecuados, oportunos e idóneos para hacer frente

a la violencia de la que es víctima esta ciudadana, sino también porque los actos inhumanos y degradantes desplegados por sus funcionarios en el marco del trámite de la denuncia, le causaron dolor, angustia y llanto.

En definitiva, el Estado incumplió con su deber de debida diligencia *reforzada* en la prevención de actos de violencia contra las mujeres por parte de sus funcionarios —es decir, incumplió su deber de prevenir la violencia institucional en contextos de violencia por razón de género contra las mujeres—. No obstante, está en posibilidades de cumplir el segundo de los compromisos que asumió: no tolerar los casos de violencia institucional, sancionándolos conforme a Ley. Desde esta óptica, el Estado, a través de sus instituciones correspondientes, debe responder, entre otras, las siguientes preguntas:

¿La Policía Nacional cumplió oportunamente con el deber de comunicar los hechos denunciados al Ministerio Público, conforme lo dispone el TUO de la Ley N.º 30364?

¿La Policía Nacional cumplió oportunamente con el deber de comunicar los hechos denunciados al Centro de Emergencia Mujer del MIP Ministerio Público, conforme lo dispone el TUO de la Ley N.º 30364?

¿La Policía Nacional cumplió oportunamente con el deber de comunicar los hechos denunciados a la Dirección Regional de Defensa Pública correspondiente del Ministerio de Justicia y De-

rechos Humanos, conforme lo dispone el TUO de la Ley N.º 30364?

¿Se activó el Protocolo de Acción Conjunta dispuesto por el TUO de la Ley N.º 30364?

Si las respuestas son positivas, es decir, si la Policía cumplió con su deber de comunicar conforme lo prescribe la Ley N.º 30364 y el Decreto Legislativo N.º 1470 ¿Por qué el Ministerio Público, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y el Ministerio de la Mujer no se apersonaron oportunamente y evitaron que la ciudadana E.M.C., permaneciera enmarrocada 48 horas? ¿por qué no evitaron el trato inhumano y degradante que recibió la ciudadana E.M.C.?

## V. A modo de conclusiones:

La violencia por razón de género contra las mujeres es un problema estructural (una pandemia en la sombra) que constituye una violación de los derechos humanos. Presenta múltiples manifestaciones y puede ser ejercida en el espacio público y en el espacio privado, tanto por particulares como por agentes del Estado. Una de las manifestaciones agravadas es la violencia institucional.

La violencia institucional en contextos de violencia por razón de género contra las mujeres no se encuentra taxativamente definida en los principales instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos de las mujeres: la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979) y

la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres (1994). No obstante, puede ser inferida de las disposiciones previstas en el precitado cuerpo normativo —fundamentalmente, a partir de las disposiciones normativas relaciones con las obligaciones asumidas por los Estados Parte en la prevención, investigación y sanción de la violencia contra las mujeres—, como lo han hecho el Comité CEDAW, la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos y algunos Estados como Argentina, México y Colombia.

De acuerdo con el *corpus iuris del derecho internacional de los derechos de las mujeres*, la doctrina y la jurisprudencia de la Corte IDH, la violencia institucional presenta dos dimensiones. La primera, consistente en la violencia ejercida por agentes del Estado (por ejemplo, la Policía) a través de actos de violencia por razón de género contra las mujeres. La segunda dimensión, se presenta cuando el Estado y sus agentes no actúan de conformidad con sus obligaciones nacional e internacionalmente en la prevención, investigación y sanción de la violencia por razones de género contra las mujeres, cometidos por agentes estatales o no estatales. Se trata de acciones u omisiones de funcionarios del Estado que dilatan, impiden u obstaculizan el goce y ejercicio de los derechos humanos de las mujeres, lo cual se encuentra estrechamente vinculado con el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia por

razón de género. Ambas dimensiones de violencia institucional constituyen una violación de los derechos humanos, persistente en un número importante de países de la Región de América Latina, también en el Perú.

La respuesta ofrecida por el Estado frente a la violencia por razón de género contra las mujeres del que fueron víctimas las ciudadanas M.M. y E.M.C. constituyen dos casos paradigmáticos de violencia institucional. El primero, ocurrido en la ciudad de Juliaca en 1996, fue denunciado ante la Comisión IHD, instancia en la que el Estado peruano reconoció su responsabilidad internacional por la violación a los derechos de la ciudadana M.M. y, además, asumió dos compromisos esenciales: (i) prevenir actos de violencia contra las mujeres por parte de sus funcionarios o agentes estatales —esto es, prevenir actos de violencia institucional—; y, (ii) en caso de producirse dichos actos, no tolerarlos, sancionándolos conforme a Ley.

En el segundo caso, ocurrido también en la ciudad de Juliaca, el Estado incumplió el primero de sus compromisos asumidos ante la Comisión IDH: prevenir que sus funcionarios cometan actos de violencia contra las mujeres. E.M.C., una mujer víctima de violencia por razón de género, fue tratada de forma inhumana y degradante por los agentes del Estado (Policías) quienes la expusieron al público, enmarcada con su bebé en brazos en las instalaciones del terminal terrestre, por aproximadamen-

te 48 horas. Producidos estos hechos, está a tiempo de cumplir su segundo compromiso: no tolerar los actos de violencia institucional, sancionándolos conforme a ley.

## VI. Bibliografía:

- BODELÓN, Encarna, “Violencia institucional y violencia de género”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 48, Madrid: 2014, pp. 31-155.
- BERNAL, A., “La violencia institucional, la gran impune en la violencia de género”, en *Público*, 5 de agosto del 2018, p. 2.
- CLÉRICO, Laura y Celeste NOVELLI, “La violencia contra las mujeres en las producciones de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Estudios Constitucionales*, vol. 12, Santiago de Chile: 2014, pp. 15-70.
- COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE, *Segundo informe anual sobre el progreso y los desafíos regionales de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible en América Latina y el Caribe*, Santiago de Chile: 2018.
- COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE, *La autonomía de las mujeres en escenarios económicos cambiantes*, Santiago de Chile: 2019.
- COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS MUJERES, *Recomendación general N.º 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer*, 2017.
- COOK, Rebecca, “Prefacio”, en *Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos. L. C. vs. Perú. Memoria del litigio la disputa jurídica por el derecho al acceso al aborto legal de las niñas víctimas de violación sexual*, Lima: Promsex, 2018.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Violencia sexual en el Perú: Un estudio de casos judiciales. Informe de adjuntía N.º 004-2011-DP/ADM*, Lima Defensoría del Pueblo, 2011.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Violencia contra las mujeres: perspectivas de las víctimas obstáculos e índices cuantitativos. Informe de adjuntía N.º 002-2018-DP/ADM*, Lima: Defensoría del Pueblo, 2018.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Supervisión de fiscalías provinciales especializadas en violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar. Informe de adjuntía N.º 012-2019-DP/ADM*, Lima: Defensoría del Pueblo, 2019.
- FACIO, Alda, *El protocolo facultativo de la Convención para la eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer: análisis de los casos ante el Comité*, San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), 2010.
- FERNÁNDEZ, Carlos (22 de noviembre de 2020). Puno: la insensibilidad de algunas autoridades contra la violencia familiar y hacia la mujer, *El Comercio*. Disponible en: <https://bit.ly/3qzPuRE>
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA, Encuesta Nacional sobre relaciones sociales, 2019. Recuperado de <<https://bit.ly/39jUdAG>>.
- NACIONES UNIDAS, *Poner fin a la violencia. De las palabras a los hechos. Estudio del Secretario General de Naciones Unidas*, 2006. Recuperado de <<https://bit.ly/2Jq2VIO>>.
- SORDO RUZ, Tania, “Violencia institucional por razón de género contra las mujeres: casos paradigmáticos en el Estado mexicano”, en *Miscelánea Comillas*, n.º 149, Ciudad de México: 2018, pp. 421-440.
- WENCES, Isabel y María Caterina LA BARBERA, “La discriminación de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos”, en *Andamios*, vol. 17, n.º 42, Madrid: 2020, pp. 59-87.

# QUO VADIS SENTIMIENTO CONSTITUCIONAL

Dante Martin Paiva Goyburu\*

**SUMARIO.** I. Dos décadas del inicio del “Gobierno de transición”.— II. Patriotismo, cultura y sentimiento constitucional.— III. La visión del sentimiento constitucional en el Perú bicentenario.— IV. Invocaciones finales.— V. Bibliografía.

## I. Dos décadas del inicio del “Gobierno de transición”:

El año 2000, que marcaba el inicio de un nuevo y esperanzador milenio, fue una época de muchos conflictos, controversial y difícil en el Perú, empezando por sus mismas autoridades centrales. Alberto Fujimori, quien gobernaba desde 1990, proseguía en su afán de contar con un tercer mandato presidencial, aún en contra de la Constitución y de una desaprobación creciente, por mencionar solo algunos vicios (desinformación valiéndose de grandes medios de prensa coludidos por prebendas, amedrentamiento a personajes de la oposición, denuncias por violaciones de los derechos humanos, son otros que merecen una atención aparte).

El protagonismo de la misma ciudadanía, partiendo por los estudiantes universitarios de entonces, quienes marcharon a pesar de la represión, movilizaciones de grupos civiles, colectivos vecinales y de comunidades indígenas que llegaron hasta Lima, así como de un sector de prensa independiente encarnaron la protesta contra un régimen antidemocrático que se aferraba al poder. Estas manifestaciones tuvieron su encuentro cumbre en la “Marcha de los 4 suyos”, los días 26, 27 y 28 de julio del 2000, en el marco de la juramentación de Alberto Fujimori, acto que permitió desnudar que el régimen estaba dispuesto a sacrificar todo con tal de darle continuidad a su presencia en el Ejecutivo y Legislativo, siendo en

\* Doctor en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Secretario de Redacción de la Revista Peruana de Derecho Público. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional – Sección Peruana. Docente universitario en pregrado y posgrado. Investigador CONCYTEC (Grupo Carlos Monge Medrano).

este último caso que el Congreso de la República consiguió una mayoría oficialista, a pesar que fue favorecida con el voto, vía medios ilícitos. ¡La democracia traicionada una vez más!

Los meses siguientes de ese funesto 28 de julio del 2000 mantuvieron la tensión entre la ciudadanía y el gobierno central, el miedo volvía a esparcirse. Y no era para menos, toda vez que el régimen ya había cometido diversos vejámenes, por lo que cometer algunos no iba a ser un problema al parecer, hasta que llegó la noche del 14 de septiembre.

Esa noche el país fue testigo de una prueba del oprobio, al develarse el *modus operandi* del asesor presidencial Vladimiro Montesinos, mano derecha de Alberto Fujimori, a quien se le ve en una grabación sobornando a Alberto Kouri Bumachar, congresista electo en abril de dicho año, a efectos de que se sume a la bancada oficialista. El fenómeno de los “tránsfugas” (Kouri y otros congresistas) alcanzaría un enorme impacto con la difusión del video, demostrando que los intereses por unirse a las filas oficialistas tuvieron un precio en dólares.

Los días siguientes la oposición se fortaleció, y la ciudadanía volvió a organizarse para expresar su repudio y total rechazo al oscuro manejo del país. Los “vladivideos” comenzaron a formar parte de las conversaciones en todos los niveles. Por su parte, los voceros del gobierno reaccionaron de inmediato negando lo evidente, formulando justificaciones inverosímiles, y por el lado

de Alberto Fujimori solo hubo silencio, hasta la noche del 18 de septiembre.

De forma sorpresiva, esa noche, Alberto Fujimori anunció su decisión de desactivar el Servicio de Inteligencia Nacional, así como de convocar a elecciones generales en el plazo inmediato. En 6 minutos de discurso, Fujimori demostró que el supuesto respaldo que tenía del pueblo peruano no era más que una ficción, y que ya no quería seguir sosteniendo una gestión falaz, por más que había apostado todo en ella.

A pesar de este anuncio, los ánimos de rechazo por parte de la población no se redujeron. Por el contrario, la indignación aumentaba cada día, al hacerse público más irregularidades y presuntos delitos por parte de los altos funcionarios cercanos al binomio Fujimori - Montesinos. En el Congreso, el bloque oficialista se resistía a perder su posición, a pesar de que algunos integrantes iban desertando o distanciándose sutilmente, y persistía en continuar como un reducito del fujimorismo.

Para el mes de noviembre del 2000, la Mesa Directiva conformada por el grupo oficialista sucumbía a la censura planteada por la oposición, la cual después de semanas de insistencia logró lo impensado años atrás: cerrar una década de hegemonía fujimorista en el legislativo. Con ese nuevo revés, Alberto Fujimori, desde el exterior, presentó su carta de renuncia al electo presidente del Congreso, Valentín Paniagua.



Un país debilitado institucionalmente, fracturado por diversos conflictos sociales y amplias reformas pendientes de realizar fue la herencia que recibió Valentín Paniagua el 22 de noviembre del 2000, al asumir la presidencia de la República luego de declararse la vacancia de Alberto Fujimori en el cargo.

El Perú cerraba el agitado 2000 con un nuevo presidente, después de una década, quien se comprometió a garantizar elecciones transparentes y entregar el mando en julio del 2001 conforme se había previsto.

Si bien las medidas del gobierno de transición merecen una atención aparte, en sus consecuencias en el plano político, económico, social y jurídico, queremos destacar que a partir del mismo se inició en el Perú una sucesiva consecuencia de presidentes electos conforme a la Constitución; situación que no se veía desde la República Aristocrática, y como tal, consideramos que fue el punto de partida y una nueva oportunidad de plasmar el tan ansiado y necesario sentimiento constitucional, que permitiera asegurar el Estado de Derecho en el país, y sobre la base del mismo se lograra mejorar la institucionalidad.

## II. Patriotismo, cultura y sentimiento constitucional

Bajo el imperio de la ley se estableció una nueva forma de organización política, con el propósito de lograr una sociedad más ordenada y segura. Naturalmente, y como es propio de

todo fenómeno, se atraviesan distintas etapas, sobre todo por la reacción de la masa que, al no entender los cambios, y ante el temor por estos, mira con desconfianza lo nuevo.

Ese paradigma, que no ha estado exento de cuestionamientos y alternativas, predomina aún en el mundo occidental.

De esta forma, el Estado de derecho ha procurado consolidarse como el sistema que rompe con la arbitrariedad del antiguo régimen, y también ha tenido que perfeccionarse para asegurar un propósito mayor, nada sencillo, pero que es indispensable para todo Estado constitucional: La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad. Aspecto sobre el cual la evolución de los derechos humanos, y su incorporación en los distintos sistemas jurídicos del mundo, juega un trascendental papel.

Ahora bien, la garantía sobre los derechos, su fomento y protección implican un esfuerzo constante por parte del gobierno. Esta visión general la concebimos a partir de lo sancionado en la *Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia* (ratificada el 12 de junio de 1776), en la misma que se prescribe lo siguiente:

- III. Que el gobierno es instituido, o debería serlo, para el común provecho, protección y seguridad del pueblo, nación o comunidad: que de todas las formas y modos de gobierno, es el mejor el más capaz de producir el mayor grado de felicidad y seguridad, y el que

está más eficazmente asegurado contra el peligro de un mal Gobierno; y que cuando un Gobierno resulte inadecuado o es contrario a estos principios, una mayoría de la comunidad tiene el derecho indiscutible, inalienable e irrevocable de formarlo, alterarlo o abolirlo de la manera que se juzgue más conveniente al bien público.

Tal como puede apreciarse, el propósito irrenunciable que debe guiar a todo gobierno es la búsqueda del bienestar de su nación, asegurando su pleno desarrollo en libertad y con una adecuada convivencia. Una traición sobre esta meta no hace más que devaluar al gobierno y defraudar la confianza en el sistema democrático.

Aun así, es pertinente considerar que no todos los integrantes de la nación acatan plena y automáticamente las decisiones del gobierno, y tampoco tendrían porque hacerlo tan sencillo: el libre albedrío busca prevalecer frente a todo aquello que considere un obstáculo.

Y es aquí donde urge sustentar el poder. Rompiendo con el paradigma anterior, del uso de la fuerza y el miedo para preservar un gobierno, a partir del temor de los súbditos, los Estados constitucionales tienen la obligación de consolidarse a partir de la creencia y los valores infundidos en la población, mediante la enseñanza y el ejemplo, de que los actos que desarrolla el gobierno son para asegurar el crecimiento y bienestar de la gente. En tal sentido, Maurice DUVERGER sostiene que:

La definición de la legitimidad del poder reposa en un sistema de valores. Los sistemas de valores sirven para justificar las reglas de conducta propuesta como modelos a los miembros de la sociedad. En la medida en que los individuos creen en el sistema de valores de la sociedad en que viven, obedecen sus reglas porque las consideran buenas. El sentimiento de deber moral es así la otra base de la obediencia de las reglas<sup>1</sup>.

A partir de lo antes señalado, en las últimas décadas se han ido forjando categorías asociadas a reforzar la cuestión axiológica sobre el Estado constitucional, con el fin de instruir a la sociedad, sobre todo a la masa, las ventajas y beneficios que surgen de un orden institucionalizado, y los mecanismos para asegurar su sostenimiento, entre las que podemos destacar el “patriotismo constitucional”, la “cultura constitucional” y el “sentimiento constitucional”.

Con relación al “patriotismo constitucional”, cabe recordar que su origen se ubica en el año 1970, propiamente el *Verfassungspatriotismus*, expuesto por el politólogo germano Dolf Sternberger, recogida y difundida luego por Jürgen Habermas con una visión integradora del pueblo en los valores que expresa la ley fundamental.

A su vez, sobre este concepto, Gregorio PECES-BARBA ha referido lo siguiente:

La cultura constitucional y la idea de la constitución como vida conducen a la idea de

1 DUVERGER, Maurice, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, 5.ª ed., Barcelona: Ariel, 1970, p. 34.

patriotismo constitucional, que supone un añadido, una adhesión mayor que la simple aceptación de los valores y de las reglas de juego constitucionales y que la misma idea de lealtad a la constitución. Constituye a esos valores y a esas reglas en la razón de ser de la convivencia, que se vive y se interioriza por los participantes en el sistema. Es la razón central del pacto social, la razón central por la cual se integran en ese pacto los ciudadanos y por la cual convierten a la constitución en el referente de la vida en común.<sup>2</sup>

En el concepto de patriotismo constitucional se encuentra la tradición republicana, desde Roma, con Cicerón y su idea de la libertad dependiente de la Ley, hasta Rousseau y Kant pasando por Maquiavelo, los humanistas del Renacimiento, Montesquieu o Voltaire que es también la de Habermas.<sup>3</sup>

Por su parte, Carlos RUIZ MIGUEL sostiene con relación a esta categoría que:

El “patriotismo constitucional” y la “defensa de la Constitución” se hallan estrechamente ligados. Sólo el primero puede hacer efectiva la segunda. Mientras el primero previene los ataques a la Constitución, la segunda los reprime. Ahora bien, la mera represión de los ataques a la Constitución no resulta suficiente cuando las causas de la desestabilización siguen existiendo.<sup>4</sup>

Respecto de la “cultura constitucional”, uno de sus principales difusores

- 2 PECES-BARBA, Gregorio, “El patriotismo constitucional. Reflexiones en el vigésimo quinto aniversario de la Constitución española”, en *Anuario de filosofía del derecho*, n.º 20, Barcelona: 2003, pp. 40.
- 3 PECES-BARBA, “El patriotismo constitucional. Reflexiones en el vigésimo quinto aniversario de la Constitución española”, art. cit., p. 50.
- 4 RUIZ MIGUEL, Carlos, “Patriotismo constitucional”, en *Cuadernos de Pensamiento Político*, n.º 3, Madrid: 2004, p. 91.

es Peter HÄBERLE, quien ha señalado respecto de esta categoría lo siguiente:

La Constitución no es solamente un texto jurídico ni tampoco una acumulación de normas superiores, es también expresión de un estado de desarrollo cultural, un medio de autorrepresentación de un pueblo, un espejo de su herencia cultural y un fundamento de sus nuevas esperanzas. Las Constituciones vivas son la obra de todos los intérpretes constitucionales de la sociedad abierta; son, por su forma y razón ser, de largo, una expresión y mediación cultural, un cuadro para la reproducción y recepción y un almacén de información, experiencias, aventuras y hasta de sapiencias “culturales” transmitidas.<sup>5</sup>

Considerando una posición similar, pero desde el constitucionalismo iberoamericano, Néstor Pedro SAGÜÉS reflexiona conforme se expone a continuación:

Una constitución sin una base cultural constitucional mínima a) en sus autores, b) en sus operadores fundamentales y c) en el pueblo al que va destinada es una constitución destinada al fracaso. En rigor de verdad, esa dosis de cultura constitucional, más que un adorno del sistema, es un presupuesto de su funcionalidad.

Tal cultura constitucional requiere que la constitución cumpla con una cuota indispensable de buena técnica, razonabilidad y consenso. Por ello, no es acertado que sea utópica, copista ni elefantiásica. [...].<sup>6</sup>

- 5 HÄBERLE, Peter, “La Constitución como cultura”, en *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, n.º 6, Madrid: 2002, p. 194.
- 6 SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Cultura constitucional y desconstitucionalización”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XVI, Montevideo: 2010, p. 106.

Mientras que, en una fecha más reciente, Lucio PEGORARO ha afirmado que:

“Cultura constitucional” es la cultura jurídica que acepta, vive, venera la superioridad de la constitución, pero no cualquier constitución, sino solo la que acepta la división de poderes (poco) y sobre todo los derechos humanos, en sus interpretaciones más radicales hasta rechazar la democracia, la voluntad popular, el Estado, el propio Estado de Derecho, confiando en un poder —el judicial y de control de la constitucionalidad, estructurado en los siglos pasados para proteger estos valores—, para imponer un “núcleo ético esencial” que orienta esos valores, los limita y a veces incluso los anula.<sup>7</sup>

Con relación al sentimiento constitucional, advertimos que el germen de esta categoría se encuentra en la obra de Karl LOEWENSTEIN, quien en su *Teoría de la Constitución* le dedica un acápite, resaltándose en el mismo que:

Con la expresión “sentimiento constitucional” (Verfassungsgefühl) se toca uno de los fenómenos psicológicos sociales y sociológicos del existencialismo político más difíciles de captar. Se podría describir como aquella conciencia de la comunidad que trascendiendo a todos los antagonistas y tensiones existentes políticospartidistas, económicosociales, religiosos o de otro tipo, integra a detentadores y destinatarios del poder en el marco de un orden comunitario obligatorio, justamente la constitución, sometiendo el proceso polí-

tico a los intereses de la comunidad. [...] la formación del sentimiento constitucional depende ampliamente de los factores irracionales, de la mentalidad y la vivencia histórica de un pueblo, especialmente de si la constitución ha salido airosa también en épocas de necesidad nacional. El sentimiento constitucional no puede ser explicado exclusivamente por la longevidad de una constitución[...].<sup>8</sup>

El alcance de esta categoría ha sido relevante, conforme nos ilustra GARCÍA TOMA<sup>9</sup>. A lo propuesto por Loewenstein, se han sumado las contribuciones, entre otros, de Pablo Lucas Verdú, Javier Tajadura Tejada y Gerardo Eto Cruz. Asimismo, se hace mención del sentimiento constitucional como un aspecto esencial para asegurar la consolidación y mantenimiento del sistema vigente, sin perjuicio de las mejoras que corresponden implementarse en los diversos ordenamientos normativos. Así, Ernesto BLUME ha referido que:

En armonía con las tareas jurisdiccionales y de docencia constitucional que nos corresponden, inspiradas en la idea de difundir lo constitucional en aras de sembrar y forjar un verdadero sentimiento constitucional, que garantice una conciencia firme y segura en el pueblo del significado, el valor y la importancia de nuestra Constitución y del sistema constitucional peruano, así como del rol del Tribunal Constitucional [...].<sup>10</sup>

7 PEGORARO, Lucio, “Constitucionalización del Derecho y cultura constitucional”, en *Revista de Derecho Político*, n.º 104, Madrid: 2019, pp. 22 y 23.

8 LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, reimpresión de la 2.ª ed., Barcelona: Emegé Industrias gráficas, 1982, p. 200.

9 GARCÍA TOMA, Víctor, *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, 3.ª ed., Arequipa: Adrus, 2010, pp. 549 y 550.

10 Discurso del presidente del Tribunal Consti-

Debe considerarse también, que siendo el sentimiento una categoría propia del ánimo, sea individual o colectivo, su explicación implica aspectos éticos y espirituales que resultan algo complejos de definir en su estructuración, así como la forma en la cual fomentarlo dentro de la población.

### III. La visión del sentimiento constitucional en el Perú bicentenario.

Hace poco más de un siglo, Víctor Andrés BELAUNDE sentenciaba respecto de nuestra realidad como sociedad:

Necesitamos robustecer el sentimiento nacional, esto que se llama el alma nacional, y que sólo formará la universidad el día que estudie nuestra geografía y nuestra historia política y económica, más seriamente y por medio de las disciplinas especiales. Nuestro sentimiento nacional es débil, porque no queremos la tierra, ni tenemos culto a los muertos. Marchamos distraídos y solos. Somos desarraigados.<sup>11</sup>

El reclamo de Belaunde sobre el espíritu nacional fue un quehacer permanente en toda su obra. Estudiando detalladamente los orígenes y posibilidades de la Patria, entiendo que la misma no alcanzaría sus propósitos si es que no desarrollaba un auténtico amor por el Perú, para lo cual se necesitaba el im-

postergable esfuerzo de la universidad, así como de la educación en general, lo que permitiría mejorar la autoestima e identificación con nuestra tierra. Precisamente, años más tarde nos diría:

En síntesis: la educación patriótica y cívica no solo debe comprender una lista de deberes y una serie de actos que las completen sino la visión amorosa y profunda de la realidad nacional, el señalamiento de las esencias y de las categorías peruanistas que den a la juventud la clara visión de la Patria y de sus gloriosos destinos<sup>12</sup>.

La visión de Víctor Andrés Belaunde incidía sobre el sentimiento nacional en general, analizando una situación que, llegando al siglo XXI en nuestro país, parece no haber variado mucho, teniendo en cuenta además que la tan anhelada educación patriótica hoy está por otra vertiente, donde el curso de educación cívica prácticamente ha desaparecido y la informalidad es lo que predomina en muchos niveles y relaciones.

Bajo este panorama, donde la conciencia nacional se encuentra a medio hacer y el excesivo culto al individualismo ha frustrado el desarrollo de un alma nacional, es evidente que no existe un suelo fértil para que el sentimiento hacia nuestras instituciones cale con profundas y sólidas raíces, y más bien se repulse el orden normativo y los propósitos nacionales que corresponden asegurar

tucional del Perú, magistrado Ernesto Blume Fortini, en la ceremonia de celebración del vigésimo tercer aniversario institucional, p. 6. Recuperado de <<https://bit.ly/2YnZft1>>.

11 BELAUNDE, Víctor Andrés, *La crisis presente. 1914-1939*, 6.<sup>a</sup> ed., Lima: Luis Alfredo ediciones, 1994, p. 164.

12 BELAUNDE, Víctor Andrés, *Peruanidad*, 5.<sup>a</sup> ed., Lima: Fondo del Libro del Banco Industrial del Perú – Banco Central de Reserva del Perú, 1983, p. 448.

mediante el sistema jurídico y el trabajo de las autoridades. Sobre este punto, GARCÍA TOMA ha referido lo siguiente:

El constitucionalismo peruano como promesa nacional —tomando la feliz expresión de Jorge Basadre— jamás afrontó los problemas de la segmentada y jerarquizada sociedad nacional, ni atacó programáticamente la distribución desigual de la riqueza. La retórica constituyente vació de contenido los principios y valores de la democracia.<sup>13</sup>

Al respecto, consideramos que el constitucionalismo peruano ha tenido importantes avances y un desarrollo consistente en lo que corresponde al cultivo de la ciencia constitucional, llegando a posicionarse en un expectante lugar dentro del ámbito académico de Iberoamérica<sup>14</sup>. Sin embargo, en lo que concierne al respeto del Estado Constitucional, este se ha visto amenazado y vulnerado por la acción de nefastos personajes en la política, quienes se abren paso ante una sociedad donde los valores constitucionales tienen exigua enseñanza hacia la población, donde los hogares y escuelas no llegan a cumplir su rol esencial en este extremo.

Fue bajo ese panorama que el Fujimorato logró mantenerse a pesar de los abusos que cometía, por la indiferencia

de una masa fácilmente manipulable, que al desconocer de los beneficios del Estado de Derecho optaba por obviarlos, careciendo de ese urgente sentimiento constitucional, aunque en ocasiones excepcionales, el sentimiento se ha manifestado súbitamente. Don Valentín PANIAGUA, entendido en los temas constitucionales, tenía presente este sentimiento y particularidad, a la cual hace referencia de manera sutil al momento de asumir la presidencia de la República el 22 de noviembre del 2000: “Por extraño que parezca, son sentimientos nacidos de una profunda convicción nacional: la necesidad de exaltar, afirmar y consolidar la Constitución como norma de vida y de convivencia diaria”<sup>15</sup>.

Consideramos que es clave para el adecuado desarrollado de una sociedad, que todos los miembros de la nación cumplan con su deber. Aun con el corto periodo que tenía el gobierno de transición a su cargo, don Valentín Paniagua adoptó acciones para mejorar la calidad de la Constitución vigente, sumamente desprestigiada por el actuar del gobierno que impulsó su establecimiento en 1993, y para ello convocó una Comisión de Estudio de las Bases para la Reforma Constitucional, integrada por personalidades comprometidas con ese noble propósito. El día en que este grupo presentó su informe, don Valentín PANIAGUA esbozó algunas razones sobre el errante devenir de nuestra evolución política:

13 GARCÍA TOMA, *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, ob. cit., p. 556.

14 Al respecto cfr. PAIVA GOYBURU, Dante: *Del movimiento constitucional peruano a la Escuela Peruana de Derecho Constitucional*, Lima: Grijley, 2020.

15 Véase, <<https://bit.ly/3BlJiSm>>.

Ahí está, aun incumplida, la promesa republicana que puede y debe traducirse en un Estado de derecho equilibrado, dinámico y comprometido con los valores inherentes a la dignidad de la persona humana. Es inaplazable, a las alturas del tercer milenio, la creación de igualdad de oportunidades económicas y sociales, para todos, a fin de enfrentar los desafíos de la sociedad y de la revolución del conocimiento. Esta, en suma, el reclamo de democracia y paz para una sociedad ansiosa de reconciliarse consigo misma y con su irrenunciable destino histórico de libertad y de justicia.<sup>16</sup>

Al gobierno de transición le siguió la gestión sucesiva de cuatro mandatarios electos por sufragio popular, lo que generó particular entusiasmo respecto a que era posible, en el nuevo milenio, tener por fin una continuidad de gobiernos elegidos democráticamente, y por su puesto debidamente controlados mediante los mecanismos de pesos y contrapesos definidos para tal efecto. Coincidió esta etapa con un particular auge económico, bautizado por la emoción como el “milagro peruano”, pero que de todas formas contribuía a la indispensable confianza de la población hacia sus instituciones.

Sin embargo, con los años, las cabezas de dichos gobiernos se han visto involucradas en serias denuncias por casos de corrupción y enriquecimiento indebido, por mencionar solo algunos

cargos, llevando incluso a dictarse medidas de prisión (incluyendo los derivados de las condenas impuestas contra Alberto Fujimori). Si bien las responsabilidades penales son de carácter personal, cabe mencionarse el enorme daño que genera esta situación al sistema democrático, donde aquellos personajes que recibieron el voto popular denigren la investidura que alguna vez asumieron por encontrarse inmersos en acusaciones sobre delitos infames, como lo es apropiarse del erario nacional o aprovecharse del cargo público para recibir sobornos ¡un penoso ejemplo que manchilla el carácter y compromiso que debe tener un político al servicio de su país!

Frente a ello, el sentimiento constitucional se ve inevitablemente mermando, porque la esencial confianza que deben tener los ciudadanos hacia las instituciones no se ve correspondida con un trabajo honesto que tenga como prioridad el desarrollo del país, el cual se basa en el bienestar y la conducción sensata de la nación. Teniendo cerca el bicentenario de la independencia, es comprensible que el ánimo no sea elevado y si habrá alguna celebración, esta tal vez un episodio referencial, porque el sentimiento constitucional aún es una de las tantas promesas pendientes en el país, que se ha visto frustrada de emerger ante tanta decepción y mediocridad.

#### IV. Invocaciones finales

Nuestra visión no quiere esparcir el pesimismo, por el contrario, aspira-

16 PANIAGUA CORAZAO, Valentín, Discurso pronunciado en la ceremonia de entrega del informe de la Comisión de Estudio de las Bases para la Reforma Constitucional, p. 11. Recuperado de <<https://bit.ly/2WQLYbA>>.

mos a motivar la adopción de medidas frente al panorama descrito. Sería falaz afirmar que en el país existen todas las condiciones para la garantía del sistema democrático, más aún cuando se ve como un peligroso populismo y demagogia irrumpe con decisiones tan controversiales, cuyos efectos serán sufridos realmente en los siguientes años.

La generación de los nacidos en el primer lustro de la década los ochentas, que alcanzamos la mayoría de edad justo para el nuevo milenio, hemos podido presenciar los momentos finales del fujimorismo y el inicio de una nueva etapa en la democracia peruana, así como beneficiarnos de la estabilidad económica y la mejora del marco jurídico para culminar nuestros estudios superiores y ser adultos en condiciones más adecuadas y serenas que la generación de nuestros padres, quienes han padecido todos los problemas posibles (dictaduras, hiperinflación, terrorismo, crisis generalizada, entre otros).

En este sentido, sobre el valor de nuestras propias vivencias y la lección que estas nos dejan, es propicio invocar las clásicas palabras de ORTEGA Y GASSET:

Porque no puede aclararse el ayer sin el anteayer, y así sucesivamente. La historia es un sistema —el sistema de las experiencias humanas, que forman una cadena inexorable y única—. De aquí que nada pueda estar verdaderamente claro en historia mientras no está toda ella clara.<sup>17</sup>

17 ORTEGA Y GASSET, José, *Historia como sistema y del imperio Romano*, Madrid: Revista de Occidente, 1941, p. 67.

Sobre el patriotismo, cultura y sentimiento constitucional, conforme a lo que hemos desarrollado en el acápite pertinente, consideramos que estas categorías son una infatigable búsqueda en la cual la educación juega un papel crucial para su desarrollo, y donde los hogares, escuelas y universidades asumen un rol preponderante.

Y es que el patriotismo constitucional involucra un ánimo superior de plena confianza en la Constitución como norte en la vida común, no necesariamente porque esta sea un producto perfecto, sino porque los valores que la inspiran reafirman la voluntad de vivir como sociedad y establecerse bajo los cánones de la tradición republicana. Este patriotismo, indispensable en los momentos álgidos, infunde valentía para hacer prevalecer a la Constitución, alentando el deber de defenderla ante las amenazas de las arbitrariedades y procurando dar solución definitiva a las razones que la originaron, para desterrar esas amenazas de raíz.

Por su parte, la cultura constitucional es una vocación permanente, que debe ser especialmente asumida por el constituyente (originario y derivado) y por todos aquellos cuyo trabajo los vincula con los quehaceres políticos del país, sobre todo las autoridades, los abogados y los jueces. Esta cultura implica un infatigable aprendizaje, muchas veces autodidacta, de los personajes convocados, inspirados en el cumplimiento de su rol histórico y social, porque la posi-



ción que asumen, como profesionales y autoridades, les exige un deber mayor, comprometido con las causas justas y la protección del sistema democrático.

En este sentido, la cultura constitucional debe ser un elemento recurrente en toda autoridades y profesional del derecho, que nutra también su conciencia en el desarrollo del rol que ocupan, para que anteponga, frente a toda tentación mundana material, los intereses de una sociedad que deposita la confianza en un sistema donde la verdad y la justicia son el patrimonio más valioso, y que el cuidado de estos sea el que guíe sus actos, asegurando el sostenimiento del Estado para que siga brindado oportunidades a los que están y a los que vendrán.

Finalmente, el sentimiento constitucional no surge de forma automática. Es el resultado de la suma de experiencias de cada ciudadano, y la convicción de que las instituciones en la sociedad donde se desenvuelve, donde la Constitución, como norma suprema, garantiza la libertad y el respeto de los derechos fundamentales. Para tal efecto, junto con la educación cívica constante, por parte de los hogares, escuelas y universidades, el ejemplo y compromiso de las autoridades coadyuvan a que aflore este sentimiento, el cual, idealmente, debería estar presente cada día en la mente de todos los peruanos.

Para este propósito, es indispensable asumir, como compromiso por el Bicentenario, una acción más efectiva por parte de los agentes involucrados.

Reiteramos, el sentimiento es algo que surge desde la propia persona, no puede ser impuesto el afecto hacia el mismo, pero mediante la enseñanza si puede instruirse sobre el valor de la democracia y la preservación del Estado Social y Democrático de Derecho. Como tal, es preciso convocar la acción efectiva y responsabilidad social, de las universidades y los colegios de abogados del país, para que en forma conjunta con las autoridades nacionales, regionales y locales puedan complementar esa tarea pendiente en la formación cívica, y generar así el terreno para que el sentimiento constitucional encuentre el espacio fértil para su desarrollo.

Este año se cumplen dos décadas de aquella frase que pronunció don Valentín asumiendo la presidencia del país en momentos aciagos ¡Nace hoy un nuevo tiempo! Que su visión se mantenga y sea un aliento para no desfallecer en la defensa, fomento y mejora de todo lo logrado en el presente siglo, complementando el trabajo con el civismo de cada ciudadano.

## V. Bibliografía.

- BELAUNDE, Victor Andrés, *La crisis presente. 1914-1939*, 6.<sup>a</sup> ed., Lima: Luis Alfredo ediciones, 1994.
- BELAUNDE, Víctor Andrés, *Peruanidad*, 5.<sup>a</sup> ed., Lima: Fondo del Libro del Banco Industrial del Perú – Banco Central de Reserva del Perú, 1983.
- DUVERGER, Maurice, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, 5.<sup>a</sup> ed., Barcelona: Ariel, 1970.

- GARCÍA TOMA, Víctor, *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, 3.<sup>a</sup> ed., Arequipa: Adrus, 2010.
- HÄBERLE, Peter, “La Constitución como cultura”, en *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, n.º 6, Madrid: 2002.
- LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, reimpresión de la 2.<sup>a</sup> ed., Barcelona: Emegé Industrias gráficas, 1982.
- ORTEGA Y GASSET, José, *Historia como sistema y del imperio Romano*, Madrid: Revista de Occidente, 1941.
- PAIVA GOYBURU, Dante: *Del movimiento constitucional peruano a la Escuela Peruana de Derecho Constitucional*, Lima: Grijley, 2020.
- PECES-BARBA, Gregorio, “El patriotismo constitucional. Reflexiones en el vigésimo quinto aniversario de la Constitución española”, en *Anuario de filosofía del derecho*, n.º 20, Barcelona: 2003,
- PEGORARO, Lucio, “Constitucionalización del Derecho y cultura constitucional”, en *Revista de Derecho Político*, n.º 104, Madrid: 2019.
- RUIZ MIGUEL, Carlos, “Patriotismo constitucional”, en *Cuadernos de Pensamiento Político*, n.º 3, Madrid: 2004.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Cultura constitucional y desconstitucionalización”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XVI, Montevideo: 2010.

# DERECHOS COLECTIVOS EN EL PERÚ Y SU VINCULACIÓN CON LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Doris Cajincho Yañez\*

**SUMARIO:** I. Introducción.— II. Concepto de los derechos colectivos.— III. Derechos colectivos en el Perú.— IV. Marco normativo del Perú sobre el reconocimiento de los pueblos indígenas u originarios como titulares de derechos colectivos.— V. Derechos colectivos en el derecho internacional de los derechos humanos.— VI. Argumentos negativos que justifican el no reconocimiento de los derechos humanos colectivos.— VII. Ideas fundamentales que justifican que los derechos colectivos no deben ser reconocidos porque no son exigibles.— VIII. El reconocimiento de los derechos colectivos obedece a la evolución del derecho internacional de los derechos humanos.— IX. Derechos individuales y derechos colectivos.— X. Cambios en el ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios.— XI. A modo de conclusión.

## I. Introducción

Los pueblos indígenas y sus integrantes tienen derechos individuales y colectivos que las personas, los Estados y las instituciones nacionales e internacionales tienen el deber de respetar, proteger y cumplir; los mismos que tienen reconocimiento nacional e inter-

nacional. Y si bien una declaración no tiene la misma fuerza vinculante que un tratado, a causa de la no existencia de una obligación legal para que el Perú u otro país lo cumpla; no es menos cierto que los derechos que establecen estas declaraciones están basados en los principales pactos de derechos humanos universales,

---

\* Abogada por la Universidad Peruana “Los Andes”; con Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos en la UNMSM, con Maestría en Derecho Penal en la Universidad Peruana “Los Andes”; con Estudios en Didáctica Universitaria con mención en Derecho; realizó cursos diversos sobre Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Argumentación Jurídica tanto en la Academia Nacional de La Magistratura (AMAG) y Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional (CEC). Docente de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional en la Facultad de Derecho y CC.PP en la Universidad Peruana “Los Andes” (Huancayo); labora como Asistente del Presidente – Juez Superior de la Sala Penal Anticorrupción de la Corte Superior de Justicia de Junín

que sí son de cumplimiento obligatorio. Es por ello que muchos de los derechos colectivos que se reconocen en estas declaraciones deben ser cumplidos por el Perú; siendo importantes porque aportan un consenso internacional, fruto del trabajo de décadas de negociaciones; constituyendo por ello una base legal sobre la que los Estados pueden apoyarse para la aprobación de leyes más justas y respetuosas a los derechos colectivos de los pueblos indígenas; alcanzando una convivencia mucho más armónica en un estado de derecho constitucional como es el nuestro.

La “Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos colectivos de los Pueblos Indígenas” establece que es obligación de los Estados que integran a la ONU promover su cumplimiento. Es decir, dichos Estados deben crear sus leyes tomando como base las mismas, así como los órganos jurisdiccionales al dictar su veredicto en los juicios. La Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas refiere que es obligación de los Estados garantizar el pleno goce de los derechos humanos reconocidos en esta declaración, promover la participación plena y efectiva de los Pueblos Indígenas, la adopción de las medidas legislativas y de otra índole, que fueran necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en esta declaración. Por otro lado, la Organización de Estados Americanos tomará las medidas necesarias para promover el pleno respeto, la protección y la aplica-

ción de las disposiciones contenidas en esta declaración velando por su eficacia.

## II. Concepto de los derechos colectivos

Las comunidades rurales desempeñan frecuentemente una o más actividades tradicionales y colectivas para subsistir<sup>1</sup>, por tanto, se debe establecer que el reconocimiento de comunidades vinculadas a la producción agrícola en pequeña escala también comprende a las comunidades que se dedican a la agricultura artesanal o en pequeña escala, la ganadería, el pastoreo, la pesca, la caza y la recolección; es decir, a otras comunidades rurales además de las campesinas. Para ser consideradas sujetas de los derechos humanos reconocidos en la Declaración, estas comunidades deben pretender dedicarse o dedicarse a la producción agrícola en pequeña escala para subsistir o comerciar, depender de manera significativa, aunque no necesariamente en exclusiva, del trabajo en familia o en el hogar y de otras formas no monetarias de organización del trabajo, y tener una especial dependencia y apego a las tierras. Por lo que se busca reconocer en la Declaración esos derechos, estableciendo, aquellos fundamentales para promover y proteger los intereses colectivos de ese sujeto en específico. Estos se refieren en general al consentimiento libre, previo e informado de la comunidad, a la posibilidad de definir

1 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales N.º 169*, 1989, artículo 23.

los propios sistemas de alimentación y agricultura, y al manejo colectivo de la tierra, las semillas u otros recursos naturales, así como al disfrute de los beneficios de su desarrollo y conservación.

### III. Derechos colectivos en el Perú

Con la aparición del Estado liberal en el siglo XVIII, en el contexto de la revolución francesa y americana, se emitieron las primeras declaraciones de derechos. Bajo la influencia de una ideología liberal burguesa, caracterizada por una perspectiva que privilegia al individuo<sup>2</sup>, ello supuso la posición de la figura del hombre como titular único y exclusivo de los derechos que el Estado, en su condición de sociedad política jurídicamente organizada, identificaba como digna de reconocimiento y protección. Con el transcurrir del tiempo y el surgimiento de la cuestión social, el reconocimiento de los derechos fue evolucionando, ampliándose de manera notoria, de un lado, los catálogos de derechos que ahora se reconocen como humanos o fundamentales y que incorporan a los derechos de carácter social como el trabajo, salud, educación y seguridad social; y de otro lado, el universo de quienes podían ser titulares de derechos. Es en ese momento que paulatinamente se amplió la titularidad de los derechos de las personas, lo cual brindó reconocimiento y protección a grupos especialmente vulnerables, como

mujeres, niños, adultos mayores, personas con discapacidad, reclusos, entre otros. Por tanto, los avances son significativos, este reconocimiento se ha seguido brindando en clave individual; reconociendo la existencia de grupos vulnerables, pero los derechos no se reconocían en forma colectiva o grupal, sino a partir de los individuos con las condiciones y características que los identificaban como miembros de ese grupo denominado “colectivo”.

Sin embargo, el avance en la ampliación de la titularidad sobre los derechos se ha concretado con el reconocimiento de la diversidad; es decir, de colectivos que, aun formando parte de la sociedad política, son culturalmente diferentes a la mayoría. Precisamente el reconocimiento de esa diferencia, sustentada en la diversidad de formas de ver y entender el mundo, es lo que justifica su protección jurídica diferenciada. Planteándose por tanto un paso significativo en la línea de reconocer derechos colectivos, otorgándole una especial atribución a los pueblos indígenas que, por su naturaleza, son anteriores a los procesos de colonización de nuestras sociedades actuales; quienes lograron conservar y mantener sus tradiciones, usos, costumbres e instituciones, de modo que hoy reciben reconocimiento y protección jurídica, a nivel internacional como en el derecho interno en los distintos países<sup>3</sup>. Este reconocimiento legal otorga

2 FIORAVANTI, M., *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*, Madrid: España: Editorial Trotta, 2009.

3 URTEAGA, P., *El Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado. Avances, limitaciones y retos*, Lima: 2012.

el afianzamiento, desde los Estados, la identidad originaria de los pueblos, debido a que se auto identifican, no como individuos, sino como una colectividad. A nivel internacional, los instrumentos legales de reconocimiento de dichos derechos son el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante el Convenio), vigente desde 1995 en el Perú, y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas<sup>4</sup> (en adelante la Declaración), adoptada el 2007.

La Constitución del Perú de 1993 otorga a los pueblos indígenas u originarios un estatus jurídico, así como un marco legal propio que les permite gozar de los derechos colectivos reconocidos en el Convenio y la Declaración. La positivización de dichos derechos en la norma básica conlleva al reconocimiento de los pueblos indígenas como colectivos, ya que, como señala el art. 1.b del Convenio:

[L]os pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

4 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, 2007.

Las denominaciones empleadas para designar a los pueblos indígenas no alteran su naturaleza, ni sus derechos colectivos. En adelante se utilizará la expresión “pueblo indígena” para referirse a “pueblo indígena u originario” (art. 3.k). En nuestro país, los pueblos indígenas u originarios se han desarrollado en distintas zonas y regiones. Para identificarlos, según lo establecido en el Reglamento, debemos seguir los criterios definidos en el artículo 1 del Convenio.

Así, es importante tener en cuenta que, a lo largo del tiempo, los pueblos indígenas u originarios se han organizado de diversas formas; es así que el Convenio alude a los pueblos de manera independiente respecto a su situación jurídica actual. De esta manera, la identificación de los pueblos indígenas se funda en el criterio de auto identificación. Sobre ello, el artículo 1.2 del Convenio establece que: “La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse como un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio”. En esa línea de ideas, cuando la Constitución, en sus artículos 88 y 89, menciona a la comunidad campesina o nativa, debe entenderse como una de las manifestaciones organizativas del pueblo indígena u originario en nuestro derecho interno<sup>5</sup>. Ello en razón de que:

5 Declaración de líder de la Confederación Campesina del Perú (CCP), 2015.

[S]i bien una o muchas comunidades pueden ser o formar parte de un pueblo indígena u originario, otras pueden no serlo, existiendo muchas localidades o colectivos, no organizados en comunidades, que pueden ser o formar parte de un pueblo indígena u originario<sup>6</sup>.

Las comunidades campesinas o nativas pueden ser parte de un pueblo indígena u originario, pero un pueblo no necesariamente se identifica como una comunidad campesina o nativa; es por ello que siempre deberá preferirse el uso del concepto que favorezca, en mayor escala, el ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios. En cuanto a la identificación de pueblos indígenas u originarios, cabe mencionar que el Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura aprobó, mediante la Resolución Viceministerial N.º 004-2014-VMI-MC, la Directiva N.º 001-2014-VMI/MC titulada “Lineamientos que establecen instrumentos de recolección de información social y fijan criterios para su aplicación en el marco de la identificación de los pueblos indígenas u originarios”. A partir de esta norma, el Viceministerio de Interculturalidad ha elaborado la Guía Metodológica para la Etapa de Identificación de los Pueblos Indígenas u Originarios<sup>7</sup>.

6 MINISTERIO DE CULTURA, *Etapas de identificación de pueblos indígenas u originarios – Guía Metodológica*, Lima: 2014. Recuperado de <<https://bit.ly/3lh8HHh>>.

7 MINISTERIO DE CULTURA, *Etapas de identificación de pueblos indígenas u originarios – Guía Metodológica*, Lima: 2014. Recuperado de <<https://bit.ly/3lh8HHh>>.

#### IV. Marco normativo del Perú sobre el reconocimiento de los pueblos indígenas u originarios como titulares de derechos colectivos

En nuestro país, los derechos fundamentales se interpretan de conformidad con los tratados de derechos humanos de los cuales el Perú es parte según lo establecido en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución. Asimismo, según la interpretación que sobre dichos tratados hayan efectuado los órganos de control establecidos en ellos, conforme el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional<sup>8</sup>.

En lo referente a los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, nuestra Constitución en sus artículos 88 y 89 reconoce algunos de ellos bajo el epígrafe de “Régimen agrario de las comunidades campesinas y nativas”. Entre estos derechos tenemos la propiedad comunal sobre sus tierras (art. 88), su existencia legal y como personas jurídicas, autonomía organizativa, libre disposición de sus tierras, la imprescriptibilidad de las mismas, salvo abandono; y el respeto de su identidad cultural (art. 89); a los señalados y en virtud del principio de unidad de la Constitución<sup>9</sup>, incorporándose los

8 LANDA ARROYO, Cesar, *Los tratados internacionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Lima: Comisión Andina de Juristas, 2016. Recuperado de <<https://bit.ly/3uNiKqp>>.

9 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 05854-2005-AA*, Lima: 8 de noviembre del 2005, f. j. 12. a).

derechos a la identidad étnica y cultural y al uso de su propio idioma (art. 2.19), a la salud comunal (art. 7), a la educación bilingüe e intercultural (art. 17), y a la jurisdicción comunal (art. 149), entre otros. El reconocimiento de los derechos colectivos antes señalados debe complementarse con una lectura integradora<sup>10</sup> del texto constitucional con el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

La Declaración es un instrumento de derecho internacional que constituye una guía de principios generales que, por vía interpretativa, puede ser adoptada por el Estado para la delimitación del contenido constitucionalmente protegido de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. En esa misma ilación de ideas el Tribunal Constitucional ha señalado que:

El contenido de la Declaración no es de vinculación obligatoria, lo que no implica que no tenga ningún efecto jurídico. Las declaraciones representan aquellas metas y objetivos a los que la comunidad internacional se impone. Son lo que en el derecho internacional se conoce como *soft law*, esto es, una guía que sin dejar de tener un efecto jurídico, no termina por vincular obligatoriamente a los Estados representando su contenido un código de conducta sin que sean legalmente vinculantes. En tal sentido, la DNU DPI, será considerada por este Tribunal en su calidad de norma de carácter de *soft law*, sin que se genere

una obligación convencional por parte del Estado peruano.<sup>11</sup> [*Énfasis agregado*]

Por tanto, se advierte que el Tribunal Constitucional establece que la Declaración no tiene vinculación obligatoria sin embargo no implica que no tenga ningún efecto jurídico.

## V. Derechos colectivos en el derecho internacional de los derechos humanos

Dada la fragmentación del derecho internacional público, no es extraño que falte una interpretación uniforme sobre los derechos colectivos en materia de derechos humanos. Muestra de ello es la falta de reconocimiento de los derechos de las comunidades campesinas en los principales tratados del sistema universal de protección de los derechos humanos, a pesar de ser reconocidas como sujetos políticos colectivos en otras esferas del derecho internacional. Sin embargo, los precedentes establecidos por la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y las autoridades interpretativas de los tratados de las Naciones Unidas sobre las dimensiones colectivas de ciertos derechos, constituyen fuentes importantes para un eventual reconocimiento de las comunidades campesinas en su carácter de titulares colectivos de derechos humanos. La Declaración de los pueblos indígenas desarrolla el entendimiento

10 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 05854-2005-AA*, Lima: 8 de noviembre del 2005, f. j. 12.d).

11 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 00022-2009-PI*, Lima: 9 de junio del 2010, f. j. 8.



de los derechos colectivos en el derecho internacional de los derechos humanos<sup>12</sup>. A través de ella se afirma que los derechos humanos; comprenden ambas dimensiones, individuales y colectivas; y que el contenido de estos derechos corresponde al interés del sujeto colectivo, puesto que se trata de la protección de bienes jurídicos vitales para la existencia del mismo.

Para el caso de las autoridades interpretativas de los tratados, la Observación General N.º 21 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (CDESC) sobre el derecho de participar en la vida cultural marca un precedente crucial para el reconocimiento de los derechos humanos colectivos. En ella, el CDESC reconoce que la expresión “toda persona” se refiere tanto al sujeto individual como al sujeto colectivo y que, por lo tanto, una persona puede ejercer derechos culturales a nivel individual, en asociación con otras, o dentro de una comunidad o un grupo<sup>13</sup>. El ejercicio colectivo de ciertos derechos también ha sido concebido por el CDESC en su interpretación sobre el acceso a una reparación adecuada de personas o grupos en el contexto de una violación del derecho a la salud (Observación N.º 14). Sin limitar su Observación a los colectivos ya reco-

nocidos (pueblos indígenas y tribales o comunidades afro descendientes), establece en ella que aun cuando no existan los mecanismos adecuados para que la pretensión pueda ser ejercida por el colectivo, los Estados están obligados por las dimensiones colectivas e individuales del derecho a la salud. De esta manera, el CDESC enfatiza en el valor crítico que sostienen los derechos colectivos en la materia, dado que las políticas públicas sobre salud cuentan con enfoques de prevención y promoción dirigidos principalmente a grupos<sup>14</sup>.

Los comités de los tratados han desarrollado una amplia jurisprudencia en materia de derechos colectivos de los pueblos indígenas y tribales. Entre la que se encuentran interpretaciones sobre el carácter colectivo de los derechos humanos a la tierra, los recursos y territorios comunes, del derecho colectivo a participar en la explotación, manejo y conservación de los recursos naturales asociados<sup>15</sup>, así como del acceso del colectivo a la justicia y reparaciones adecuadas<sup>16</sup>. En dicha materia, el ejercicio colectivo de ciertos derechos se ha concebido debido a las características propias de los pueblos indígenas y tribales. Se ha establecido que, para cumplir con su obligación de garantizar, los Estados deben tener

12 Preámbulo de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, A/RES/61/295, 2007.

13 COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Observación general N.º 21, 2009.

14 COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Observación general N.º 14, 2000.

15 CERD/C/SUR/CO/13-15. (2015).

16 CERD/C/SUR/CO/13-15 (2015).

en consideración que la salud de las comunidades indígenas sostiene una dimensión particularmente colectiva<sup>17</sup>. Puesto que, como el CDESC menciona, las acciones que afectan a estos grupos se dan en contra del grupo como tal y no hacia individuos aislados de la comunidad. Lo anterior se traduce según el CDESC, en que el grupo vea negadas sus fuentes de nutrición y se encuentre ante la destrucción de la relación simbiótica que mantiene con la tierra y por ende ante el deterioro de su salud. El CDESC ha recomendado a los Estados la adopción de medidas efectivas de carácter colectivo para salvaguardar el interés del grupo sobre la producción científica de los pueblos indígenas.

La observación es de especial relevancia para las comunidades campesinas, entre las medidas sugeridas figura el reconocimiento, registro y protección de las autorías colectivas bajo regímenes de derecho de propiedad intelectual, incluyendo cuando se estime pertinente la administración colectiva de los pueblos sobre los beneficios que deriven de su producción<sup>18</sup>.

El desarrollo interpretativo de los derechos humanos colectivos de los pueblos indígenas es importante debido a su trasposición a los derechos humanos de las comunidades campesinas, y directamente relevante, en tanto que

la Declaración aplica de igual forma a los pueblos indígenas que trabajan la tierra<sup>19</sup>. Son importantes los avances conceptuales que se han desarrollado en el sistema universal de protección de los derechos humanos, particularmente el reconocimiento de: i) sujetos de derechos humanos no individuales, que abre la posibilidad para que otros grupos como las comunidades campesinas puedan ejercer derechos humanos en calidad de tales; y, ii) el ejercicio colectivo de ciertos derechos humanos, especialmente los que se relacionan a los derechos sociales y culturales considerados como fuente vital para la existencia de la comunidad y de sus miembros.

## VI. Argumentos negativos que justifican el no reconocimiento de los derechos humanos colectivos

Uno de los argumentos principales establecidos es la excepción del derecho a la libre determinación, el concepto de derechos humanos colectivos en el derecho internacional es inaceptable porque su reconocimiento conllevaría necesariamente a la suplantación de derechos individuales<sup>20</sup>. Sin embargo, tomando en consideración que la protección de los intereses colectivos que se busca proteger en este instrumento pretende ampliar la protección universal

17 Observación general N° 14. (2000). en HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I)

18 Observación General N° 17. (2005). en HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I)

19 Proyecto de Declaración sobre los derechos de los campesinos y de otras personas que trabajan en las zonas rurales.

20 UN Doc. A/HRC/33/59 (2016) y UN Doc. A/HRC/36/58 (2017)

de los derechos humanos de las y los campesinos y no su restricción, siendo en este punto donde se propone que es posible una interpretación diferente a la que sitúa a los derechos individuales en oposición a los derechos colectivos como si se tratase de una contradicción indisoluble entre el individuo y su comunidad. El ser humano no se realiza aislado de la sociedad a la que pertenece. Profesionales de la Antropología y la Sociología han demostrado las diferentes maneras en las que el entorno y las interacciones sociales se configuran en el proceso de identificación, condicionando así la forma en la que la o el individuo construye su identidad<sup>21</sup>.

Los pueblos indígenas y originarios y las comunidades campesinas, en los que la mujer destaca preponderantemente crean conocimiento sobre su entorno a partir de la cantidad de tiempo en el que se relacionan con él, convirtiéndose en una construcción cultural estrechamente relacionada con la naturaleza del área geográfica en cuestión. Los modelos que constituyen una videncia de la relación indisoluble entre la naturaleza, las sociedades y las lenguas, se generan de esta construcción. En este sentido, no solo se desarrolla una identidad individual sino también el colectivo al que las personas pertenecen y que es de vital importancia para el individuo, una identificación colectiva

propia del grupo en su conjunto<sup>22</sup>. A ello se suman factores externos de identificación, tales como las condiciones socioeconómicas de las comunidades campesinas u otras comunidades rurales definidas en la Declaración.

Lo anterior resulta clave para entender la subjetividad colectiva y la necesidad de adoptar normas cuya función sea su protección y promoción.

Existen distintos casos a nivel de Estados en los cuales para solucionar conflictos se aplicó el derecho colectivo tal es así que en Bolivia durante las negociaciones, los derechos colectivos no constituyen un menoscabo de derechos sino que permiten “reconocer y dar visibilidad a determinados grupos que habían sufrido exclusión o estaban desfavorecidos a nivel social, económico o político”<sup>23</sup>.

Aún más, los derechos humanos colectivos reconocidos en la Declaración corresponden con la aplicación del principio pro homine<sup>24</sup>, estableciéndose que la interpretación jurídica de sus disposiciones encuentra su límite en el menoscabo de los demás derechos humanos individuales. Y por otro, la imposibilidad de invocar derechos culturales para vulnerar derechos humanos garantizados por el derecho internacio-

21 STUART, Hall, en HALL *et al.* (coords.), *The Question of Cultural Identity*, Oxford: Blackwell Publishers, 2000.

22 POLLETA, F. y J. JASPER, “Collective Identity and Social Movements”, en *Annual Review of Sociology*, 2001.

23 UN Doc. A/HRC/33/59 (2016)

24 Carta de las Naciones Unidas.

nal, o de limitar su alcance<sup>25</sup>. Finalmente, el reconocimiento de dichos derechos no exime de forma alguna al Estado de sus obligaciones con respecto a otros derechos ni le permite supeditar la dignidad del individuo a los intereses del colectivo. Más bien, se busca establecer que las acciones de los Estados sean dirigidas en atención a la comunidad en su conjunto, caso contrario se frustrarían ellos mismos, la posibilidad de cumplir con sus obligaciones de respetar, proteger y garantizar el goce de los derechos humanos individuales.

### VII. Ideas fundamentales que justifican que los derechos colectivos no deben ser reconocidos porque no son exigibles

La Declaración asegura que, aunque el sistema judicial y administrativo esté concebido bajo el ejercicio de pretensiones individuales, los sistemas internos de las comunidades puedan decidir para estos efectos sobre sus estructuras de participación y de representación y que por consiguiente, los derechos les sean exigibles. Por otra parte, las modalidades bajo las que se establezcan estos mecanismos tendrán que ser formulados por los Estados en ejercicio de su soberanía, en respeto al objeto y fin de la Declaración, así como en consideración de las costumbres,

---

25 Proyecto de Declaración sobre los derechos de los campesinos y de otras personas que trabajan en las zonas rurales. Recuperado de UN Doc. A/HRC/WG.15/4/2. Preámbulo, párrafo 2.

tradiciones, normas y sistemas jurídicos de las comunidades de las que se trata.

El reconocimiento en el ordenamiento interno de algunos Estados del derecho de presentar acciones populares sobre actos contrarios al bienestar público, incluyendo aquellos que puedan perjudicar derechos sobre los comunes u otros intereses colectivos, es evidencia de que, bajo mecanismos apropiados, los sujetos colectivos pueden ejercer pretensiones para hacer exigibles sus derechos<sup>26</sup>. Los derechos colectivos solamente son atribuibles a los pueblos indígenas, surgiendo objeciones de parte de algunos Estados sobre el reconocimiento de derechos humanos a comunidades rurales que no se consideren o sean consideradas como indígenas. En particular sostiene que: i) los derechos humanos colectivos son exclusivos a los pueblos indígenas; ii) el reconocimiento de derechos colectivos en la Declaración generaría un retroceso en los derechos humanos de los pueblos indígenas ya reconocidos<sup>27</sup>.

Aunque el derecho internacional ha cristalizado la existencia de derechos atribuidos a los pueblos indígenas, esto no impide que el derecho internacional de los derechos humanos prosiga su curso de desarrollo. Por un lado, el imaginario común sobre la división entre pueblos indígenas y comunidades campesinas no corresponde del todo a

---

26 Constitución Política de Colombia, 1991.

27 UN Doc. A/HRC/36/58 (2017).

la realidad. En algunas zonas rurales la identidad de ambos puede ser menos fácil de diferenciar. Por otro, así como los pueblos indígenas han sido considerados sujetos colectivos en obediencia a criterios que respondan a la relación de un pueblo con su territorio, de igual forma es posible identificar, como se ha hecho a lo largo de esta nota, elementos distintivos que diferencian a las comunidades campesinas de los demás sectores de la sociedad y de los individuos. En particular, si se hace una consideración especial por el factor socioeconómico e histórico en que se desenvuelven las comunidades productoras de alimentos a pequeña escala, por lo que el reconocimiento de derechos humanos a comunidades rurales no indígenas no implica necesariamente un dominio o prevalencia de estas sobre los demás grupos. Por el contrario, el reconocimiento de sus derechos humanos y una interpretación sistemática en este sentido sitúa a las y los titulares de derechos a los que se dirige la Declaración en mayor pie de igualdad con otros grupos<sup>28</sup>.

#### VIII. El reconocimiento de los derechos colectivos obedece a la evolución del derecho internacional de los derechos humanos

Situar a las personas en el centro del derecho internacional de los derechos humanos significa reconocer las diferentes dimensiones en las que ellas

se desenvuelven y afirman. Como se ha dicho en lo anterior, el comportamiento internacional de los Estados no ha sido del todo uniforme en reconocer la identidad colectiva que poseen las comunidades campesinas. Dada la fragmentación del derecho internacional, algunos Estados se permiten negar en el campo de los derechos humanos el reconocimiento de las comunidades campesinas con respecto a su relación colectiva, social y cultural, en relación al manejo y uso de sus recursos, pero reconocen en otros espacios la relación especial que sostiene el campesinado con su entorno, cuando se pretenden ejecutar políticas de desarrollo. Reconciliar la actitud de la comunidad internacional con respecto a los sectores más excluidos de la sociedad puede incluso proporcionar un marco para políticas prácticas más justas, en donde se comprendan los intereses defendidos en el ordenamiento de los derechos humanos y el pluralismo cultural<sup>29</sup>. El pensamiento iusfilosófico que se opone al reconocimiento de una categoría de derechos que no se confine a los límites del derecho subjetivo individual, podría más bien impedir que el derecho internacional siga su curso de desarrollo en esa dirección.

Por tanto, superar una interpretación individualista del ejercicio de los derechos humanos será un paso determinante para la evolución y humaniza-

28 KYMLICKA, Will, *Derechos individuales y derechos colectivos*, Lima: Editoras, 2009.

29 ROSSETI, Andrés, Sobre los derechos colectivos, en *Revista Filosofía del Derecho*, año 2, n.º 3, Buenos Aires: 2013. Recuperado de <<https://bit.ly/3ac00Yn>>

ción del derecho internacional, a partir del cual se concibe como beneficiarios directos a las comunidades y a las y los individuos, y como último beneficiario al conjunto de la sociedad.

## IX. Derechos individuales y derechos colectivos

El reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios no significa que estos no ejerzan los demás derechos fundamentales. Si bien los derechos colectivos son derechos esenciales para dichos pueblos, sus miembros también son titulares de derechos fundamentales a título individual<sup>30</sup>.

En dicho sentido, los integrantes de pueblos indígenas gozarán, en principio, de todos los derechos fundamentales y de carácter individual que la Constitución les reconoce y garantiza. Entre otros, el respeto a la vida, dignidad, libertad personal, igualdad, acceso a la información pública, autodeterminación informativa, secreto bancario, libertad de contratación, integridad, salud, educación, seguridad social, pensión, trabajo (acceso y protección frente al despido), libertad de empresa, comercio e industria, protección de sus derechos e intereses como consumidores y usuarios, protección judicial de sus derechos. Estos derechos se verán complementados y ampliados en virtud del reconocimiento y desarrollo que sobre

los mismos exista en el derecho internacional, en el marco de las normas sobre derechos humanos, particularmente las del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

## X. Cambios en el ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios

Los derechos colectivos suponen relaciones jurídicas cuyo objeto está definido por su contenido constitucionalmente protegido. La dinámica de una relación jurídica supone el ejercicio del contenido u objeto protegido, es decir, que se exija al sujeto pasivo el cumplimiento de aquello a que se encuentra obligado por el derecho. El ejercicio de los derechos colectivos significa que los pueblos indígenas pueden exigir al Estado el cumplimiento de sus obligaciones por mandato de los derechos: a) reconocer su existencia legal y su personería jurídica; b) no interferir en su autonomía organizativa, económica y administrativa; c) no impedir el uso y libre disposición de sus tierras; d) reconocer y respetar su identidad étnica y cultural; e) reconocer y respetar el uso de su idioma nativo; f) respetar sus valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales; g) adoptar medidas gubernamentales con su participación para proteger sus derechos colectivos.

En relación con estos derechos colectivos, las medidas legislativas y administrativas podrían tener, como en el caso de áreas naturales protegidas,

30 Declaración de la Organización Internacional del Trabajo.

una incidencia positiva o negativa en su ejercicio. Así, los pueblos indígenas u originarios podrían ver limitada la caza de especies de fauna en peligro de extinción (incidencia negativa de la medida sobre el derecho al uso de los recursos), pero ello no impide que puedan cazar otras especies que no estén en riesgo. De igual manera, establecer dentro de un área natural protegida zonas de uso turístico y recreación podría conllevar a que los pueblos indígenas u originarios puedan desarrollar actividades económicas vinculadas al turismo ecológico, siempre que así lo decidan a través de la aplicación de incidencia positiva en el derecho a decidir/elegir sus prioridades de desarrollo). En uno y otro caso, la medida legislativa o administrativa deberá ser objeto de un proceso de consulta previa puesto que afectaría o modificaría el ejercicio de derechos de los pueblos indígenas u originarios que viven cerca o en el área natural protegida.

## XI. A modo de conclusión

A partir de lo desarrollado en el presente trabajo, si bien una Declaración no tiene la misma fuerza vinculante que un Tratado, a causa de la no existencia de una obligación legal para que el Perú u otro país lo cumpla; no es menos cierto que los derechos que establecen estas declaraciones están basados en los principales pactos de derechos humanos universales, que sí son de cumplimiento obligatorio. Es por ello que muchos de

los derechos colectivos que se reconocen en estas declaraciones deben ser cumplidos por el Perú.

Esta teoría también es compartida por el Tribunal Constitucional; y, siendo los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios reconocidos por la Constitución de 1993, el Convenio 169 y la Declaración de Naciones Unidas, entre otros, son: i) derecho a la libre autodeterminación, ii) derecho a la identidad cultural; iii) derecho de participación; iv) derecho a la consulta previa; v) derecho a decidir y elegir sus prioridades de desarrollo; vi) derecho a conservar sus costumbres e instituciones; vii) derecho a la jurisdicción especial; viii) derecho sobre sus tierras y territorios; ix) derecho a los recursos naturales; x) derecho a la salud intercultural; xi) derecho a la educación intercultural y a la lengua/idioma.

Es necesario fortalecer el enfoque de interculturalidad en la institucionalidad estatal, no solo en los planes y políticas nacionales y sectoriales de desarrollo, sino también en la selección y asignación de responsabilidades de quienes asumen la conducción del diálogo intercultural.

Lo propio corresponde al Estado en relación a los líderes y lideresas de los pueblos indígenas u originarios, fortaleciendo su participación con una perspectiva de derechos fundamentales en espacios de toma de decisiones que les atañen a los ámbitos público y privado.





# CONTROL DIFUSO CONVENCIONAL Y SU RELACIÓN CON LA INDEPENDENCIA JURISDICCIONAL DE LOS JUECES CONSTITUCIONALES

Meza Flores, Eduardo J.\*

**SUMARIO:** I. Introducción.— II. La jurisdicción constitucional y la función del juez constitucional.— 1. Jurisdicción constitucional.— 2. Control de constitucionalidad.— III. Precisiones metodológicas.— IV. El control de convencionalidad en las sentencias analizadas.— 1. Control de convencionalidad ex officio por los jueces.— 2. Jueces deben tener en cuenta las interpretaciones de la Corte IDH obligatoriamente.— 3. Control dinámico y complementario.— 4. Corte IDH y adecuado control de convencionalidad por los jueces constitucionales.— V. Del control difuso constitucional al control difuso convencional y el rol del juez constitucional frente al juez supranacional.— 1. Control difuso convencional.— 2. Modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad.— 2.1. Control difuso de constitucionalidad como deber de los órganos jurisdiccionales.— 2.2. Control difuso por los jueces en el Perú.— 2.3. Pluralidad como garantía del adecuado ejercicio del control de constitucionalidad.— 3. Rol del juez constitucional frente al juez supranacional.— 3.1. Independencia del juez constitucional en el ejercicio de sus funciones.— 3.2. Independencia del juez constitucional respecto a los órganos internacionales.— VI. Conclusiones.— VII. Bibliografía.

## I. Introducción

En la actual coyuntura Latinoamericana es trascendente la labor de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH); sin embargo, es probable que tal activismo afecte los sistemas jurídicos de los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos cuando a través de sus sentencias se

obliga a los jueces de todos los Estados a efectuar un control de convencionalidad difuso imponiendo, sin proponérselo, un modelo de constitucionalidad y convencionalidad único para todos, pudiéndose afectar la independencia institucional y funcional, generando una relación de subordinación de los jueces nacionales.

---

\* Doctor en Derecho, docente de la Universidad Católica de Santa María de Arequipa-Perú.

Desde esta perspectiva, un sector de la doctrina considera que los órganos supranacionales, también pueden incurrir en defectos, al limitarse sus interpretaciones al instrumento internacional, sin considerar la realidad, estructura orgánica y la normativa de cada Estado parte<sup>1</sup>. En este camino se plantea que las relaciones entre jueces nacionales y jueces supranacionales —y consecuentemente entre los Estados parte y la Corte— puedan ser efectivamente complementarios o, de ser el caso, como agentes de armonización en una relación de interdependencia compartiendo fines específicos y concordantes<sup>2</sup>.

En este sentido, el objetivo del presente trabajo es el determinar si la obligación establecida por la Corte Interamericana de realizar un control de convencionalidad de las disposiciones nacionales con la Convención y sus interpretaciones, devienen una imposición que amenaza la independencia de los Estados parte en general y de los jueces constitucionales en específico, al no considerarse la realidad y los distintos sistemas jurídicos de tales Estados, tomando como ejemplo el caso peruano.

1 SAGUES, Néstor, “Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humano. Experiencia en Latinoamérica” en *Ius et Praxis*, año 9, n.º 1, recuperado de <<https://bit.ly/3ah5elB>>, 2003.

2 CARRILLO SANTARELLI, Nicolás y Carlos Espósito, “Los jueces nacionales como garantes de bienes jurídicos humanitarios” en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXIII, 1-29, 2011.

Para ello, se ubicaron las sentencias que la Corte Interamericana publicó en el periodo 2018 a julio del 2020 referidos al control de convencionalidad, empleando el método cualitativo basado en la técnica de la observación de los datos contenidos en las sentencias, procediendo a su interpretación y análisis de su significado, aplicando el análisis del discurso.

El trabajo permitió determinar que en el Perú la Convención Americana de Derechos Humanos al ser conformante del ordenamiento jurídico interno y por ende, del bloque de constitucionalidad, es empleada como parámetro de tal nivel al aplicar control difuso de constitucionalidad, no requiriendo recurrir a un control de convencionalidad, atribución propia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; generándose una relación de complementariedad o de interdependencia entre jurisdicciones y magistrados.

## II. La jurisdicción constitucional y la función del juez constitucional

### 1. Jurisdicción constitucional

La jurisdicción constitucional puede ser considerada como aquella atribución legalmente conferida a los órganos jurisdiccionales para resolver un conflicto o una incertidumbre jurídica en materia constitucional, firme y definitivamente. Respecto a los procesos constitucionales, la doctrina generalmente los clasifica en procesos

constitucionales de la libertad, procesos constitucionales de control orgánico o normativo, procesos heterogéneos, procesos que resuelven conflictos de competencia y procesos constitucionales transnacionales aunque en cuanto a este último existe cierta discrepancia doctrinal.

En relación la magistratura constitucional que la ejerce es importante determinar cuál es su estatuto jurídico y el tipo de magistratura, ya que cada país puede mostrar una diferente realidad y consecuentemente las competencias asignadas. Sin embargo, es también importante el contar con una magistratura capacitada que sea independiente de toda influencia interna y externa, individual e institucionalmente que permita garantizar efectivamente la supremacía constitucional y los derechos fundamentales y constitucionales.

Al efecto, Domingo GARCÍA BELAUNDE<sup>3</sup> señala que, esta magistratura adopta diversas modalidades en los distintos Estados. Así, puede estar a cargo de una magistratura ordinaria (como en los Estados Unidos de Norteamérica); o de una magistratura ordinaria especializada; o de tribunales constitucionales autónomos (como en Perú); o de tribunales constitucionales no autónomos conformantes del Poder Judicial, pero con autonomía económica, administrativa, disciplinaria y funcional (como

el Tribunal Federal Alemán) o a cargo de Salas constitucionales conformantes de la Corte Suprema con autonomía jurisdiccional, sin embargo en los demás aspectos dependen del Poder Judicial como en Costa Rica.

## 2. Control de constitucionalidad

Los modelos de control de constitucionalidad genéricamente, según la doctrina sobre la materia pueden ser originarios o derivados. (i) Los originarios a su vez se clasifican en políticos —a cargo del parlamento— y en jurisdiccionales, en el que el control de supremacía constitucional se efectúa por un órgano jurisdiccional el que puede ser especializado o no en la materia. Este último control jurisdiccional genéricamente puede ser de dos tipos: difuso o concentrado. (ii) En tanto que los modelos derivados se subdividen en mixtos (confusión de los originarios que generan uno diferente a aquellos) y paralelos (los modelos originarios conviven sin confundirse). Para efectos prácticos es de nuestro interés el modelo originario jurisdiccional que comprende al control difuso y al concentrado.

El modelo de jurisdicción constitucional difuso se sustenta en que toda ley que contraviene la Constitución deviene en inválida, siendo deber de los jueces de todas las instancias el declarar la inaplicación de la disposición inconstitucional en el caso concreto, generando efectos *Inter partes*, lo que puede ser negativo en la medida en que, tratándose de casos parecidos no se tiene certeza de

3 GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*, Lima: Grijley, 2003.

que los jueces apliquen similar criterio. Alexander Hamilton (s.f.)<sup>4</sup>, señalaba que los jueces deben considerar a la Constitución como una ley fundamental y dado que es función propia de las cortes el interpretar las leyes, entonces corresponde a los jueces la interpretación de la Constitución; y en el supuesto de un conflicto irreconciliable entre Constitución y ley, debe preferirse la primera al tener una validez superior<sup>5</sup>.

Por su parte el modelo de jurisdicción constitucional concentrado encarga el control constitucional abstracto de las leyes, en referencia a la supremacía constitucional, a un Tribunal Constitucional o a la Corte Suprema con autonomía e independencia establecidas en la propia Constitución, respecto a los poderes estatales, no confiando tal atribución a los jueces ordinarios. Los efectos de la sentencia suelen ser erga omnes, derogando la ley inconstitucional. La doctrina considera que tal control, puede ser previo o posterior a la vigencia de la ley que adolece de inconstitucionalidad, pudiendo ser principal o incidental dependiendo de cada país. Sobre el particular Hans Kelsen<sup>6</sup> señalaba que:

[...] La Constitución dispone, en el fondo, que las leyes no solamente deberán ser elaboradas según el procedimiento que ella prescribe, sino, además, que no podrán contener ninguna disposición que menoscabe la igualdad, la libertad, la propiedad, etcétera. Así, la Constitución no es sólo una regla de procedimiento, sino, además, una regla de fondo. Por consiguiente, una ley puede ser inconstitucional en razón de una irregularidad de procedimiento en su confección, o en razón de que su contenido contraviene los principios o direcciones formulados en la Constitución; es decir, cuando la ley excede los límites que la Constitución señala.

En cuanto a la situación de la jurisdicción constitucional en América del Sur NOGUEIRA ALCALÁ<sup>7</sup> sostiene que, a partir del estudio efectuado en diez países de la región, se observa una evolución significativa desde modelos difusos a mixtos incorporando el control concentrado. Por su parte en un trabajo de investigación realizado por Roa Roa<sup>8</sup> señala que, en Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela, coexisten el control concentrado con la competencia de los jueces “para inaplicar o someter a consulta la compatibilidad de las leyes con la Constitución. Aunque entre cada uno

4 Cit. BARKER, Robert, *La constitución de los Estados Unidos y su dinámica actual*, Lima: Grijley, 2005.

5 BARKER, *La constitución de los Estados Unidos y su dinámica actual*, ob cit.

6 KELSEN, Hans, *La garantía jurisdiccional de la constitución*, Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 23.

7 NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *El derecho procesal constitucional a inicios del siglo XXI en América Latina*, Bogotá: Universidad Externado, 2010.

8 ROA ROA, Jorge Ernesto, *La justicia constitucional en América Latina. Documento de trabajo n.º 34*, Bogotá: Universidad Externado, 2015, p. 6 y 7.

de estos sistemas hay diferencias sustanciales que restringen o amplían las competencias de los jueces para realizar control difuso”.

### III. Precisiones metodológicas

Las unidades de estudio principales están conformadas por las sentencias publicadas por la Corte IDH durante el periodo 2018 a julio del 2020 relacionadas al objetivo planteado, siendo nueve en total<sup>9</sup>, las que fueron obtenidas de la página web oficial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; empleándose el método cualitativo y la técnica de la observación de los datos contenidos en dichas sentencias, recurriéndose al análisis del discurso.

9 Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú de 12/03/2020 (*Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*) párrafo 269; Caso Rosadio Villavicencio vs. Perú de 14/10/2019 (*Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*) párrafos 166-167; Caso Rodríguez Revolorio y otros vs. Guatemala de 14/10/2019 (*Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*) párrafos 57-61; Caso Colindres Schonenberg vs. El Salvador de 04/02/2019 (*Fondo, Reparaciones y Costas*); Caso Órdenes de Guerra y otros vs. Chile de 29/11/2018 (*Fondo, Reparaciones y Costas*) párrafos 100; 101; 130-131; 135-136; Caso Mujeres Víctimas de Tortura sexual en Atenco vs. México de 28/11/2018 (*Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*) párrafo 138; Caso Amrhein y otros vs. Costa Rica de 25/04/2018 (*Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*) párrafos 99-101; Caso Herzog y otros vs. Brasil de 15/03/2018 (*Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*) párrafos 197-199; 293; 311-312 y Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela de 08/02/2018 (*Fondo, Reparaciones y Costas*) párrafos 191-192.

## IV. El control de convencionalidad en las sentencias analizadas

### 1. Control de convencionalidad ex officio por los jueces

La Corte IDH en tres sentencias considera que todos los órganos de los Estados parte incluyendo a sus jueces en todos sus niveles —y no sólo a sus máximos órganos jurisdiccionales— y órganos vinculados a la administración de justicia, están “sometidos” a la Convención Americana, por lo que resultan obligados de oficio a efectuar un “control de convencionalidad” respecto a sus disposiciones internas o los actos estatales confrontados con la Convención Americana, en el ámbito de sus competencias respectivas y conforme a las regulaciones procesales que les corresponde<sup>10</sup>.

### 2. Jueces deben tener en cuenta las interpretaciones de la Corte IDH obligatoriamente

En el Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú de 12 de marzo del 2020 (*Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*) párrafo 269; la Corte determina imperativamente que los jueces y los órganos vinculados a la administración

10 Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú de 12/03/2020 (*Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*) párrafo 269; Caso Órdenes de Guerra y otros vs. Chile de 29/11/2018 (*Fondo, Reparaciones y Costas*) párrafos 100; 101; 130-131; 135-136 y Caso Herzog y otros vs. Brasil de 15/03/2018 (*Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*) párrafos 197-199; 293; 311-312.

de justicia deben tener en cuenta, además del tratado, las interpretaciones que, sobre éste, ha efectuado la Corte Interamericana al ser la última intérprete de la Convención. En el caso concreto la Corte considera que tales interpretaciones son obligatorias y, “por tanto, en la aplicación de la nueva tipificación de tortura, las autoridades internas están obligadas a tomar en cuenta las interpretaciones de la Convención Americana realizadas por la Corte Interamericana, en este y otros casos[...]”.

### 3. Control dinámico y complementario

En cuatro sentencias se aprecia que la Corte la se refiere al control dinámico y complementario partiendo de la base dispositiva del Preámbulo de la Convención Americana cuando señala que ésta es complementaria al derecho interno de cada Estado parte, ya que corresponde a estos inicialmente garantizar internamente los derechos humanos de sus ciudadanos y posteriormente, de ser el caso, responder ante la Corte, por lo que ésta tiene una función subsidiaria, no sustituyendo a las jurisdicciones nacionales, sino que las complementa; pudiendo ser conformados y adecuados entre sí<sup>11</sup>.

11 Caso Rosadio Villavicencio vs. Perú de 14/10/2019 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) párrafos 166-167; Caso Rodríguez Revolorio y otros vs. Guatemala de 14/10/2019 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas) párrafos 57-61; Caso Colindres Schonenberg vs. El Salvador de 04/02/2019 (Fondo, Reparaciones y Costas) y Caso Amrhein y otros

### 4. Corte IDH y adecuado control de convencionalidad por los jueces constitucionales

En cinco sentencias, la Corte se refiere a este tema, resaltando que ha considerado lo determinado por los jueces nacionales para fundamentar e incluso conceptualizar las vulneraciones convencionales en casos concretos; así como también ha reconocido cuando la jurisdicción nacional remedió o resolvió una vulneración, una reparación razonable o ejerció un control de convencionalidad adecuado; en la medida en que un Estado es responsable internacionalmente si se le brindó la posibilidad de reconocer la vulneración de un derecho y su reparación por sus propios medios<sup>12</sup>.

### V. Del control difuso constitucional al control difuso convencional y el rol del juez constitucional frente al juez supranacional

vs. Costa Rica de 25/04/2018 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas) párrafos 99-101.

12 Caso Rosadio Villavicencio vs. Perú de 14/10/2019 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) párrafos 166-167; Caso Rodríguez Revolorio y otros vs. Guatemala de 14/10/2019 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas) párrafos 57-61; Caso Colindres Schonenberg vs. El Salvador de 04/02/2019 (Fondo, Reparaciones y Costas); Caso Mujeres Víctimas de Tortura sexual en Atenco vs. México de 28/11/2018 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas) párrafo 138 y Caso Amrhein y otros vs. Costa Rica de 25/04/2018 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas) párrafos 99-101.

A partir de tales sentencias trataremos de precisar en qué consiste lo que se ha dado por denominar por un sector de la doctrina como control difuso convencional y respecto a cuál sería el rol del juez constitucional con relación al juez supranacional a partir de tal control.

### 1. Control difuso convencional

El control de constitucionalidad gira en torno al principio de supremacía constitucional, como ley fundamental dentro del Estado Constitucional de aplicación directa y obligatoria, no existiendo dentro del ordenamiento interno norma superior a ésta; siendo evidente que los distintos Estados miembros de la Organización de Estados Americanos emplean diversos sistemas de control de constitucionalidad y si bien algunos son parecidos, no son iguales de una u otra forma; lo que también incide en las competencias de los propios magistrados y en los procedimientos que correspondan.

Respecto a la Convención Americana de Derechos Humanos, tampoco podría afirmarse que en tales Estados la Convención tiene el mismo nivel jerárquico; es decir, en algunos, podrá tener nivel infra constitucional, en otros de nivel constitucional y en otros, nivel supra constitucional.

De las sentencias analizadas se aprecia que la Corte IDH, al parecer por analogía, considera que, así como para defender la supremacía y los derechos constitucionales existe un control de

constitucionalidad; también para defender la aplicación de las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos y los derechos concernidos, le asiste un denominado *control de convencionalidad*. Sin embargo, de la revisión jurisprudencial de la Corte desde el caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile donde se inició el empleo de este constructo hasta el 20 de julio de 2020 fecha en que se expidió la sentencia del Caso Valle Ambrosio y otro vs. Argentina (Fondo y reparaciones) no se aprecia con claridad que la Corte haya definido en qué consiste el control de convencionalidad, pudiendo desprenderse ciertas características.

En este sentido hemos recurrido a la doctrina y a quienes han ejercido o ejercen cargos en la magistratura de la Corte IDH. Así para Sergio GARCÍA RAMÍREZ<sup>13</sup> expresidente de la mencionada Corte, en el artículo titulado *Sobre el control de convencionalidad*, indica que:

Parece obvio que la Corte Interamericana, que conoce de actos nacionales violatorios de normas internacionales, debe ejercer un control de aquellos a la luz de su congruencia con los mandamientos convencionales. Se trata de llevar a cabo el cotejo, la confrontación, la comparación entre unos y otros —destacando la preeminencia de la norma convencional— materia para el análisis del Tribunal y razón de sus determinaciones.

13 GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Sobre el control de convencionalidad. Pensamiento Constitucional”, en *Revista PUCP*, vol. 21, 2016, p. 173.

Considera que la Corte sí ha definido en que consiste, pero que los Estados miembros no han establecido un concepto unánimemente aceptado sobre éste, así como de la forma en que debe ser aplicado tal control de convencionalidad internamente y de los efectos que tendría:

Por ello, lo que digo en este apartado debe ser tomado con reserva, considerando las particularidades de cada régimen nacional e incluso de cada analista o aplicador del nuevo control. Hay una extensa variedad de soluciones y opiniones, que por sí misma acredita —es obvio— la necesidad de llevar a cabo un pulcro reexamen de esta figura garantista, animada por vientos de diversa naturaleza y conducida con distinto —e incierto— destino<sup>14</sup>.

Por su parte, Eduardo Ferrer MAC-GREGOR<sup>15</sup>, magistrado de la Corte IDH, señala que el *control de convencionalidad* es el que realiza la Corte IDH en sede internacional, por lo que prefiere usar la denominación de control difuso de convencionalidad para diferenciar la actividad de los jueces nacionales de aquella.

De la revisión jurisprudencial no se aprecia que la Corte IDH haya utilizado la denominación de control concentra-

do de convencionalidad para la labor que ella realiza o la de control difuso de convencionalidad para describir la que efectúan los jueces nacionales. Al respecto Eduardo Ferrer MAC-GREGOR<sup>16</sup>, señala que:

El “control difuso de convencionalidad” constituye un nuevo paradigma que deben de ejercer todos los jueces mexicanos. Consiste en el examen de compatibilidad que siempre debe realizarse entre los actos y normas nacionales, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), sus Protocolos adicionales, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), único órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, que interpreta de manera “última” y “definitiva” el Pacto de San José.

Este denominado control difuso de convencionalidad correspondería a los jueces nacionales, así como a los órganos vinculados a la administración de justicia en todos sus niveles, quienes están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención ADH, en atención de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes (Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú, sentencia del 12 de marzo del 2020).

Pero, aún más, la Corte reitera en el Caso Colindres Schonenberg vs. El

14 GARCÍA RAMÍEZ, “Sobre el control de convencionalidad. Pensamiento constitucional”, art. cit., p. 175.

15 MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*, año 9, n.º 2, Talca: Estudios Constitucionales, 2011.

16 MAC-GREGOR, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*, ob. cit., p. 532.



Salvador, Sentencia de 4 de febrero del 2019 (párrafo 129) que el control de convencionalidad entre los actos u omisiones y las normas internas y la Convención Americana, corresponde obligatoriamente a todas las autoridades del Estado parte, con la finalidad de que tanto la interpretación y la aplicación del derecho interno estén conforme a las obligaciones internacionales de los Estados parte. Cabe indicar que, para otros autores, este control es denominado control de convencionalidad interno.

## 2. Modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad

De las sentencias analizadas no se encuentra alguna referencia expresa similar a la que se realizó, por citar, en el Caso *Liakat Ali Alibux Vs. Surinam* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) Sentencia de 30 de enero del 2014 respecto a que la Convención IDH no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad; sin embargo pareciera que en la práctica discurre por otro camino, por cuanto es posible que en algunos países se esté produciendo un efecto contrario al que declara, a guisa de ejemplo tomaremos el caso peruano.

### 2.1. Control difuso de constitucionalidad como deber de los órganos jurisdiccionales

En el Perú el control concentrado de constitucionalidad de las leyes

(proceso de inconstitucionalidad) está a cargo del Tribunal Constitucional, cuyos magistrados en los procesos constitucionales de la libertad también deben aplicar control difuso, si fuere el caso. Sin perjuicio de ello, los jueces del Poder Judicial de todos los niveles y especialidades están facultados —y obligados— para aplicar control difuso cuando fuere necesario de conformidad con el artículo 138 de la Constitución Política de 1993. De existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces deben preferir la primera; y, de existir incompatibilidad entre una norma de rango legal con otra de rango infra legal, prima la legal.

Por su parte, en forma complementaria y general aplicable a todo proceso judicial, el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial refiere que, al pronunciarse sobre el fondo, cuando los Magistrados prefieran la norma constitucional sobre la legal y la sentencia no haya sido impugnada, deberán elevar en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema. Si la sentencia fue pronunciada por la segunda instancia deberá procederse de la misma forma, aun cuando no sea procedente recurso de casación; tal elevación en consulta no se requiere cuando la incompatibilidad sea entre una norma legal y una infra legal. En cuanto a los efectos, el mencionado artículo 14 determina que los jueces se circunscriben a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad

constitucional para el caso específico, no afectándose su vigencia, por cuanto el control de constitucionalidad abstracto corresponde al Tribunal Constitucional, órgano constitucionalmente autónomo e independiente de los poderes estatales<sup>17</sup>.

El Tribunal Constitucional en la Sentencia N.º 01735-2010-PA/TC del 2 de septiembre del 2010 reiteró determinadas condiciones para la aplicación del control difuso en el proceso constitucional por los jueces<sup>18</sup>.

---

17 En forma concordante y complementaria, se tiene el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, refiriendo que los Jueces están impedidos de inaplicar una norma cuya constitucionalidad fue confirmada en un proceso de inconstitucionalidad por el Tribunal Constitucional -o en un proceso de acción popular a cargo del Poder Judicial-, lo que resulta lógico ya que si en un proceso de control concentrado de inconstitucionalidad el máximo intérprete de constitucionalidad (Tribunal Constitucional) determina que una ley no es inconstitucional no cabría posteriormente interpretación contraria por un juez de inferior jerarquía en aplicación del control difuso, situación que brinda coherencia al sistema. El artículo 3 del mencionado Código por su parte, también señala que el control difuso será aplicable respecto a normas autoaplicativas incompatibles con la Constitución reafirmando la elevación en consulta a que se refiere el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

18 Así, señaló como requisitos los siguientes: "a) Que, en el proceso constitucional, el objeto de impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional... b) Que la norma a inaplicarse tenga una relación directa, principal e indisoluble con la resolución del caso, es decir, que ella sea relevante en la resolución de la controversia. c) Que la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible

Por su parte en el Poder Judicial, a través de Primer Pleno Jurisdiccional en materia constitucional y contencioso administrativo de la Corte Suprema de Justicia de la República Salas de Derechos Constitucional y Social del 2 al 10 de diciembre del 2015 estableció los criterios a observar por los jueces para ejercer el control difuso de la constitucionalidad normativa<sup>19</sup>. Posteriormente la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de la República en la Consulta Expediente N.º 1618-2016 Lima Norte (publicada en el Diario Oficial El Peruano el 7 de

---

con la Constitución, aun luego de haber sido interpretada de conformidad con la Constitución, en virtud del principio enunciado en la Segunda Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional'. (STC N.º 0195-2004-AA/TC, fundamento 16)".

19 El pleno acordó por unanimidad: "1.- Procede ejercer el control difuso de la constitucionalidad normativa contra autos. Su elevación en consulta deviene obligatoria si dicha resolución no es impugnada. 2.- Para el ejercicio del control difuso de la constitucionalidad normativa, los jueces de la República deberán observar, en ese orden, los criterios de (1) fundamentación de incompatibilidad constitucional concreta (2) juicio de relevancia, (3) examen de convencionalidad, (4) presunción de constitucionalidad, e (5) interpretación conforme". En lo concerniente al tercer requisito expresaron: "(3) Examen de convencionalidad. En tercer lugar, el juez deberá observar si aquella norma objeto de cuestionamiento resulta compatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), con los demás tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado peruano es parte, y con la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos". (Recuperado de <<https://bit.ly/3Asam12>>)

diciembre del 2017, página 7987-7990; estableció que los fundamentos del segundo considerando de esta sentencia constituyen doctrina jurisprudencial vinculante para todos los jueces del Poder Judicial, siendo que en dicho considerando se señalaron reglas para el ejercicio del control difuso en sede judicial ordinaria<sup>20</sup>.

20 “2.5 Enfatizando las siguientes reglas para el ejercicio del control difuso judicial:// *i*. Partir de la presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad de las normas legales, las que son de observancia obligatoria conforme lo prevé el artículo 109 de la Constitución Política, gozan de legitimidad en tanto hayan sido promulgadas conforme al procedimiento previsto en la Constitución; debiendo suponer a priori que la norma no viene viciada de ilegitimidad, en ese orden, quien enjuicie la norma esgrimiendo infracción a la jerarquía de la norma constitucional, debe cumplir con la exigencia de demostrar objetivamente la inconstitucionalidad alegada.// *ii*. Realizar el juicio de relevancia, en tanto solo podrá inaplicarse una norma cuando es la vinculada al caso, debiendo los jueces ineludiblemente verificar si la norma cuestionada es la aplicable permitiendo la subsunción de las premisas de hecho en los supuestos normativos, constituyendo la regla relevante y determinante que aporta la solución prevista por el ordenamiento jurídico para resolver el caso concreto; en tanto la inaplicación permitida es sólo respecto de la norma del caso en un proceso particular.// *iii*. Identificada la norma del caso, el juez debe efectuar una labor interpretativa exhaustiva, distinguiendo entre disposición y norma, siendo el primero el texto o enunciado legal sin interpretar, y la norma es el resultado de la interpretación, por lo que siendo el control difuso la última ratio, que se ejerce cuando la disposición no admite interpretación compatible con la Constitución, es obligación de los jueces haber agotado los recursos y técnicas interpretativas para salvar la constitucionalidad de la norma legal; por el contrario el uso indiscriminado acarrea inseguridad jurídica en relación a la aplicación de las normas, vulnerando el orden del sistema normativo.//

## 2.2 Control difuso por los jueces en el Perú

Los jueces al resolver un caso concreto deben efectuar un control de constitucionalidad —artículo 51<sup>21</sup> y 138<sup>22</sup> de la Constitución—, lo que implica verificar si las normas aplicables específicamente están conformes a la Constitución y normas del bloque de constitucionalidad<sup>23</sup> dentro de las que

*iv*. En esencia el control difuso es un control de constitucionalidad en concreto que conlleva la inaplicación al caso particular, por lo que es exigencia ineludible iniciar identificando los derechos fundamentales involucrados en el caso concreto, el medio utilizado, el fin perseguido, el derecho fundamental intervenido y el grado de intervención, para así poder aplicar el test de proporcionalidad u otro de igual nivel de exigencia, examinando si la medida legal en cuestión, supera el examen de idoneidad (de medio a fin), el examen de necesidad (de medio a medio), y el examen de proporcionalidad en sentido estricto (cuanto mayor la intensidad de la intervención o afectación del derecho fundamental, debe ser mayor el grado de satisfacción u optimización del fin constitucional).

21 “Artículo 51.- La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado”.

22 “Artículo 138.- La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”.

23 En la Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional de 29 de agosto de 2006 Exp. Nro. 0033-30025-PI/TC el Tribunal se refiere al bloque de constitucionalidad y las disposiciones que la conforman:

se encuentra la Convención ADH; por ende no solo aplican la Constitución y las leyes, teniendo en cuenta la jurisprudencia nacional, sino también la Convención ADH y las interpretaciones de las disposiciones que de ella hubiera realizado la Corte IDH y demás dispo-

- “§3. El bloque de constitucionalidad
6. El Tribunal Constitucional, en la STC 0047-2004-AITC, publicada el 8 de mayo de 2006, se ha pronunciado sobre el sistema de fuentes del derecho en nuestro ordenamiento jurídico; así, luego de precisar que la Constitución es una norma jurídica (fundamento 9) y que es la fuente de fuentes de derecho (fundamento 11), desarrolla el modo; de producción jurídica (fundamento 12 y ss.). Dentro de dicho esquema, detalla las fuentes normativas con rango de ley (fundamento 16), entre las cuales considera a la ley de reforma constitucional, a la ley ordinaria, a la Ley de Presupuesto de la República, a la Ley de la Cuenta General de la República y a la ley orgánica; del mismo modo, a las resoluciones legislativas que representan la excepción a la característica de generalidad de la ley (fundamento 17), para lo cual, conforme a lo expuesto en el artículo 102.1 de la Constitución se recurre a los artículos 72,75 y 76 del Reglamento del Congreso. También, incluye a los Tratados (fundamento 18. y ss.), conforme a lo dispuesto en los artículos 55, 56 Y 57 de la Constitución y conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria. Del mismo modo, considera al Reglamento del Congreso (fundamento 23), por disposición del artículo 94 de la Constitución; a los decretos legislativos (fundamento 25), conforme al artículo 104 de la misma; y a los decretos de urgencia (fundamento 26), de acuerdo al contenido del artículo 118.19. de la Norma Fundamental. Finalmente incluye, también, a las ordenanzas regionales y municipales (fundamentos 28 y 29, según corresponda), a tenor de lo dispuesto en los artículos 191 y 194, respectivamente”.

siciones convencionales; y al tratarse de derechos humanos deberán aplicar también los principios propios de tales derechos. Por ende, aún si la Corte IDH no hubiera remarcado jurisprudencialmente la obligación de los jueces de efectuar un control para cautelar el cumplimiento de la Convención ADH, los jueces peruanos tienen y tenían originariamente conforme a la Constitución la obligación de realizar tal control, pero desde nuestra perspectiva, dentro del *control de constitucionalidad*, función impuesta por la Constitución. El Tribunal Constitucional en la STC N.º 02652-2011-PA/TC del 14 de octubre del 2011 señala:

6. Que, en efecto, en la jurisdicción constitucional comparada es pacífico asumir que el primer nivel de protección de los derechos fundamentales les corresponde a los jueces del Poder Judicial a través de los procesos judiciales ordinarios. Conforme al artículo 138 de la Constitución los jueces administran justicia con arreglo a la Constitución y las leyes, puesto que ellos también garantizan una adecuada protección de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Sostener lo contrario significaría afirmar que el amparo es el único medio para salvaguardar los derechos constitucionales, a pesar de que a través de otros procesos judiciales también es posible obtener el mismo resultado. De igual modo, debe tenerse presente que todos los jueces se encuentran vinculados por la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos; más aún, la Constitución los habilita a efectuar el control difuso conforme a su artículo 138.

### 2.3 Pluralidad como garantía del adecuado ejercicio del control de constitucionalidad

Cuando un juez aplica control difuso, si su decisión no es apelada sube de oficio en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema quien verificará si efectivamente se aplicó razonable y objetivamente tal control dada la trascendencia e importancia, debiendo haberse observado los presupuestos determinados jurisprudencialmente. Ello, se constituye en una garantía no solo para los individuos, sino para la sociedad en su conjunto, ya que la aplicación del control difuso es entendida como de última ratio dada la importancia y la afectación al ordenamiento nacional, por ende, es una medida muy grave y extraordinaria para supuestos extraordinarios.

### 3. Rol del juez constitucional frente al juez supranacional

Al respecto debemos partir de una premisa básica como es la independencia de los jueces en general y de los constitucionales en particular en el Perú, para posteriormente delinear cual sería el rol del juez constitucional ante el juez supranacional.

#### 3.1. Independencia del juez constitucional en el ejercicio de sus funciones

El artículo 139 numeral 2 de nuestra Constitución señala que es un principio y derecho de la función jurisdiccional la independencia en el ejercicio de dicha función; “ninguna autoridad puede avocarse

a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno”.

Sobre el particular el Tribunal Constitucional en la sentencia del Exp. N.º 0023-2003-AI/TC del 09 de junio del 2004 resalta que esta independencia que les asiste a los jueces en el ejercicio de sus funciones implica que no debe haber injerencia de extraños, incluyendo a otros poderes del Estado e incluso, refiere, del mismo ente judicial al resolver un caso<sup>24</sup>.

En líneas generales podría afirmarse que la independencia judicial —independencia funcional— implica que el juzgador al momento de resolver lo

24 “28. La independencia judicial debe ser entendida como aquella capacidad autode-terminativa para proceder a la declaración del derecho, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, dentro de los marcos que fijan la Constitución y la Ley. En puridad, se trata de una condición de albedrío funcional. // 29. El principio de independencia judicial exige que el legislador adopte las medidas necesarias y oportunas a fin de que el órgano y sus miembros administren justicia con estricta sujeción al Derecho y a la Constitución, sin que sea posible la injerencia de extraños [otros poderes públicos o sociales, e incluso órganos del mismo ente judicial] a la hora de delimitar e interpretar el sector del ordenamiento jurídico que ha de aplicarse en cada caso”.

debe efectuar conforme a su real saber y entender, con criterio de conciencia, imparcialmente, con transparencia; sin admitir amenazas, interferencias o influencias externas (de otros poderes, personas, grupos económicos, de poder, etc.) ni internas provenientes del propio Poder Judicial. Esta independencia funcional se encuentra estrechamente relacionada con la independencia y autonomía institucional, por ende, es parte de la garantía que nos brinda el principio de separación-distribución de poderes.

Como se observa la independencia funcional se encuentra necesariamente comprometida, no sólo como un deber y un derecho, sino también como una garantía de la propia administración de justicia y de quienes recurren a su jurisdicción; independencia que es reconocida por la jurisprudencia nacional, así como por la Corte IDH y la Organización de las Naciones Unidas, encontrándose vinculada con la independencia institucional.

Sin embargo es necesario considerar que tal independencia no se ve afectada, sino que se garantiza en favor de los justiciables con el principio de pluralidad de instancias y facultad de revisión constitucionalmente establecida, de las resoluciones por otros jueces de superior jerarquía y que se encuentran debidamente desarrolladas y precisadas por normas conformantes del bloque de constitucionalidad como la Ley Orgánica del Poder Judicial<sup>25</sup>, en el caso

peruano e incluso en dicha norma se precisa el alcance de la jurisprudencia y la vinculatoriedad que a ésta se confiere en el ámbito nacional, de manera que se garantice una independencia efectiva. Por su parte el Código Procesal Constitucional se refiere a esta materia, con relación a la jurisdicción constitucional, en los artículos VI<sup>26</sup> y VII<sup>27</sup> de su Título Preliminar.

---

Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial 'El Peruano' de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales.

Estos principios deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. En caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan.

Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la República pueden excepcionalmente apartarse en sus resoluciones jurisprudenciales, de su propio criterio jurisprudencial, motivando debidamente su resolución, lo que debe hacer conocer mediante nuevas publicaciones, también en el Diario Oficial "El Peruano", en cuyo caso debe hacer mención expresa del precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que invocan.

26 "Artículo VI.- Control Difuso e Interpretación Constitucional [...]

Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional".

27 "Artículo VII.- Precedente

Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada

---

25 "Artículo 22.- Las Salas Especializadas de la

### 3.2. Independencia del juez constitucional respecto a los órganos internacionales

Cabría preguntarse, en relación al tema de la independencia judicial, cuál sería la relación que existe entre el juez constitucional y los magistrados de la Corte IDH, si bien es cierto que las decisiones de la Corte IDH son obligatorias cuando dicho jueces forman parte del Estado que intervino en el proceso contencioso; pero, según la Corte, en los demás casos los jueces deben tener en consideración la interpretación que de sus disposiciones ha efectuado; siendo en la práctica, interpretaciones vinculantes y obligatorias, como se desprende de las sentencia reseñadas.

En este aspecto es importante concordar los artículos 55 y IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución con el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional<sup>28</sup>, el cual señala que los derechos constitucio-

nales deben ser interpretados teniendo en consideración los tratados sobre derechos humanos y las interpretaciones efectuadas por tribunales internacionales sobre la misma materia, siempre que el Perú sea parte.

El Tribunal Constitucional en la sentencia del Expediente N.º 2730-2006-PA/TC del 21 de julio del 2006 fundamento jurídico 12 expresa que las sentencias de la Corte IDH son vinculatorias para todo el poder público nacional, incluyendo al Tribunal Constitucional, y tal vinculatoriedad se extiende hasta a aquellos casos en los que el Perú no fue parte en el proceso de conformidad con el artículo 62.3 de la CADH y la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución. Sin embargo, señala en el fundamento jurídico 15 que no hay una relación de jerarquía entre la Corte IDH y el Tribunal Constitucional peruano, sino una relación de cooperación en la interpretación en favor de la persona en cuanto a derechos humanos, ello en concordancia con el artículo 29 inciso b de la CADH<sup>29</sup>.

---

constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente”.

28 “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”.

---

29 “15. Lo expuesto, desde luego, no alude a una relación de jerarquización formalizada entre los tribunales internacionales de derechos humanos y los tribunales internos, sino a una relación de cooperación en la interpretación pro homine de los derechos fundamentales. No puede olvidarse que el artículo 29.b de la Convención proscribiera a todo tribunal, incluyendo a la propia Corte, ‘limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados’. Ello significa,

En el ámbito internacional, la Convención ADH preceptúa en el artículo 8 numeral 1 que “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[...]”<sup>30</sup>. Este artículo se complementa con el artículo 25 referido a la protección judicial en cuanto refiere que los Estados parte se comprometen “a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga[...]”.

La Corte IDH en el Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú Sentencia de Fondo, reparaciones y Costas (párrafo 130) remarca que “el juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, independiente e imparcial de acuerdo con el artículo 8.1 de la Convención Americana”. En tanto que en el Caso Tribunal Constitucional Vs, Perú Sentencia de 31 de enero del 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas)<sup>31</sup> en el párrafo 73 señala que “esta Corte considera que uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos, es la garantía de la independencia de los jueces[...]”; y

---

por ejemplo, que los derechos reconocidos en el ordenamiento interno y la interpretación optimizadora que de ellos realice la jurisprudencia de este Tribunal, también es observada por la Corte”. (Recuperado de <<https://bit.ly/3oDJl2V>>.)

30 Recuperado de <<https://bit.ly/3iD5LTh>>.

31 Recuperado de <<https://bit.ly/3aiDgpC>>.

en la misma sentencia en el párrafo 75 expresa:

75. Esta Corte considera necesario que se garantice la independencia de cualquier juez en un Estado de Derecho y, en especial, la del juez constitucional en razón de la naturaleza de los asuntos sometidos a su conocimiento. Como lo señalara la Corte Europea, la independencia de cualquier juez supone que se cuente con un adecuado proceso de nombramiento, con una duración establecida en el cargo y con una garantía contra presiones externas.

La Comisión IDH en su Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos en el párrafo 229 resalta la importancia de la independencia judicial como principio general del derecho internacional:

229. Este derecho a un juicio justo se sustenta en los conceptos fundamentales de la independencia e imparcialidad de la justicia que, al igual que los principios del derecho penal enumerados anteriormente, son ampliamente considerados como principios generales del derecho internacional indispensables para la debida administración de justicia y la protección de los derechos humanos fundamentales. El requisito de independencia, a su vez, requiere que los tribunales sean autónomos de otras ramas del gobierno, estén libres de influencias, amenazas o interferencias de cualquier origen o por cualquier razón, y cuenten con otras características necesarias para garantizar el cumplimiento apropiado e independiente de las funciones judiciales, incluidas la estabilidad de un cargo y la capacitación profesional adecuada [...]<sup>32</sup>.

---

32 Recuperado de <<https://bit.ly/2WRfT8p>>.



Al respecto cabe tener en cuenta los *Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura* formulados por las Naciones Unidas en el año 1985; en particular los relativos a la imparcialidad, exclusividad para decidir y la proscripción de intromisiones indebidas o injustificadas en el proceso judicial:

2. Los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo.
3. La judicatura será competente en todas las cuestiones de índole judicial y tendrá autoridad exclusiva para decidir si una cuestión que le haya sido sometida está dentro de la competencia que le haya atribuido la ley.
4. No se efectuarán intromisiones indebidas o injustificadas en el proceso judicial, ni se someterán a revisión las decisiones judiciales de los tribunales. Este principio se aplicará sin menoscabo de la vía de revisión judicial ni de la mitigación o conmutación de las penas impuestas por la judicatura efectuada por las autoridades administrativas de conformidad con lo dispuesto en la ley<sup>33</sup>.

De acuerdo a las disposiciones glosadas, a las sentencia del Tribunal Constitucional y de la Corte IDH así como de los principios señalados por las Naciones Unidas, consideramos que los

magistrados constitucionales mantienen su independencia externa en relación a la Corte IDH; sin embargo, la labor que desarrolla esta Corte es de complementariedad de la que cumplen los jueces constitucionales, como se desprende de su jurisprudencia cuando señala que existe un control complementario de las obligaciones convencionales ya que al Estado parte le corresponde una obligación primaria a cargo de las instancias internas y una obligación complementaria (principio de complementariedad o subsidiariedad) a cargo de instancias internacionales como son la Corte IDH y la CIDH.

En consecuencia, no existe —al menos teóricamente— una sujeción funcional de los jueces constitucionales respecto a los jueces internacionales como son los magistrados de la Corte IDH, debiendo considerarse que los jueces constitucionales forman parte de la estructura interna del Estado parte.

Por otro lado, en cuanto a la vinculatoriedad de los jueces constitucional respecto a las interpretaciones de la Corte IDH para casos en los que el Estado no ha sido parte en el proceso contencioso, tendrían una función complementaria —a partir del Preámbulo de la Convención ADH al referirse que la protección que proporciona es coadyuvante o complementaria al derecho interno de los Estados americanos—, no siendo la Corte una instancia más. Por tanto el rol del juez constitucional ante el juez internacional y viceversa,

33 Recuperado de <[bit.ly/3ai3l8o](https://bit.ly/3ai3l8o)>.

es una función de complementariedad y de cooperación como señala el Tribunal Constitucional, siendo a nuestro entender que en el caso peruano el juez constitucional no se convierte en un juez de convencionalidad ni aplica control de convencionalidad —propio de la Corte IDH—; sino que la función que desempeña es la de un juez constitucional que aplica control de constitucionalidad al ser considerada la Convención ADH como disposición conformante del ordenamiento interno del Perú que también tiene en consideración las interpretaciones que efectúa la Corte IDH.

A ello debe sumarse que de la revisión de la Convención ADH no se aprecia disposición que confiera a todas las interpretaciones de la Corte IDH fuerza obligatoria en todo supuesto, efecto normativo ni que tal facultad se haya otorgado a los magistrados de dicha Corte.

Situación distinta se presenta cuando el Estado —al que pertenecen los jueces constitucionales— fue parte de un proceso contencioso ya que éste debe cumplir con lo ordenado por la Corte en atención al artículo 68 inciso 1 de la CADH<sup>34</sup>, por ende, los jueces constitucionales deberán cumplir en lo pertinente con lo dispuesto

en la parte resolutive y considerar la *ratio decidendi* de la misma.

En esencia, como ya indicamos, compartimos lo señalado por el Tribunal Constitucional en la sentencia del Expediente N.º 2730-2006-PA/TC cuando afirma que en atención al artículo 29 inciso b) de la Convención ADH ninguna Corte —nacional o internacional— puede limitar ni el goce ni el ejercicio de derechos o libertades reconocidos en las leyes de los Estados partes o en atención a otra convención en la que sea parte tales Estados.

De lo señalado se desprende que los jueces constitucionales pueden apartarse de la jurisprudencia establecida por la Corte IDH en el supuesto señalado en el mencionado artículo —exponiendo razonada y objetivamente los fundamentos de hecho y de derecho que lo sustentan—, pero además los jueces constitucionales, en materia de derechos humanos deben aplicar los principios especiales que inspiran tales derechos tanto para su aplicación como para su interpretación, como el principio *pro homine*.

De acuerdo con este principio, el juez constitucional puede preferir la disposición más favorable a la persona humana independientemente de si trata de una disposición nacional o internacional —en concordancia con el artículo 29 inciso b) de la Convención ya referido y de otras disposiciones como el artículo 5 inciso 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y

34 “Artículo 68

1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.
2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado”.

Políticos, artículo 5 inciso 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Pero tal principio también faculta a que el juez constitucional efectúe una interpretación lo más favorable a la persona humana, siempre que no menoscabe el sistema, ya que tal facultad tampoco es ilimitada y arbitraria—, pudiendo el juzgador realizar una interpretación que se aleje de la interpretación, por ejemplo, de la Corte IDH.

Sin perjuicio de lo expresado cabría analizar la posibilidad de empleo por los jueces constitucionales del margen de apreciación nacional, creación jurisprudencial a que se refiere el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el que fue sustentado, entre otros, en el caso *Handyside* contra Reino Unido sentencia del 7 de diciembre de 1976 estando aún en desarrollo; siendo su finalidad el “conciliar la homogeneidad exigida en el Convenio en torno a los derechos allí reconocidos y la subsidiariedad propia de un tratado internacional. Es más, probablemente sin él este sistema de protección de Derechos Humanos no gozaría de su buena salud”.

En el Asunto *Stern Taulats y Rora Capellera* contra España sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 13 de marzo de 2018 en el párrafo 31 señaló que los Estados contratantes detentan un cierto margen de apreciación para valorar la existencia de tal necesidad<sup>35</sup>.

Debemos concluir resaltando que cada Estado es una realidad diferente; si bien compartimos elementos y aspiraciones comunes, también lo es que, como las personas, existen diferenciaciones que abarcan incluso la organización y estructuración política y jurisdiccional, mereciendo, por lo menos, ser observadas dentro de los cánones que inspiran los sistemas democráticos y constitucionales de derecho donde se respeten las diferencias y se construyan puentes comunes, más por la razón que por la fuerza.

## VI. Conclusiones

En estricto el control de convencionalidad es una función inherente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos por mandato expreso del artículo 62 de la Convención ADH al asignarle competencia sobre todo caso relativo no sólo a la aplicación de ésta, sino, también sobre su interpretación; siendo que, a tenor de su artículo 68 los Estados partes, y obviamente sus jueces, se comprometen a cumplir con las decisiones de la Corte IDH en todo caso en que sean parte; por tanto no tendrían la misma fuerza en los demás casos.

Sin embargo, de acuerdo con lo señalado por la Corte en los casos analizados, pareciera que en todo supuesto—sin diferenciar si el Estado fue o no parte en el proceso en concreto— se debe cumplir con las decisiones e interpretaciones de la Corte y, por tanto, correspondería que los jueces

35 Recuperado de <<https://bit.ly/3ahuMip>>.

nacionales de todos los Estados parte apliquen un “control de convencionalidad” que probablemente trastoque el sistema jurídico de tales Estados, como en el caso peruano, al tener mecanismos constitucionales pre establecidos que pueden cumplir a cabalidad con tal fin a través del control difuso de constitucionalidad —o incluso cuando corresponda, por medio del control concentrado de constitucionalidad— con la defensa de la Constitución y disposiciones conformantes del bloque de constitucionalidad, dentro del que se ubica la Convención Americana de Derechos Humanos, al ser conformante de nuestro ordenamiento nacional y, por tanto, es parámetro de constitucionalidad; brindando este sistema las garantías constitucionales necesarias.

En este sentido, en el caso peruano, la obligación impuesta a los jueces constitucionales por la Corte Interamericana de realizar un control de convencionalidad de las disposiciones nacionales con la Convención y sus interpretaciones en todos los casos, devendría en una imposición que afectaría la independencia de los Estados parte en general y de los jueces constitucionales en particular, al no considerarse la realidad y los distintos sistemas jurídicos de cada Estado; lo que generaría una relación de subordinación más no una de “naturaleza convencional coadyuvante o complementaria

de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”, como reza el preámbulo de la Convención Americana de Derechos Humanos.

## VII. Bibliografía

- BARKER, Robert, *La constitución de los Estados Unidos y su dinámica actual*, Lima: Grijley, 2005.
- CARRILLO SANTARELLI, Nicolás y Carlos ESPÓSITO, “Los jueces nacionales como garantes de bienes jurídicos humanitarios” en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXIII, 1-29, 2011.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*, Lima: Grijley, 2003.
- GARCÍA RAMÍEZ, Sergio, “Sobre el control de convencionalidad. Pensamiento Constitucional”, en *Revista PUCP*, vol. 21, 2016.
- KELSEN, Hans, *La garantía jurisdiccional de la constitución*, Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.
- MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*, año 9, n.º 2, Talca: Estudios Constitucionales, 2011.
- NOGUERA ALCALÁ, Humberto, *El derecho procesal constitucional a inicios del siglo XXI en América Latina*, Bogotá: Universidad Externado, 2010.
- ROA ROA, Jorge Ernesto, *La justicia constitucional en América Latina. Documento de trabajo n.º 34*, Bogotá: Universidad Externado, 2015.
- SAGUES, Néstor, “Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humano. Experiencia en Latinoamérica” en *Ius et Praxis*, año 9, n.º 1, recuperado de <<https://bit.ly/3ah5elB>>, 2003.

# ACTIVISMO JUDICIAL:

## UNA TESIS DE DEFENSA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Edwin Figueroa Gutarra\*

*El derecho maltrata a quienes debe cuidar, persigue a quienes debe proteger, ignora a quienes debe mayor atención, y sirve a quienes debe controlar.*

Roberto Gargarella

**SUMARIO:** I. Introducción. – II. Activismo judicial: un esbozo de definición. – III. ¿Estado jurisdiccional?. – IV. Niveles de activismo judicial. – V. Por un activismo judicial restringido como punto de equilibrio. – 1. El juez activista y su argumentación intenta resolver los casos, y no eludir la decisión. – 2. Se desconocen las ataduras interpretativas. – 3. Se hace menos énfasis en el Derecho objetivo conocido, dándole más flexibilidad a los jueces en el manejo de los mismos y en la selección de fuentes elegidas para resolver el caso. – 4. La existencia de votos disidentes que denuncian un voto de mayoría que se aparta del Derecho puede servir de alerta. – 5. El *activismo judicial* es una tarea de *última ratio*. – VI. Críticas al activismo judicial. – VII. Corte Suprema y activismo judicial. – VIII. Conclusiones provisorias sobre un tema en expansión. – IX. Bibliografía.

### I. Introducción

Un examen *a vol d'oiseau*, o muy rápido, del *activismo judicial* denota dos tendencias muy marcadas: una primera

prevalente en Latinoamérica, en la cual se identifica este movimiento como una defensa dinámica de los jueces en relación a los derechos fundamentales;

\* Doctor en Derecho. Juez Superior Distrito Judicial Lambayeque, Poder Judicial del Perú. Profesor de la Academia de la Magistratura del Perú. Docente Área Constitucional Universidad San Martín de Porres, Filial Chiclayo. Ex becario del Consejo General del Poder Judicial de España y de la Agencia Española de Cooperación Internacional AECID. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y de la International Association of Constitutional Law. (IACL). [efigueroag@pj.gob.pe](mailto:efigueroag@pj.gob.pe).

y una segunda, más enfática en el ordenamiento europeo, en especial España, realidad en la cual el juez activista en propiedad no debería actuar de una forma determinada.

El presente estudio pretende decantarse por la primera posibilidad y ciertamente diferencia grados a través de los cuales configuramos niveles de intensidad del *activismo judicial*. De esa forma, será impropia una forma de *hiperactivismo judicial*, en la cual la voluntad o decisionismo judicial supera la realidad más allá de los límites de la razonabilidad y de la proporcionalidad, y nos encontramos frente a escenarios distorsionados de *activismo judicial*. En este último caso, incluso, existe una vocación marcadamente invasiva de las competencias y atribuciones asignadas a otros entes del Estado.

En el mismo contexto de definiciones de entrada, el *hipoactivismo judicial* es una defensa linealmente laxa de los derechos fundamentales, dado que se impregna esta figura de un teñido formalismo y observancia *in extremis* del principio de legalidad, el cual constituye, en esta modalidad, punto de partida y llegada de la argumentación judicial. De esa forma, una corriente literalista del derecho es la única fuente de interpretación de los derechos en este ámbito de activismo.

Frente a esos escenarios opuestos, afianzamos las bases conceptuales de un *activismo judicial restringido*, el cual se matiza sustantivamente en una defensa

material de los derechos fundamentales, pero al mismo tiempo, existe una prudencia o *self restraint*, figura que entendemos como un punto de equilibrio y moderación, del mismo modo que un óptimo de Pareto, en defensa de las libertades públicas que consigna una Carta Fundamental.

El *activismo judicial restringido* representa, entonces, un escenario de aceptabilidad que supera las explicaciones del Federalista 78, al defender Hamilton la noción de un poder contramayoritario —los jueces— que a su vez ratificaba la supremacía de la Constitución al controlar las leyes del Parlamento. En este contexto de ideas sobre facultades de los jueces en pro de los derechos de la persona, al culminar el siglo XVIII, advertimos pues las semillas de un constitucionalismo que irá ganando cada vez mayor espacio protagónico en las democracias contemporáneas.

Y en rigor, ha sido tan intenso el desarrollo de la justicia constitucional en el siglo XX, que pensadores como Carl Schmitt esbozan, de entrada, la existencia de un *Estado jurisdiccional* o *Estado de justicia*, representando, en nuestra visión, la paradoja de un *Estado dual*, pues los jueces ejercerían actos de gobierno sin ser, en propiedad, gobernantes. Aludimos con esto a la declaración de inconstitucionalidad, por parte de los jueces, de las decisiones tanto del Parlamento como del Poder Ejecutivo, o incluso de otros órganos constitu-

cionales autónomos, si acaso una ley contraviene la Carta Fundamental.

Ahora bien, apuntamos en este sustento de ideas a una noción más consolidada de los jueces constitucionales, pues son tanto jueces de la Constitución quienes conocen causas relativas a derechos fundamentales en el Poder Judicial, como son jueces de la Carta Fundamental, de la misma forma, quienes bajo la pauta de mandatos temporales, ejercen igual defensa de derechos fundamentales en Tribunales, Cortes y Consejos constitucionales, incluso en aquellos sistemas usualmente federales, en los cuales el control constitucional es detentado por la Corte Suprema, como sucede en los Estados Unidos de Norteamérica.

Concluimos este estudio con un abordaje del mandato moral al cual está impelida una Corte Suprema, en la medida que representa el más alto estamento de la actividad judicial de carrera.

Ponemos énfasis, de la misma forma, en graficar la idea de evitar los extremos de las figuras que acotamos: ni el *hiperactivismo* ni el *hipoactivismo* judiciales representan estándares de razonabilidad en las actuaciones de los jueces, situación que nos insta a construir un perfil de juez involucrado en la defensa real de los derechos primeros de la Carta Fundamental.

## II. Activismo judicial: un esbozo de definición

Una importante reflexión de entrada se ciñe a la idea de que “si el mundo

moderno hubiera quedado [...] sólo a merced del carácter violento [...] y del valor existencial de la política moderna, ese mundo no habría sido otra cosa, según Schmitt, que un perpetuo e inhabitable *bellum omnium contra omnes* hobbesiano”<sup>1</sup>.

Precisamente el mundo hoy no es una guerra de todos contra todos porque existe un Estado de derecho, y parte de esa justificación es la existencia de los jueces, como soporte de la ley y la Constitución, y sin embargo, esto no asegura un camino sencillo, exento de conflictos y colisiones entre derechos.

En ese mismo norte de conceptos, el complejo funcionamiento de las realidades judiciales de cada país nos conduce al escenario que se expresa en que a menor conflicto social, es menor el requerimiento de la actuación judicial y “ésta es la razón por la cual los estudios y eventuales propuestas sobre el Judicial deben ser multidisciplinares”<sup>2</sup>. En esta línea de pensamiento, podemos argüir referencialmente líneas diferenciadas de pensamiento sobre el quehacer judicial. Desde un primer ámbito, MONTESQUIEU ya asumía en el año 1764 que:

1 CAMPDERRICH, Ramón, “Soberanía, “Estado dual” y excepcionalidad: de Carl Schmitt a los Estados Unidos del siglo XXI” en *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, n.º. 15, Universidad de Barcelona: 2007, p. 5.

2 ASOCIACIÓN NACIONAL DE MAGISTRADOS DEL PERÚ, *Junta Nacional de Justicia, otra oportunidad perdida*. Recuperado de < <https://bit.ly/3DiHoCs>>, 2020, p. 2.

[L]os jueces [...] no son más que “el instrumento que pronuncia las palabras de la ley (*la bouche qui prononce les paroles de la loi*), seres inanimados, que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes, de ahí que el poder de juzgar (*la puissance de juger*) sea, en cierto modo, nulo (*en quelque façon nulle*)”<sup>3</sup>.

Lo aseverado por el barón de la Bréde identifica una actitud pasiva de los jueces, y frente a ello es necesario sumar una conducta opuesta, que pretendemos expresar en la figura del *activismo judicial*.

Un estudio de Manuel ATIENZA sobre esta institución nos plantea, de inicio y como hemos referido *supra*, dos versiones de comprensión de este accionar de los jueces, definiciones arraigadas por matices geográficos: de un lado, reviste el *activismo judicial* “un sentido inequívocamente descalificatorio” en contextos europeos, mas no sucede lo mismo en Latinoamérica, pues en esta última región “supone atribuirle una cualidad positiva: activista es el juez que se toma en serio lo que constituye la función esencial de la jurisdicción: la defensa de los derechos fundamentales de las personas”<sup>4</sup>. Acota el mismo autor que en el caso francés hablamos de un *gouvernement des juges*.

---

3 JIMENEZ, Carmelo, “El Poder Judicial y la defensa de la Constitución en Carl Schmitt”, en *Revista de Estudios Políticos. (nueva época)*, n.º 161, Madrid: 2013, p. 42.

4 ATIENZA, Manuel, *El diálogo entre teoría y praxis*, Ciudad de México: Tirant lo Blanch. Recuperado de <<https://bit.ly/2WYjVqA>>, 2018, p. 1.

Un segundo matiz de importancia del *activismo judicial* puede ser advertido desde la perspectiva política de defensa de los derechos: nos referimos a una tendencia conservadora o a una progresista. ATIENZA refiere que, en relación a la legislación social en Estados Unidos, en 1921 “Eduard Lambert [...] expresaba que los jueces constitucionales tienen una tendencia hacia el conservadurismo social, y de ahí el peligro de instaurar un sistema que establezca una primacía de los jueces sobre los otros poderes”<sup>5</sup>.

Es verdad que, en forma tradicional, se suele asociar la labor de los jueces al *statu quo* que la ley representa. La norma supondría, en abstracto, la sujeción del ciudadano a los mandatos del legislador, y si ese modo de actuar se rompe, la actuación jurisdiccional vuelve el cauce a su estado normal de observancia de la ley.

Y sin embargo, la ligazón de vinculación a la ley se rompe si ésta deviene contradictoria con los derechos fundamentales reconocidos en la Carta Fundamental de un Estado. En consecuencia, a un siglo del enunciado de Lambert, consideramos que antes que un progresismo en la naturaleza de los derechos, el arquetipo de juez activista, por naturaleza a quien hemos de referirnos en lo que resta de este trabajo, es el *juez activista restringido*, quien resulta vinculado moralmente a los mandatos constitucionales de los *veri diritti fondamentali*, o verdaderos derechos fundamentales.

---

5 ATIENZA, *El diálogo entre teoría y praxis*, ob. cit., p. 3.



Un tercer segmento de *activismo judicial* puede ser distinguido desde lo que ATIENZA denomina la “creación judicial del derecho”<sup>6</sup>, pues a mayor indeterminación del Derecho, mayor es el deber moral de encontrar una solución al problema, y he aquí, a su vez, en desarrollo de la figura que acotamos, que a menor indeterminación del Derecho, esto es, si el problema que se le presenta al juez es subsumible sin problemas en una premisa normativa, entonces la solución al conflicto exige menos *activismo judicial*.

Valga enunciar que la indeterminación del derecho representa una de las dificultades de mayor exigencia respecto a los derechos fundamentales. No estamos ante un problema de antinomias, lo cual supone la concurrencia de dos reglas incompatibles entre sí, esto es, la regla uno que se opone a la regla dos, sino ante un vacío o laguna en la ley o en la misma Constitución, lo cual exige una tarea integradora de delicado curso, pues se supone que los silencios de la ley o la Carta Fundamental deben ser colmados con principios, valores o directrices, que a su vez satisfagan estándares de razonabilidad o proporcionalidad.

Desde otra dimensión de análisis conceptual, GARCÍA y VERDUGO anotan que “la definición de *activismo judicial* dependerá del concepto que se tenga de democracia, del rol de los jueces dentro del sistema político, y de teorías jurídicas

acerca de la interpretación normativa y la función jurisdiccional”<sup>7</sup>.

La definición que antecede nos ofrece un amplio marco de análisis. De esa forma, conviene indagar si “el *activismo judicial* tiene un déficit popular [...] porque carece de legitimidad electoral”<sup>8</sup>. Conforme hemos ya reseñado a partir de una referencia anterior<sup>9</sup>, la crítica que se hacía a los jueces (un poder contramayoritario por no haber sido elegido en las urnas) por su labor de control sobre el congreso (un poder mayoritario que sí gozaba de legitimidad electoral), se superaba al asumirse que los jueces cuanto hacían, al controlar las decisiones del parlamento, era una tarea de ratificación de la supremacía de la Constitución. Por consiguiente, era viable que en una democracia existiera control judicial constitucional.

En esa norte de ideas, podemos construir la idea de que el *activismo judicial*, restringido si queremos anotar su matiz sustantivo y principal, es plenamente compatible con la noción de una *democracia constitucional*, forma de gobierno en la cual los controles últimos de las democra-

6 Ibid., p.7

7 GARCÍA, José Francisco, y Sergio VERDUGO, “Activismo judicial. Un marco para la discusión”, en *Revista Jurídica del Perú*, t. 153, Lima: 2013. Recuperado de <<https://bit.ly/2YA4S79>>, p. 64.

8 GARCÍA y VERDUGO, “Activismo judicial. Un marco para la discusión”, art. cit., p. 74.

9 GARGARELLA, Roberto, “La dificultad de defender el control judicial de las leyes” en *Isonomía*, n.º6, 1997. Recuperado de <<https://bit.ly/3mAWOey>>, p. 55.

cias están a cargo de los jueces pero desde dos dimensiones: una primera de democracia en el sentido de apertura por los derechos fundamentales, y una segunda de control desde la concepción misma de que una democracia sin controles, equivalente a la idea del Ulises desatado, del cual el profesor noruego Elster nos da una idea no precisamente favorable<sup>10</sup>.

Aportemos otro esbozo de definición de *activismo judicial*:

Activismo sería una característica que predicamos del comportamiento de algunos jueces o de algunas de sus decisiones y que hacemos depender del grado de vinculación que reconocen a los materiales autoritativos del derecho, de los criterios interpretativos que adoptan o del respeto que muestran a la distribución competencial establecida en el derecho<sup>11</sup>.

Esta línea de definición de LIFANTE se opondría a una idea más *a contrario* de Cross, para quien “*The most common standard for judicial activism is a decision striking down a statute passed by the legislature*”<sup>12</sup>. En traducción libre tendríamos pues que un estándar común del *activismo judicial* sería derribar una

decisión del Poder Legislativo. Y es propiamente lo que ocurre, en grado superlativo, cuando los jueces dejan sin efecto decisiones soberanas del Parlamento, dada la inconstitucionalidad de éstas.

SCACCIA nos brinda algunas nociones adicionales, también en vía de definición:

“[...] podríamos definir como activistas a los tribunales que buscan expandir el rol judicial en comparación con el rol asignado a los órganos políticos y legislativos, al implementar y desarrollar principios constitucionales y particularmente la garantía de los derechos fundamentales en sede judicial”<sup>13</sup>.

Las definiciones que anteceden, en conjunto, se desvían de una concepción pacífica del derecho, y precisamente ése es el germen del *activismo judicial*: actuar en defensa de la Constitución en circunstancias complejas, que demandan una respuesta “más allá de la norma”. En tal sentido, no podemos asumir como cierta una definición horizontal de *activismo judicial*, sino un énfasis en defensa de la *Norma de Normas*, lo cual en su camino implica, en casos excepcionales, una tarea de corrección de la labor regulativa de otros poderes del Estado.

### III. ¿Estado jurisdiccional?

La noción de *Estado jurisdiccional* deviene compleja en cuanto representa

10 GARGARELLA, “La dificultad de defender el control judicial de las leyes” art. cit., p. 111.

11 LIFANTE, Isabel, “Relatoría. Activismo judicial y judicialización de la política” en *Revista I Latina*, Río de Janeiro: 2019, II Congreso de Filosofía para el mundo latino. Recuperado de <<https://bit.ly/2YGFBIw>>, p. 380.

12 CROSS, Frank y Stefanie LINDQUIST, *The scientific study of judicial activism*. Vanderbilt School of Law. University of Texas School of Law, 2014, p. 7.

13 SCACCIA, Gino, “Cortes supranacionales de justicia y activismo judicial” en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 44. Recuperado de <<https://bit.ly/3AG3Kw9>>, 2019, p. 189.

una aparente contradicción con el Estado de derecho. Sin embargo, se trata de una alegoría referencial por cuánto son los jueces quienes, en última instancia, tienen un rol contralor final respecto de la primacía de la Constitución. Es este matiz, a juicio nuestro, un rasgo distintivo del *activismo judicial*.

El famoso debate de los años 30 del siglo pasado entre Hans Kelsen y Carl Schmitt respecto a quien debía ser el defensor de la Constitución<sup>14</sup>, nos brinda algunas pistas respecto a lo afirmado *supra*. Kelsen depositaba su confianza, para la defensa de la *Lex Legum*, en un órgano ajeno al Poder Judicial, en tanto que Schmitt, el viejo de *Plettenberg*, lo hacía en el *Reichspräsident*, o jefe de gobierno, y sin embargo, si bien el debate fue nominalmente ganado por Kelsen, pues hoy los Tribunales constitucionales son expresión corriente de muchas democracias contemporáneas, es también cierto que Schmitt adujo la idea de un *Estado jurisdiccional*, como manifestación del trabajo de los jueces en la defensa de los derechos. Y aquí es pertinente enlazar esta característica con el concepto de *activismo judicial*. Veamos por qué.

La expresión aludida, *Estado jurisdiccional*, refiere un contexto en el cual los jueces ejercen actos de gobierno - adoptan decisiones últimas en el control

constitucional- más en propiedad no son gobernantes. Cuanto expresamos en esta idea es la reafirmación de un reparto de competencias reforzadas, pues los jueces no son legisladores positivos, es decir, no expiden leyes conforme a las atribuciones del Parlamento, más sí pueden constituirse, como sucede en el caso de un Tribunal Constitucional, en legisladores negativos, es decir, expulsan una norma del ordenamiento jurídico. De esa misma forma, los jueces del Poder Judicial pueden inaplicar una ley, sea por control difuso o bien a través del test de proporcionalidad, esto es, la ley sigue existiendo como tal, más no se aplica al caso concreto objeto de control constitucional.

De otro lado, los jueces no pueden asumir competencias del Poder Ejecutivo, más si existe la atribución de declarar inconstitucionales medidas del gobierno en determinadas materias. A inicios de octubre del 2020, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid no ratificó unas medidas de confinamiento dispuestas por el Ministerio de Sanidad de España, y el Gobierno se vio en la necesidad de adoptar nuevas medidas de emergencia en determinados municipios. En Colombia, la Corte Constitucional ha validado, en los últimos meses, muchos de los Decretos Leyes dispuestos por el Gobierno para enfrentar la pandemia del Covid 19.

Los actos aludidos, de distinta naturaleza, representan un control constitucional último a cargo de Poder Judicial

14 LOMBARDI, Giorgio, *Carl Schmitt y Hans Kelsen. la polémica Schmitt- Kelsen sobre la justicia constitucional. El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid: Tecnos, 2009, p. 9.

y Cortes Constitucionales. Ahora bien, nos referimos a estas categorías conjuntas, en especial a magistrados de una alta Corte de defensa de la Constitución, pero finalmente ambos estamentos representan la expresión de un control de naturaleza jurisdiccional. Pertenecen, es cierto, a regímenes separados, pero su naturaleza de ejercicio contralor es común en ambos casos, bajo parámetros diferenciados.

Desde esa óptica, aludir en términos schmittianos a la existencia de un *Estado jurisdiccional*, no es sino la referencia a un *status* especial, decíamos, de competencias reforzadas, pues si bien es atribución de los jueces en conjunto la defensa de la vigencia de los derechos fundamentales, así como el principio de primacía de la Constitución, es también meridianamente cierto que ante la ausencia de autocorrección de los Poderes Ejecutivo y Legislativo frente a decisiones manifiestamente inconstitucionales de esos Poderes, solo queda un rol arbitral de último decisor, nivel que le es asignado propiamente a los jueces de la Constitución.

¿Es esto un nivel de activismo? Desde la definición de *activismo judicial restringido* que pretendemos construir, consideramos una respuesta afirmativa, pues no solo es el rol de guardián de la Constitución aquel que se reserva para la judicatura, sino que el entorno extraordinario de existencia de normas contrarias a la Carta Fundamental, obliga a esa situación de dirimencia que

le incumbe a la judicatura. Volviendo a los términos de Hamilton y el Federalista, diríamos que esa labor contralora legitima la misma *Norma de Normas*.

En consecuencia, la existencia de un *Estado jurisdiccional* representa una manifestación más cercana de esa labor de evaluación que reseñamos, y se aleja, con énfasis, de asignar a los jueces un rol que no les corresponde, pues ni dirigen el Gobierno ni son titulares de la competencia de expedición de leyes.

GARZÓN aporta algunas otras ideas de interés en referencia al *Estado jurisdiccional* y señala:

Los argumentos de Hart acerca de la discrecionalidad de los jueces generan, en una sociedad con una forma de gobierno democrática, la configuración de un *Estado jurisdiccional*, caracterizado específicamente por el predominio del juez en la resolución de los grandes conflictos sociales<sup>15</sup>.

En adición a ello suma esta otra afirmación: “En un *Estado jurisdiccional* la última palabra la pronuncia el juez al dirimir un litigio, no el legislador que crea las normas<sup>16</sup>”, para concluir que “el resultado del diseño de un *Estado jurisdiccional* es un Estado *apolítico*, en el que el juez sustituye en su papel al gobernante, pero sin la responsabilidad

15 GARZÓN, Ivan, “Hart y la configuración del Estado jurisdiccional” en *DIKAION*. año 22, n.º 17, Universidad de la Sábana, Recuperado de <<https://bit.ly/2WYrptG>>, 2008, p. 16.

16 GARZÓN, “Hart y la configuración del Estado jurisdiccional”, art. cit., p. 17.

política que es inherente a la gestión de los asuntos públicos”<sup>17</sup>.

En estos conceptos apreciamos un afianzamiento del concepto de *Estado jurisdiccional*, a partir de concepciones hartianas del derecho, correspondiendo destacar un rol en apariencia dual: se ejerce gobierno sin ser gobernante.

#### IV. Niveles de activismo judicial

El *activismo judicial*, es necesario precisarlo, contempla niveles. Numerosas clasificaciones en la doctrina nos conducen a diversas expresiones de activismo. Optamos por enunciar una clasificación propia en función a la intensidad de actuación de los jueces, parámetro que consideramos reúne las condiciones de razonabilidad y proporcionalidad adecuadas.

Hemos de distinguir en este ítem los niveles de *hiperactivismo* e *hipoactivismo judicial*, reservando un espacio independiente para el *activismo judicial restringido*, en la medida que esta última categoría representa, para efectos de este análisis, la categoría más óptima. Por su importancia, merece estudiemos ese concepto en un acápite especial.

Hiperactivismo judicial. El *hiperactivismo judicial*, también denominado *maximalismo*, “para referirse a jueces que expanden sus facultades por sobre los otros poderes del Estado”<sup>18</sup>, representa,

en nuestra definición, una distorsión, en clave extensiva, de las competencias de los jueces. En rigor, bajo el *nomen* de defensa del orden constitucional, los jueces deciden casos en los cuales se rebasan atribuciones de otros Poderes del Estado u órganos constitucionales. Aquí la naturaleza de la labor judicial es definir un caso, en ausencia de razonabilidad y proporcionalidad, mucho más allá de las facultades asignadas por la ley, y al mismo tiempo, invadir o ejercer una competencia no asignada. O de ser el caso, crear derecho contra esos mismos estándares de razonabilidad y proporcionalidad que imponen los principios, valores y directrices que alberga una Carta Fundamental.

Valdría aquí enunciar el término schmittiano de “legislador motorizado” (“*der motorisierte Gesetzgeber*”), en referencia a “los modos de producción normativa, a base de incesantes decretos, reglamentos y ordenanzas, característicos de los países europeos”<sup>19</sup>. Ello nos permite afirmar que hay una exigencia de actuación del juez frente a un enorme bosque de normas, lo cual instaría, es un riesgo, a ser hiperactivista.

A guisa de ejemplo, puede darnos una mejor contextualización de lo afirmado la referencia de ATIENZA a una decisión del Tribunal Plurinacional de Bolivia, el cual en su decisión 084/2017

17 GARZÓN, “Hart y la configuración del Estado jurisdiccional”, art. cit., p. 25.

18 GARCÍA y VERDUGO, “Activismo judicial. Un marco para la discusión”, art. cit., p. 76.

19 JIMENEZ, Carmelo, “El Poder Judicial y la defensa de la Constitución en Carl Schmitt”, en *Revista de Estudios Políticos. (nueva época)*, n.º 161, Madrid: 2013, p. 55.

“declaró la inconstitucionalidad de varias normas de la propia Constitución boliviana que fijaban un límite para la reelección de diversas autoridades”<sup>20</sup>. El asunto mereció críticas y comentarios muy amplios, pues invocándose el sentido general de la Convención Americana, respecto al derecho civil a ser nuevamente elegido del presidente del país, aún cuando había impedimento constitucional, se dejó sin efecto una disposición de la propia Constitución altiplánica respecto a la prohibición de reelección.

En resumen, se invocó una disposición genérica de la Convención Americana de Derechos Humanos para dejar sin efecto una regulación específica de la Carta Fundamental boliviana.

Ahora bien, ¿quién determina una configuración de *hiperactivismo judicial* si en última instancia, es un Tribunal con poderes de decisión final quien establece, como en el caso boliviano, lo que corresponde según la naturaleza de la Constitución? A juicio nuestro, le corresponde aquí un rol de sana crítica a la comunidad jurídica, la cual es finalmente un barómetro, y he aquí que los consensos de la sociedad civil constituyen un factor indicador de este rol evaluador. Sin embargo, esa cuestión a que aludimos, también exige una valoración de razonabilidad y proporcionalidad, y en desarrollo de esa idea, pues estamos ante un contexto evaluador y

20 ATIENZA, *El diálogo entre teoría y praxis*, ob. cit., p. 6.

crítico de la sociedad civil en conjunto, de lo cual se infiere un exceso notorio en las decisiones de los jueces frente a una cuestión concreta.

Hipoactivismo judicial. En referencia al *hipoactivismo judicial*, al cual denominamos también *minimalismo*, establecemos esta figura, como su naturaleza nos permite inferir, bajo el parámetro de una actitud contraria al *maximalismo* arriba acotado.

El referido *minimalismo* “procura evitar resolver los casos con respuestas que tengan consecuencias más allá de los casos particulares y de los méritos individuales de los casos puntuales”<sup>21</sup>.

La posición minimalista esboza un interesante enfoque en la doctrina y señala PÉREZ que:

[...] un actuar judicial como *Sísifo minimalista* parte de que las cortes supremas (sean o no constitucionales), ante conflictos de gran complejidad, casos duros valóricos y que generan en la sociedad convicciones profundas y divididas, optan por: 1) Una discusión simplificada y con argumentos concretos no abstractos, 2) Esos argumentos concretos permiten concentrarse en puntos que quizás no son los más relevantes y evadir aquellos que si lo son, 3) Proponer acuerdos de decisión a partir de esos argumentos concretos, parciales y pon ende incompletos<sup>22</sup>.

21 GARCÍA y VERDUGO, “Activismo judicial. Un marco para la discusión”, art. cit., p. 79.

22 PEREZ, Alvaro, “El complejo de Sísifo y la Corte Suprema chilena” en *La Misión de los Tribunales Supremos*. Taruffo et al. Recuperado de <<https://bit.ly/3oMdvXa>>, 2016, p.16.

Desde un enfoque más subsuntivo afirma JIMÉNEZ que:

El juez es una máquina de subsumir (*Subsumtionsmaschine*), un autómata de la ley (*Gesetzautomat*), que debe resolver tal y como está ya previsto en la propia norma. Para ello, el principio que debe orientar la práctica con el fin de alcanzar una decisión correcta es el de buscar la “voluntad del legislador” (*Wille des Gesetzgebers*), o “de la ley” (*Wille des Gesetzes*)<sup>23</sup>.

En nuestros propios términos, el *hipoactivismo judicial* describe una actitud laxa ante los derechos fundamentales, al tiempo que una situación de anomia frente a la exigencia que demanda el principio de primacía de la Constitución.

A juicio nuestro, es la corriente del literalismo en la interpretación de las leyes la posición que mejor define un *hipoactivismo judicial*. Ciertamente podríamos preguntarnos si entra en esta categoría el originalismo norteamericano, que alude a recurrir a los caracteres originales de la norma, para la definición de derechos.

Sin duda, literalismo y originalismo comparten caracteres comunes pero corresponden a escenarios distintos. En el caso norteamericano, el originalismo, quizá no menos peligroso para los derechos constitucionales hoy<sup>24</sup>, es

expresión de diferencia entre criterios conservadores o progresistas frente a los derechos de los ciudadanos.

Por su parte, en el literalismo el juzgador considera la norma o regla punto de partida y llegada, principio y fin, de toda su interpretación, esto es, se determina la interpretación del caso concreto solo dentro de los lineamientos de literalidad de la norma, sin recurrir a ningún criterio externo.

Se configura así una conducta minimalista del juzgador, en cuanto no existe una predisposición para determinar la solución del caso más allá de lo que la norma pudiera ofrecer, y en consecuencia, el juez hipoactivista concede el derecho, si acaso lo hiciera, en su rango más mínimo.

En referencia a casos que ilustren esta tendencia, podríamos aquí citar los casos *Dred Scott vs. Stanford*, sentencia de la Corte Suprema de EEUU en el año 1857, y el fallo *Plessy v. Ferguson*, de esa misma Corte, en el año 1896; la primera privó a las personas de ascendencia africana, fueran esclavos o no, del derecho a la ciudadanía, y fue una de las causas que coadyuvó a la Guerra de Secesión en ese país; la segunda, consolidó el principio “separados pero iguales” en todo lugar público, en relación a temas de minorías raciales, y solo fue dejada sin efecto con el caso *Brown vs Board of Education*, también sentencia de la Corte Suprema, en 1954.

23 JIMÉNEZ, Carmelo, “El Poder Judicial y la defensa de la Constitución en Carl Schmitt”, en *Revista de Estudios Políticos. (nueva época)*, n.º 161, Madrid: 2013, p. 48.

24 CHEMERINSKY, Erwin, “El originalismo nos amenaza” en *Diario El Comercio*, Lima: 22 de octubre del 2020, p. 23.

En términos del mismo HORWITZ:

Plessy v. Ferguson was the result of twenty years of racist decisions by the United States Supreme Court after federal troops were withdrawn from the South and the Great Compromise of 1877 signalled to the South that it could reinstitute segregation without interference<sup>25</sup>.

En traducción libre podemos señalar que esta decisión se produjo, como fallo emblemático, después de veinte años de decisiones racistas de la Corte, después de que las tropas federales, esto es, del Norte y vencedoras del conflicto, se retiraron del Sur. Así se pudo reinstaurar la segregación sin interferencias.

#### V. Por un activismo judicial restringido como punto de equilibrio

A tenor de las categorías expresadas antes, el *activismo judicial restringido* representa, en consecuencia, una categoría intermedia entre *hiperactivismo* e *hipoactivismo judicial*, y su característica esencial es una mixtura de una actividad enfática de defensa del orden constitucional, pero al mismo tiempo, existe en ese accionar un prudente equilibrio en las decisiones que adopta, un necesario *self restraint* o autocontrol, que guía sus decisiones bajo un rango de equilibrio, prudencia y aceptabilidad.

El *juez activista restringido* no representa una contradicción en su visión del problema, sino un compromiso abierto de defensa de las libertades públicas y de la primacía de la Constitución, pero al mismo tiempo es moderado en su accionar, asumiendo como parte integral de su raciocinio el principio de previsión de consecuencias, propio de todo ordenamiento constitucional equilibrado.

A juicio nuestro, la *Corte Warren*, en acción entre los años 1953 y 1969 en la Corte Suprema de los Estados Unidos, representa un modelo de *activismo judicial restringido*, al enfatizar dicha Corte la defensa de los derechos de las minorías raciales.

El acotado caso *Brown vs Board of Education*, resuelto por esta Corte en mayo de 1954, representa una decisión eminentemente activista, que a su vez puso término, en parte, al delicado tema de la segregación racial en las escuelas de los Estados de la Unión Americana.

Es verdad que para su tiempo el caso *Brown* pudo haber sido catalogado como hiperactivista, y el fallo ciertamente causó contrariedad para el entorno de su tiempo, y sin embargo, visto el caso *Brown* a poco más de media centuria de su publicación, hoy podemos calificar dicha decisión como uno de los parámetros más importantes de los últimos decenios en materia de libertades ciudadanas, aunque ciertamente no han faltado posiciones, incluso detractoras, asignando a la Corte Warren una especie

25 HORWITZ, Morton, "The Warren Court and the pursuit of justice", en *Washington and Lee Law Review*, vol. 50. Recuperado de <<https://bit.ly/3Asi0bp>>, 1993, p. 8.



de “conservadurismo”<sup>26</sup>, por sus posiciones insuficientes en la interpretación constitucional que aplicó.

Señala HORWITZ sobre esta misma materia:

The constitutional revolution embarked upon by the Warren Court was based on two general conceptions that may have been in conflict. The first was the idea of a living constitution: a constitution that evolves according to changing values and circumstances. The second was marked by the reemergence of the discourse of rights as a dominant constitutional mode<sup>27</sup>.

En traducción libre nuestra, reseña HORWITZ dos concepciones prevalentes en el caso de la *Corte Warren*: de un lado, una noción de *Constitución viviente*, que evoluciona de acuerdo a los valores cambiantes y circunstancias sociales; de otro lado, se considera un ascenso de conceptos sobre el discurso de los derechos como un modo constitucional prevalente.

La idea de una *Constitución viviente* se puede asimilar mejor desde una noción de interpretación cambiante. Así “la interpretación evolutiva ha resultado ser la principal herramienta del *activismo judicial*, que lleva en ocasiones al TEDH a interpretar las normas básicas y procedimentales en una forma creativa,

26 DRIVER, Justin, “The Constitutional Conservatism of the Warren Court” en *100 California Law Review*, recuperado de <<https://bit.ly/3anXVIH2012>>, p. 1101.

27 HORWITZ, “The Warren Court and the pursuit of justice”, art. cit., p. 5.

sin fundamento alguno en el texto de la Convención”<sup>28</sup>.

Sobre la misma interpretación evolutiva, SCACCIA aporta algunas ideas más:

Los fallos del tribunal de Estrasburgo no se derivan de la *rationes legislativa*, sino del razonamiento comparativo, una interpretación evolutiva y teleológica y un análisis sociológico fuertemente orientado hacia su objetivo por un ambiente favorable a la extensión progresiva e ilimitada de los derechos<sup>29</sup>.

En ese orden de ideas, el *activismo judicial restringido* no representa ni una arriesgada apuesta para su tiempo, ni tampoco aduce una exigencia de identificación con el *status quo* de las circunstancias que rodean el problema. Por el contrario, esta forma es una mixtura de equilibrio que representa de la mejor forma el rol del juez constitucional en un Estado de derecho, en el cual una forma de imperativo categórico es la defensa de la Constitución a través de resoluciones gozosas de un pleno equilibrio material.

Consideramos que el *activismo judicial restringido* se puede afianzar mejor si le conferimos cierta sistematicidad de caracteres. En ese sentido, GARCÍA y VERDUGO señalan algunos matices de importancia para entender el *activismo*

28 SCACCIA, “Cortes supranacionales de justicia y activismo judicial”, art. cit., p. 195.

29 SCACCIA, “Cortes supranacionales de justicia y activismo judicial”, art. cit., p. 198.

*judicial*<sup>30</sup>. Adecuamos los mismos, recogiendo parte de las propuestas de los autores, para suponer la configuración de un *activismo judicial restringido*:

**1. El juez activista y su argumentación intenta resolver los casos, y no eludir la decisión.**

El *activismo judicial* supone, como pretendemos configurar, “ir más allá” de lo que efectivamente le corresponde al juzgador en concreto. Al respecto, Hart nos aporta la experiencia alegórica del “noble sueño y la pesadilla”<sup>31</sup>, a través de la cual si los jueces resuelven dentro de los márgenes materiales del derecho, representan un noble sueño en el propósito de observancia de la ley. En ese orden de ideas, un juez minimalista, como expresión de sujeto de un *hipoactivismo judicial*, va a enfatizar resolver el caso específico solo dentro de los lineamientos de la norma misma.

Y sin embargo, la “pesadilla” ocurriría, siempre según Hart, cuando los jueces se desvían de ese necesario Derecho positivo y recurren a teorías principialistas. Pues bien, las decisiones basadas en principios responden a la exigencia moral propia del problema

en análisis, y no eluden en absoluto el deber de resolver; y adicionalmente, fijan una tesis de progresividad respecto de las libertades públicas o la primacía de la Constitución, según la naturaleza del caso a resolver.

Sobre esta misma línea de ideas, aporta MARANIELLO que “un juez activista es un magistrado que desprovisto de toda formalidad brega por el cumplimiento de sus propósitos en búsqueda de la verdad jurídica objetiva con respeto de los derechos constitucionales”<sup>32</sup>. La esencia es enfática: el juez activista se aleja de una excesiva formalidad.

**2. Se desconocen las ataduras interpretativas.**

A juicio nuestro, este elemento permite superar las fronteras del formalismo jurídico, pues el juez asume el imperativo categórico moral de adecuar las formas del proceso a los fines últimos de la tutela de los derechos fundamentales. El juez activista reacciona con argumentos de derecho frente a la parsimonia, desinterés y anomia de la regla que evalúa respecto al caso concreto, superando ese velo de indiferencia que muchas veces expresa la regla frente al caso en concreto.

Liberarse de la atadura representativa puede significar un camino complejo, pero al respecto existen dos senderos definidos: o se avanza con conformismo bajo

30 GARCÍA y VERDUGO, “Activismo judicial. Un marco para la discusión”, art. cit., p. 80.

31 HART, Herbert, “Una mirada inglesa a la teoría del derecho americano. La pesadilla y el noble sueño” en AA.VV. *El ámbito de lo jurídico*, Barcelona: 1994, Cit. de LANDA ARROYO, César, “Los precedentes constitucionales” en *Justicia Constitucional. Revista de jurisprudencia y doctrina*, año III, n.º 5, Lima: 2007, p. 35.

32 MARANIELLO, Patricio, *El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional*, Recuperado de <<https://bit.ly/3BAk2Yw>>, 2011, p. 127.

el estricto alcance del principio de legalidad y evocamos la figura del juez *bouche de la loi* (boca de la ley) de Montesquieu, no asumiendo ese juez ningún conflicto con la almohada, o en caso contrario, existe una conducta de rebelión ante los silencios de la regla y se busca aplicar los fines últimos de la justicia.

Grafiquemos esta idea desde el eje del juez independiente:

El juez independiente es aquel que determina desde el derecho vigente la decisión justa, sin dejarse influir real o aparentemente por factores ajenos al Derecho mismo (art. 2); y el formalismo porque atendería contra la idea de que el juez debe sentirse vinculado no sólo por el texto de las normas jurídicas vigentes, sino también por las razones en las que ellas se fundamentan (art. 40)<sup>33</sup>.

El aspecto que nos ocupa nos lleva a analizar algunas ideas sobre la dimensión de los términos:

Los forjadores de la Constitución, señalaba el juez Rehnquist, presidente de la Suprema Corte, hablaban sabiamente en lenguaje general y dejaron a las futuras generaciones la tarea de aplicar dicho lenguaje al medio ambiente cambiante en que les tocara vivir.<sup>34</sup>

33 LIFANTE, "Relatoría. Activismo judicial y judicialización de la política", art. cit., p. 382.

34 SCIRICA, Anthony, *Rol de la Corte Suprema y concepto de revisión judicial. Repositorio*, Santiago de Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile. Seminario sobre la Experiencia Constitucional en los Estados Unidos y en Chile, Recuperado de <<https://bit.ly/3ByGmla>>, 1987, p. 65.

Valga al respecto una precisión: no se puede especificar todos los alcances de la ley, ello sería un imposible jurídico, pero sí es relevante que el desarrollo de las nociones interpretativas de la Constitución no desnaturalice los mandatos de la Carta Fundamental.

3. **Se hace menos énfasis en el derecho objetivo conocido, dándole más flexibilidad a los jueces en el manejo de los mismos y en la selección de fuentes elegidas para resolver el caso.**

Esta atingencia es importante y reafirma los supuestos que anteceden pues el Derecho objetivo, expresión rigurosa del Estado legal de derecho, en propiedad no anquilosa la decisión, pero sí restringe el ámbito de actuación del juez a los márgenes del principio de legalidad. El asunto a dirimir es, en ese modelo de Estado formal, si basta la sola concurrencia de la norma para resolver el caso, y la respuesta es positiva. Pero no convivimos, en los aún albores del siglo XXI, en un Estado legal de derecho sino en un Estado constitucional de derecho, en el cual se ha superado la tesis kelseniana de estricta separación entre el derecho y la moral, y por el contrario, hemos adoptado la postura de una reconciliación entre el derecho y la moral.

En consecuencia, las ataduras interpretativas, de suyo, son superadas en el *activismo judicial restringido*, pues el juez conoce con suficiencia que su deber es traspasar las insuficiencias de la ley para la consolidación de la defensa de las libertades fundamentales, así como

proteger la naturaleza *in extenso* de tutela de la primacía de la Carta Fundamental.

**4. La existencia de votos disidentes que denuncian un voto de mayoría que se aparta del Derecho puede servir de alerta.**

El caso de la Corte Constitucional de Italia es un caso muy *sui generis*, pues los votos en minoría no existen y se aduce, al respecto, la exigencia de una imagen de unidad. Sin embargo, ¿pueden acaso los jueces pensar igual?

La referencia a la experiencia italiana nos permite entender la dimensión de importancia de las opiniones de disenso. Los votos en minoría son de valor enorme, a juicio nuestro, en un Estado constitucional de derecho. Reflejan, con rigor, que el derecho no es uniforme ni unitario, y por el contrario, muchas veces la posición de esos votos, a futuro, fija la ruta de contenido expansivo respecto de la progresividad de los derechos fundamentales. Nos referimos, en específico, a casos en los cuales una tendencia formalista pudiera acaso prevalecer en el voto en mayoría, y que, por el contrario, suceda que la minoría fije una posición activista.

Aportamos hasta tres casos de interés: dos ya referidos en el contexto del derecho comparado: el primero, por los votos discrepantes de los jueces Curtis y McLean en el caso *Dredd Scott vs Sanford* (1857), quienes se oponían a la tesis peyorativamente esclavista de la mayoría; y el segundo, por el voto en minoría del

juez John Marshall Harlam, en el caso *Plessy vs Ferguson* (1896), quien refiere “aquí no hay castas. Nuestra Constitución no distingue entre colores y tampoco clases intolerantes entre ciudadanos. En respeto a los derechos civiles, todos los ciudadanos son iguales ante la ley.”

En sede nacional, es relevante el voto en minoría del magistrado Landa Arroyo en el caso El Frontón, STC 03173-2008-PHC/TC, caso Teodorico Bernabé Montoya. En ese fallo, Landa aborda la importancia de evitar la impunidad respecto a los casos de violaciones a los derechos humanos durante el conflicto armado interno peruano, y para ello basa su voto en disenso en la jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional respecto a la investigación de las violaciones a los derechos humanos, así como en el mandato de *ius cogens* de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad.

Sin perjuicio de todo lo reseñado, agregaríamos, junto a los cuatro caracteres enunciados *supra*, un quinto matiz de relevancia, entre los caracteres de este tipo de *activismo judicial restringido*, a juicio nuestro muy importante y a desarrollar enseguida.

**5. El activismo judicial es una tarea de última ratio.**

En esta aseveración consideramos que el control constitucional es ejercido respetando los principios de la división de poderes, lo mismo que supone que las decisiones sobre defensa de derechos

fundamentales, tienen lugar una vez que otros estamentos han ejercido las atribuciones y competencias asignadas por la ley y la Constitución.

El énfasis de que otros órganos o Poderes del Estado hubieran desempeñado un rol previo a la tarea correctora de los jueces, confiere una dimensión de examen excepcional a la función interpretativa de los jueces. En consecuencia, los jueces activistas han ejercido una responsabilidad de deferencia constitucional, pues solo conocen una controversia bajo un entorno sumamente extraordinario y no regular o de modo usual.

## VI. Críticas al activismo judicial

El *activismo judicial* no es un término acabado y por el contrario, es una noción aún en permanente construcción. Creemos que hay que estandarizar aún mucho más los conceptos divergentes sobre la importancia de un *activismo judicial restringido*. En ese interín y a pesar de lo afirmado, las críticas han arreciado con fuerza en la doctrina.

En norte de lo acotado y sobre el *activismo judicial*, “el juez Easterbrook [...] indica que es un término “resbaladizo” y “vacío” que depende de los ciclos políticos”<sup>35</sup>. Convenimos en que, de entrada, existe un nivel de indeterminación en el concepto de *activismo judicial*, fundamentalmente a partir de las diver-

gencias conceptuales continentales entre América Latina y Europa, pues para la primera existe una inclinación hacia la defensa de los derechos fundamentales, y para la segunda, ocurre lo contrario. Y sin embargo, es precisamente el nivel de estudio de la academia el elemento habilitante que confiere asignarle un mejor contenido a la misma definición.

Igualmente, autores como MEJÍA, citando a Green y Cabrillo, destacan que el “*activismo judicial* es catalogado por cierto sector de la doctrina especializada como un abuso de poder”<sup>36</sup>. Lo afirmado sigue una secuencia y señala el mismo autor que “cuando un juez desborda arbitrariamente su ámbito funcional más allá, incluso del principio de colaboración, se desvanecen los límites competenciales de la función pública”<sup>37</sup>.

Por otra parte acota LIFANTE que “la expresión “activismo judicial” es ambigua, y conlleva (en sus dos significados) una enorme carga emotiva, lo que en ocasiones hace especialmente difícil delimitar con precisión los términos de los desacuerdos a los que nos enfrentamos”<sup>38</sup>.

35 GARCÍA y VERDUGO, “Activismo judicial. Un marco para la discusión”, art. cit., p.78.

36 MEJÍA, Jorge y Roberto PÉREZ, “Activismo judicial y su efecto difuminador en la división y equilibrio de poderes”, en *Justicia*, n.º 27, Barranquilla: Universidad Simón Bolívar, recuperado de < <https://bit.ly/3mIeyEY>>, 2015, p. 31.

37 MEJÍA y PÉREZ, “Activismo judicial y su efecto difuminador en la división y equilibrio de poderes”, art. cit., p. 34.

38 LIFANTE, “Relatoría. Activismo judicial y judicialización de la política”, art. cit., p. 382.

En el mismo sentido, SCACCIA, en relación a si el *activismo judicial* es una definición vaga o completamente vacía, aduce que:

La mayoría de las veces nos referimos al *activismo judicial* en sentido negativo, por cuanto lo representamos como una patología en comparación con la “ordinaria” deferencia de los tribunales hacia las decisiones tomadas a partir del proceso político deliberativo [...]. El activismo es, en cambio, una excepción que se define como una violación de la regla, una desviación de la misma. Tiene una connotación negativa porque se relaciona con el protagonismo de la judicatura, la interferencia de los jueces con las decisiones de los tomadores de decisión política, o en todo caso el deterioro de la relación entre la interpretación textual por la consecuente creatividad jurisprudencial que es percibida como un peligro para la seguridad jurídica. En conclusión, no resulta sorprendente que el *activismo* se identifique principalmente como la antítesis del *autocontrol* o *moderación judicial*. En este sentido resulta ejemplificante la posición de Richard Posner, quien define el *activismo judicial* como el rechazo de la *moderación constitucional* [...]<sup>39</sup>.

GARCÍA y VERDUGO suman otras valoraciones acotando que los jueces activistas “buscan obtener una percepción de la distribución de preferencias de la sociedad”<sup>40</sup>, al tiempo que “la posibilidad de cometer errores judiciales en decisiones activistas puede generar costos

39 SCACCIA, “Cortes supranacionales de justicia y activismo judicial”, art. cit., p. 179.

40 GARCÍA y VERDUGO, “Activismo judicial. Un marco para la discusión”, art. cit., p. 76.

altísimos”<sup>41</sup>. Por último, sentencian que “se ha insistido que es imposible llegar a un consenso acerca del concepto de activismo”<sup>42</sup>.

Las críticas son más extensas aún, pero existe una cuestión crucial: un contexto de defensa real, congruente y valiente de los derechos fundamentales exige resoluciones de amplio alcance, y ello no se refugia en la corriente literalista del derecho, sino en la interpretación constitucional extensiva, propia del *activismo judicial*. Desde nuestro punto de vista, consideramos este accionar una exigencia axiológica.

## VII. Corte Suprema y activismo judicial

Fijados varios esbozos de relevancia sobre el *activismo judicial*, es importante aportemos algunas reflexiones sobre el nivel de la judicatura en donde debería tener lugar ese tipo de actuación. En ese orden de ideas, “es pertinente [...] reflexionar públicamente sobre el importante rol que debería cumplir la Corte Suprema en toda democracia”<sup>43</sup>, reflexión a la que debemos sumar que “la Suprema Corte es la principal protectora de la Constitución, de su gran-

41 GARCÍA y VERDUGO, “Activismo judicial. Un marco para la discusión”, art. cit., p. 77.

42 GARCÍA y VERDUGO, “Activismo judicial. Un marco para la discusión”, art. cit., p. 79.

43 PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ, *La Corte Suprema de Justicia. Rol e independencia*. Comisión de profesores para impulsar el debate sobre la reforma de la justicia en el Perú. Recuperado de <<https://bit.ly/3Au7Wij>>, 2014, p. 10.

dioso sistema de frenos y equilibrios, y de las libertades del pueblo [...] sin su vigilancia las libertades [...] difícilmente habrían sobrevivido”<sup>44</sup>.

TARUFFO aporta algunas reflexiones adicionales sobre esta materia y señala que:

Entre aquellos temas que pertenecen a una perspectiva jurídica que implica a más de un ordenamiento, ciertamente ocupa un lugar destacado el concerniente al papel que los tribunales supremos deben desempeñar. Ello se debe no solo al hecho de que la relación entre legislación y jurisdicción, especialmente la otorgada a los tribunales supremos, sufre significativos influjos de la teoría de la interpretación subyacente al pensamiento de una determinada cultura jurídica, sino también porque los propios tribunales supremos están viendo reconstruidas sus funciones con el advenimiento de los tribunales internacionales<sup>45</sup>.

Es nuestra posición en varios estudios previos que la defensa del orden constitucional corresponde, en primera línea, a los jueces constitucionales<sup>46</sup>. Nos sirve, a este efecto, una cita de SCACCIA, quien igualmente asevera que “los jueces constitucionales [...] han terminado por convertirse, por cuenta de una ingeniosa

paradoja de la historia, en los auténticos defensores extremos [...] de los derechos fundamentales”<sup>47</sup>.

Corresponde pues reafirmar las premisas que anteceden, en la medida que es en la jurisdicción constitucional donde tiene lugar, prevalentemente, la tutela de los derechos fundamentales. Sin perjuicio de lo acotado, es de destacar el rol activista que proponemos le corresponde a la Corte Suprema en todos los ordenamientos jurídicos.

De esa forma, en países de orden federal en los cuales el control constitucional está a cargo de las propias Cortes Supremas, es pertinente por cierto se siga esa línea de defensa. Y sin embargo, existen regímenes unitarios, como el caso peruano y otros tantos, en los cuales esa defensa de la Constitución es dual y paralela, en los cuales una parte de la tutela constitucional corre a cargo del Tribunal Constitucional, y otra a cargo del Poder Judicial, a través de órganos jurisdiccionales, unos con competencias constitucionales exclusivas (competentes para conocer garantías constitucionales), y otros cuya labor reside en la jurisdicción ordinaria, esto es, conocen procesos regulados en los Códigos sustantivos y adjetivos.

Es a este último segmento al cual pretendemos adherir algunas tesis de *activismo judicial*, pues dentro de la jurisdicción ordinaria, es la Corte Su-

44 SCIRICA, *Rol de la Corte Suprema y concepto de revisión judicial*. Repositorio, ob. cit., p. 68.

45 TARUFFO, Michele *et al*, *La misión de los tribunales supremos*, Madrid: Marcial Pons, recuperado de <<https://bit.ly/3oQ9AII>>, 2016, p. 13.

46 FIGUEROA, Edwin, “Jueces constitucionales”, en *Revista Oficial del Poder Judicial*, Corte Suprema de Justicia de la República, año 8, n.º 10, Lima: 2016, p. 137.

47 SCACCIA, “Cortes supranacionales de justicia y activismo judicial”, art. cit., p. 206.

prema quien desempeña el rol directriz de parámetro de mayor relevancia en las decisiones de este régimen de justicia, y como tal, sus fallos constituyen precedentes para la judicatura.

En ese orden de ideas y desde nuestro punto de vista, es a la Corte Suprema la entidad a la cual le corresponde el ejercicio de un *activismo judicial restringido*, junto al Tribunal Constitucional y a aquel segmento de jueces del *corpus iuris* que tutelan garantías constitucionales, y en esencia, siendo la Corte Suprema un órgano rector de la justicia ordinaria, es menester un mayor involucramiento para un ejercicio protagónico de defensa de los derechos fundamentales. En esta afirmación incluimos algunas pautas de orden:

1. Una Corte Suprema activista, de preferencia en el ámbito de un *activismo judicial restringido*, definitivamente ha de superar las barreras de la formalidad excesiva del principio de legalidad, y ha de instar a los jueces a que, dentro de la ley y la Constitución, defiendan con énfasis, en los casos que corresponda, los derechos fundamentales. Importa aquí superar los estándares de formalismo excesivo de los jueces, y en ello a la Corte Suprema le corresponde un rol directriz, en tanto representa el nivel de debate último de la justicia ordinaria.

Deberíamos analizar nuevamente, por ejemplo, y de cara al caso de Perú, la propuesta de la Comisión

Especial para la Reforma Integral del Sistema de Administración de Justicia CERIAJUS<sup>48</sup>, a fin de examinar la viabilidad de una Corte Suprema con una Sala Única de 11 miembros, pues ello contribuiría a la mejor predictibilidad del derecho. La existencia de varias Salas en la Corte Suprema, sin embargo, es un esquema a evaluar, que habría de seguir vigente si cambian los patrones de actuación por decisiones en un marco de mayor *activismo judicial restringido*.

2. En forma complementaria a lo antes acotado, es exigible un mayor protagonismo de la Corte Suprema a través de una comunicación intensa con la sociedad. Es verdad que la Corte Suprema no debería abordar temas políticos, no es su rol, pero debe destacar ésta, permanentemente, convertirse, por excelencia, en la voz rectora de los eventos jurídicos de la Nación, no a fin de asumir una posición de parte, sino para afirmar su rol de defensor del orden legal y constitucional.

¿Cómo ha de realizar ello? Una importante aproximación a esta tarea es la publicación de los acuerdos de Sala Plena de la Corte Suprema, de relevancia y trascendencia, a nivel de publicaciones físicas y telemáticas nacionales. No basta que la

---

48 PODER JUDICIAL *et al*, *La Ceriajus. Preguntas y respuestas*, recuperado de <<https://bit.ly/3mzIFyg>>, 2004, p. 10.



Corte Suprema exista sino que la sociedad civil se percate de que existe, actúa y dirige el *corpus iuris*, así como se convierte en la voz de conciencia de la Nación en materia jurídica.

3. Es razonable que las decisiones de la Corte Suprema signifiquen cátedra jurídica para el ordenamiento jurídico. ¿Cómo se logra este objetivo? Los fallos de mayor relevancia de la Corte Suprema deben ser difundidos intensamente y una condición previa para ello, es que las decisiones trascendentes deben considerar un importante enfoque de derechos fundamentales y de libertades públicas.

Cumpliendo ese estándar, la Corte Suprema debe difundir conversatorios jurídicos respecto a sus decisiones, e instar a desarrollarlos a toda la comunidad jurídica. En la medida que ese alto estándar de enfoque de derechos fundamentales se cumpla, creemos que ha de posicionar su rol de defensor de la legalidad, y si bien el papel de guardián de la constitucionalidad le corresponde al Tribunal Constitucional, el sentido de la historia no impide se comparta la tarea de existir vigilantes mutuos de la Constitución.

### VIII. Conclusiones provisionales sobre un tema en expansión

Debemos remarcar, como concepto central, que el *activismo judicial* es un

concepto en construcción pendiente. Es verdad que existe un grado de indeterminación en su concepción pero es necesario entender, a tenor de todo lo expresado líneas arriba, que la forma más razonable y proporcional de asumir este concepto es asociarlo con una defensa permanente de los derechos fundamentales, rechazándose así la tesis de que el activismo invade competencias de otros poderes.

Hemos acercado nuestro análisis a la idea schmittiana de un *Estado jurisdiccional*, y sin embargo, es prudente señalar que la noción acotada solo debe ser asimilada como referencia del accionar de los jueces, mas no representa ese concepto proponer la prevalencia de un poder sobre otros. Los jueces, al desarrollar sus tareas de control constitucional, solo legitiman y ratifican la supremacía de la Constitución.

Igualmente, existen niveles de *activismo judicial*. Rechazamos el *hiperactivismo judicial* o *maximalismo*, pues representa, en este caso sí, la extralimitación en las funciones de los jueces y ello rompe el principio de equilibrio de poderes. De igual forma, descartamos que el *hipoactivismo judicial*, o *minimalismo*, represente una forma de imperativo moral para los jueces, pues solo alude a una conducta excesivamente cautelosa de observancia del principio de legalidad, subordinando los derechos fundamentales de las personas al texto frío, estricto y riguroso de la ley. A juicio nuestro, significa este nivel una renuncia a los deberes éticos del juez.

Dado el escenario expuesto, apostamos por un *activismo judicial restringido* como la propuesta más acorde con un Estado constitucional de derecho, y al respecto desarrollamos algunos caracteres de referencia que nos permiten presentar este modelo como una tesis de equilibrio, aceptabilidad y equidad.

En ese sentido, el carácter de mayor relevancia en este nivel es la consideración de que el *activismo judicial restringido* debería ser una actuación de última ratio, es decir, el juez debe ser activista si el caso que analiza demanda una actuación intensa, inevitable y retardadora en defensa de los derechos fundamentales.

En adición a lo expresado, desbrozamos algunas críticas de la doctrina al *activismo judicial*. Somos conscientes de que hay estándares que consolidar para la viabilidad de nuestra propuesta.

Finalmente, el rol tutelar de defensa de los derechos fundamentales y del principio de primacía de la Constitución, por naturaleza le corresponde a un Tribunal constitucional, pero es de destacar que consideramos que a la Corte Suprema le es inherente, también, y de un modo enfático, ser activista, y hemos fijado, propositivamente, algunos pasos de acción al respecto.

En síntesis, el *activismo judicial* representa, a juicio nuestro, un imperativo categórico kantiano para los jueces. Una conducta contraria solo nos devuelve a esa noción de inercia, anomia y frialdad que Montesquieu nos asignaba en 1764

al imputarnos ser solamente la *bouche de la loi* o boca de la ley.

## IX. Bibliografía

- ASOCIACIÓN NACIONAL DE MAGISTRADOS DEL PERÚ, *Junta Nacional de Justicia, otra oportunidad perdida*. Recuperado de <<https://bit.ly/3DiHoCs>>, 2020.
- ATIENZA, Manuel, “Siete tesis sobre el activismo judicial”, en *Curso de argumentación jurídica*, Madrid: Trotta, 2013.
- ATIENZA, Manuel, *El diálogo entre teoría y praxis*, Ciudad de México: Tirant lo Blanch. Recuperado de <<https://bit.ly/2WYjVqA>>, 2018.
- CAMPDERRICH, Ramón, “Soberanía, “Estado dual” y excepcionalidad: de Carl Schmitt a los Estados Unidos del siglo XXI” en *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, n.º. 15, Universidad de Barcelona: 2007 (Ejemplar dedicado a: XXI Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, “Problemas actuales de la Filosofía del Derecho”, Universidad de Alcalá: 2007). Recuperado de <<https://bit.ly/3uXjSlb>>.
- CHEMERINSKY, Erwin, “El originalismo nos amenaza” en *Diario El Comercio*, Lima: 22 de octubre del 2020.
- CROSS, Frank y Stefanie LINDQUIST, *The scientific study of judicial activism*. Vanderbilt School of Law. University of Texas School of Law, 2014.
- DRIVER, Justin, “The Constitutional Conservatism of the Warren Court” en *100 California Law Review*, recuperado de <<https://bit.ly/3anXVIH2012>>.
- ELSTER, Jon, “Ulises desatado. Las constituciones como restricciones”, en *Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*, Barcelona: Gedisa, 2002.
- FIGUEROA, Edwin, “Jueces constitucionales”, en *Revista Oficial del Poder Judicial*, Corte Suprema de Justicia de la República, año 8, n.º 10, Lima: 2016.
- GARCÍA, José Francisco, y Sergio VERDUGO, “Activismo judicial. Un marco para la

- discusión”, en *Revista Jurídica del Perú*, t. 153, Lima: 2013. Recuperado de <<https://bit.ly/2YA4S79>>.
- GARGARELLA, Roberto, “La dificultad de defender el control judicial de las leyes” en *Isonomía*, n.º 6, 1997. Recuperado de <<https://bit.ly/3mAWOey>>.
- GARZÓN, Ivan, “Hart y la configuración del Estado jurisdiccional” en *DIKAION*, año 22, n.º 17, Universidad de la Sábana, Recuperado de <<https://bit.ly/2WYrptG>>, 2008.
- HART, Herbert, “Una mirada inglesa a la teoría del derecho americano. La pesadilla y el noble sueño” en *AA.VV. El ámbito de lo jurídico*, Barcelona: 1994, Cit. de LANDA ARROYO, César, “Los precedentes constitucionales” en *Justicia Constitucional. Revista de jurisprudencia y doctrina*, año III, n.º 5, Lima: 2007.
- HORWITZ, Morton, “The Warren Court and the pursuit of justice”, en *Washington and Lee Law Review*, vol. 50. Recuperado de <<https://bit.ly/3Asi0bp>>, 1993.
- JIMENEZ, Carmelo, “El Poder Judicial y la defensa de la Constitución en Carl Schmitt”, en *Revista de Estudios Políticos. (nueva época)*, n.º 161, Madrid: 2013.
- LIFANTE, Isabel, “Relatoría. Activismo judicial y judicialización de la política.” en *Revista I Latina*, Río de Janeiro: 2019, II Congreso de Filosofía para el mundo latino. Recuperado de <<https://bit.ly/2YGFBlw>>.
- LOMBARDI, Giorgio, *Carl Schmitt y Hans Kelsen. la polémica Schmitt- Kelsen sobre la justicia constitucional. El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid: Tecnos, 2009.
- MARANIELLO, Patricio, *El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional*, Recuperado de <<https://bit.ly/3BAk2Yw>>, 2011.
- MEJÍA, Jorge y Roberto PÉREZ, “Activismo judicial y su efecto difuminador en la división y equilibrio de poderes”, en *Justicia*, n.º 27, Barranquilla: Universidad Simón Bolívar, recuperado de <<https://bit.ly/3mIeyEY>>, 2015.
- PEREZ, Alvaro, “El complejo de Sísifo y la Corte Suprema chilena” en *La Misión de los Tribunales Supremos*. Taruffo et al. Recuperado de <<https://bit.ly/3oMdvXa>>, 2016.
- PODER JUDICIAL et al, *La Ceriajus. Preguntas y respuestas*, recuperado de <<https://bit.ly/3mzIFyg>>, 2004.
- PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ, *La Corte Suprema de Justicia. Rol e independencia*. Comisión de profesores para impulsar el debate sobre la reforma de la justicia en el Perú. Recuperado de <<https://bit.ly/3Au7Wij>>, 2014.
- SCACCIA, Gino, “Cortes supranacionales de justicia y activismo judicial” en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 44. Recuperado de <<https://bit.ly/3AG3Kw9>>, 2019.
- SCIRICA, Anthony, *Rol de la Corte Suprema y concepto de revisión judicial. Repositorio*, Santiago de Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile. Seminario sobre la Experiencia Constitucional en los Estados Unidos y en Chile, Recuperado de <<https://bit.ly/3ByGmla>>, 1987.
- TARUFFO, Michele et al, *La misión de los tribunales supremos*, Madrid: Marcial Pons, recuperado de <<https://bit.ly/3oQ9AII>>, 2016.



# DEL JUEZ CONSTITUCIONAL AL JUEZ CONVENCIONAL. SOBRE LA EVENTUAL INAPLICACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN MEDIANTE EL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD: LÍMITES Y POSIBILIDADES

Enrique Pestana Uribe\*

**SUMARIO:** I. Nota preliminar.— II. La ubicación del derecho convencional dentro del ordenamiento jurídico interno.— III. La supremacía de los Tratados sobre Derechos Humanos.— IV. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad.— V. La preferencia del derecho convencional por el juez nacional ordinario.— VI. Reflexiones finales.

## I. Nota preliminar

Hasta hace veinte o treinta años, tan solo se comenzaba a vislumbrar la naciente y cada vez más fuerte presencia del derecho constitucional, en tanto se le reconocía a la Carta Fundamental su condición de norma jurídica, además —claro está— de ser la norma política por excelencia. Así, el tránsito del estado legal de derecho hacia el estado constitucional de derecho bajo el influjo del neoconstitucionalismo, situó a las constituciones en el epicentro del ordenamiento jurídico de los Estados. A

partir de entonces solo la Constitución constituía la norma suprema conforme a las teorías positivistas inspiradas por Hans Kelsen, y por lo tanto aquella se encontraba situada en la cúspide del ordenamiento jurídico interno.

A todo ello, las posiciones a favor del principio de soberanía nacional relegaban a los tratados y convenciones a meros acuerdos, cuya fuerza normativa estaba condicionada esencialmente a la naturaleza que dichos instrumentos tenían en función a lo que la propia Constitución, o incluso la legislación

\* Abogado especializado en Derecho Constitucional y Derecho Internacional Público. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Profesor de la Academia de la Magistratura del Perú

ordinaria les asignaba. De ahí que adquiriesen especial importancia las posturas o corrientes dualistas que exigían un trasvase legislativo de todo aquello que se encontraba plasmado en un acuerdo o convenio internacional, con lo cual, en buena cuenta, el tratado adquiría fuerza de ley, sometándose a la supremacía de la Constitución con la posibilidad de que el contenido de los tratados podían ser objeto de modificaciones mediante cualquier ley. No obstante, en las posturas monistas, si bien se permitía la incorporación automática de la norma internacional al derecho nacional, la fuerza normativa de la primera se encontraba sujeta a la jerarquía jurídica que la propia Constitución nacional le otorgaba dentro del ordenamiento interno.

Sin embargo, la creciente importancia que fue adquiriendo el sistema internacional de protección de los derechos humanos, hizo que de pronto los tratados y convenciones celebradas por los países, se sujeten primordialmente a las normas del derecho internacional público, con lo cual se fue acentuando cada vez más la supremacía de las normas supranacionales, en tanto la adopción de las mismas implicaba la necesaria cesión de soberanía del Estado para someterse a las reglas del derecho internacional. Es precisamente allí cuando se produce una suerte de relación indisoluble entre el derecho constitucional y el derecho internacional, aun cuando actualmente un grueso sector de la doctrina se inclina por otorgar mayor fuerza a los tratados

que versan sobre derechos humanos, diferenciándolos de aquellos que cumplen otros fines, ya sean comerciales o de otra naturaleza, olvidando acaso que, en estricto, el derecho internacional público es uno solo y no admite diferencias entre los instrumentos internacionales en función a su contenido o finalidad.

Es por ello que en las siguientes líneas analizaremos la estrecha relación que existe entre el derecho constitucional con el derecho convencional, y desde luego las posibilidades del juez constitucional frente a posibles tensiones o discrepancias entre ambos, habida cuenta que conforme a la Constitución los operadores de justicia pueden ejercer control difuso de constitucionalidad frente a las normas de menor jerarquía, pero que de algún modo también se encuentran inexorablemente vinculados a las normas internacionales cuando estas han sido aprobadas y ratificadas por el Perú.

Nuestra tesis se sostendrá, más allá de la doctrina, en las propias normas del derecho interno, constitucional y ordinario, en las del derecho internacional (específicamente las del derecho de los tratados) y muy especialmente en la jurisprudencia de los Tribunales y Cortes Internacionales de Justicia.

## II. La ubicación del derecho convencional dentro del ordenamiento jurídico interno.

Como acertadamente lo sostiene PINTO BASTOS:

Existe una gran controversia, entre los internacionalistas, acerca de la relación que se establece entre el derecho internacional y el derecho interno —dualismo o monismo— que, en última instancia, pasa por una discusión sobre el alcance del concepto de soberanía y la superación de su formulación en términos clásicos<sup>1</sup>.

Preliminarmente podemos decir que en cuanto a la recepción del derecho internacional por los Estados existen fundamentalmente dos vertientes: a) la corriente dualista; y, b) la corriente monista. Ahora bien, en referencia a la primera de ellas, como lo refiere Guastini:

En sede teórico-general, la tesis dualista trata de que el ordenamiento interno (cada ordenamiento nacional) y el internacional deben estar refigurados como ordenamientos distintos y separados, recíprocamente independientes, en el sentido de cada uno de ellos tienen su propio fundamento de validez; es decir, una propia norma suprema<sup>2</sup>.

En efecto, bajo la corriente dualista, todo pacto, convención, acuerdo o tratado celebrado entre sujetos del derecho internacional tiene que ser “incorporado” o trasvasado al ordenamiento jurídico interno mediante los procedimientos que normalmente establecen las Constituciones de los Estados, de tal modo

que solo cuando a través de una norma interna se trasladan las estipulaciones contenidas en el instrumento internacional, es que estas adquieren fuerza normativa, razón por la cual la fuente jurídica no reside en el tratado mismo, sino en la norma interna que acoge su contenido. Esta postura ha ido cediendo terreno a la cada vez más aceptada tesis de la incorporación directa de los tratados a los ordenamientos jurídicos internos, principalmente cuando se trata de instrumentos convencionales sobre Derechos Humanos.

Algunos tratadistas como Fix Zamudio<sup>3</sup>, aludiendo a Jiménez de Aréchaga, sostienen que la cuestión sobre cuál norma prevalece en caso de conflicto entre las reglas de derecho internacional y las de derecho interno, corresponde al derecho constitucional de cada país, de tal modo que para establecer la jerarquía de los tratados habría que recurrir a las Constituciones nacionales.

Nosotros creemos que no necesariamente es así. En efecto, hay países cuya Ley Fundamental asigna una jerarquía al tratado, e incluso establece normas de solución de controversias cuando se presentan conflictos entre la norma internacional y la norma interna. En contados casos los instrumentos internacionales tienen prevalencia sobre la Constitución (cuando la Norma Suprema se refiere al “ordenamiento interno” sin hacer

1 PINTO BASTOS, LUIS, *Justicia constitucional, derecho supranacional e integración en el derecho latinoamericano*, Lima: Grijley, 2007, p. 90.

2 GUASTINI, RICARDO, *Las fuentes del derecho. Fundamentos teóricos*, Lima: Raguel, 2016, p. 681.

3 FIX ZAMUDIO, HÉCTOR, *Los derechos humanos y su protección internacional*, Lima: Grijley, 2009, p. 68.

excepciones). En cambio, hay otros en los que explícitamente se les reconoce jerarquía constitucional (solo a los que versan sobre derechos humanos), y en algunos más — acaso la mayoría — se les asigna rango legal ordinario.

Sin embargo, más allá de lo que establezca la norma constitucional, suele ocurrir que, al adherirse un Estado a un tratado, cuyas normas estipulan la prevalencia del mismo sobre la legislación interna del Estado parte, automáticamente el Estado cede una porción de su soberanía normativa y se somete incondicionalmente, a menos que haya hecho reservas, a lo que el tratado establece. Ello ocurre, qué duda cabe, con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyo artículo 2 establece el denominado “deber de adecuar las disposiciones de derecho interno a las contenidas en la Convención”. En efecto, dicha norma señala que:

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

De allí que, por el solo hecho que un Estado libre y voluntariamente suscriba, apruebe y ratifique la Convención, sin hacer reservas sobre su contenido, automáticamente vincula toda su legislación interna, incluida

la constitucional, a lo que establece el tratado, pues en virtud a la cláusula segunda de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la prevalencia de esta sobre la totalidad del ordenamiento jurídico interno es indiscutible y deviene en inexorable, más allá de lo que establezca el ordenamiento interno. Lo antes aseverado puede demostrarse fácilmente con una simple lectura del artículo 27 de la Convención de Viena sobre del Derecho de los Tratados de 1969, el mismo que prescribe que:

Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

Sin perjuicio de lo que acabamos de aseverar, los propios tribunales internacionales de justicia han dejado en claro que ningún Estado parte puede desconocer aquello que haya suscrito en un tratado sin caer en responsabilidad internacional. Bastaría recordar que en el caso *Olmedo Bustos Vs. Chile*<sup>4</sup> la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejó establecido que:

En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial.

4 Este caso es comúnmente conocido como “La última tentación de Cristo”.



La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas medidas solo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención<sup>5</sup>.

Algo similar ha venido ocurriendo en los pronunciamientos del antiguo Tribunal Permanente de Justicia Internacional y la actual Corte Internacional de Justicia. La jurisprudencia emanada de ambos Tribunales<sup>6</sup> ha sido siempre clara y unánime en hacer prevalecer el derecho internacional frente al derecho

nacional, pues bajo los principios generales del derecho de gentes es inadmisibles que un Estado se sustraiga de sus obligaciones nacidas de un tratado sin incurrir en responsabilidad internacional.

Ahora bien, una de las fuentes del derecho internacional son los tratados y convenciones libremente celebradas por los Estados, quienes se comprometen a determinadas obligaciones ineludibles mientras el instrumento internacional se encuentre en vigor y, por lo mismo, todo el sistema normativo que se desprende de los tratados se constituye en una especie de superestructura jurídica que sobrepasa los límites que cada Estado pudiese haber establecido en su ordenamiento interno. En ese orden de ideas, la tesis de la soberanía nacional deja de tener relevancia jurídica, puesto que cada Estado en pleno y absoluto ejercicio de esa soberanía es que decide libre y voluntariamente someterse a todo aquello que acuerde mediante un instrumento convencional, y frente a ello no hay norma interna alguna, por más “*supremacía*” que se le atribuya, que pueda enervar los efectos jurídicos derivados de un tratado. Dicho de otro modo, no hay norma doméstica alguna que prevalezca sobre un tratado, porque este es producto de un acuerdo soberano de voluntades, adoptado por expresa disposición constitucional que a su vez es la expresión del pueblo en tanto soberano absoluto y fuente primigenia del poder.

5 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*, 5 de febrero del 2001, f. j. 72.

6 CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL, *Opinión Consultiva del 4 de febrero de 1932, Traitement des nationaux polonais et autres personnes d’origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig, Série A/B, n.º 44*, 31 de julio de 1930, Question des communautés greco-bulgares, Serie n.º 17. Corte Internacional de Justicia, *Opinión Consultiva de 26 de abril de 1988, Obligation d’arbitrage*; Sentencia del 28 de noviembre de 1958, Application de la Convention de 1909 pour régler la tutelle des mineurs (Pays Bas/Suède); Sentencia de del 6 de abril de 1955, *Notteböhme (2e. Phase) (Lichtenstein/Guatemala)*. Laudo arbitral S.A Bunch, Montijo (Colombia/Estados Unidos de América), 26 de julio de 1875.

En tal orden de cosas, sostener que los tratados tienen el rango o jerarquía jurídica que les confiere la Constitución constituye un contrasentido, pues si en un país se le confiriese a los tratados la jerarquía de ley ordinaria, mediante cualquier norma igual o superior a aquella quedarían sin efecto, o podrían ser modificados sin más, lo cual desde luego es inaceptable desde la óptica del derecho internacional público.

Como bien anota FIX ZAMUDIO, en referencia a lo sostenido por La Pégola:

[...] una buena parte de las Constituciones de los países europeos reconoce de manera expresa la superioridad, así sea parcial, del derecho internacional general sobre las disposiciones del derecho interno, y no solo las de carácter convencional incorporadas al ordenamiento nacional por los órganos competentes, sino inclusive las de carácter consuetudinario, en virtud de la aplicabilidad inmediata de las normas de derecho internacional generalmente reconocidas [...].<sup>7</sup>

En el caso específico del Perú, se han producido cambios sustantivos a nivel constitucional respecto a la ubicación de los tratados en sus dos últimas Constituciones. Así, mientras que el artículo 101 de la Carta de 1979 establecía que en caso de conflicto entre un tratado y la ley prevalecía el primero, la Constitución de 1993 de manera inexplicable eliminó dicha cláusula de solución de conflictos. De igual modo,

el artículo 105 de la Norma de 1979 prescribía que los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos tenían jerarquía constitucional, pero la actual Carta Magna no contempla una disposición semejante, aunque la cuarta disposición final y transitoria establece que las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú, lo cual de algún modo hace que por vía interpretativa los derechos constitucionales deben leerse y sobre todo aplicarse a la luz de los instrumentos convencionales suscritos por el país.

No obstante lo antes dicho, el vigente artículo 55 de la Constitución señala que los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional; vale decir, los incorpora al ordenamiento jurídico, pero sin asignarles una jerarquía jurídica específica. Sin embargo, de una lectura al artículo 200 inciso 4 de la Ley Fundamental, se infiere que los tratados tienen rango de ley al poder ser estos objetos de una demanda de inconstitucionalidad.

Particularmente consideramos que cuando menos en el caso de los tratados sobre derechos humanos y por imperio de lo previsto en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, en ningún caso tales instrumentos internacionales po-

7 FIX ZAMUDIO, *Los derechos humanos y su protección internacional*, ob. cit., p. 69.

drían tener jerarquía de ley sino, por el contrario, un rango supra legal e incluso supraconstitucional, pues no hay forma de que sean inobservados por el Estado sin que este incurra en responsabilidad internacional.

Nos encontramos pues en una nueva disyuntiva respecto a la prevalencia de los tratados sobre las normas de origen interno, ya que, si nos atenemos a que los tratados solo tienen el rango que las propias Constituciones le otorgan, el derecho internacional público estaría permanentemente sometido a la voluntad de los Estados y su aplicabilidad se encontraría sujeta a lo que cada norma constitucional establezca, tesis que a la luz de los principios rectores del derecho internacional es francamente inaceptable. Hoy en día podemos hablar de la existencia de un “*derecho convencional*”, conformado como un sistema o cuerpo de normas surgidas de la voluntad de los Estados, que impera sobre la normativa de los propios Estados, cualquiera sea el rango de la norma a la que se enfrente. La prevalencia del derecho convencional sobre el derecho nacional es un hecho innegable y así ha sido sostenido invariablemente por todos los Tribunales y Cortes internacionales de justicia, pues de otro modo carecería de utilidad alguna. Además, aceptar una tesis distinta, sin importar lo que establezcan las Constituciones nacionales, sería negar a los propios Estados la capacidad que estos tienen para ceder una parte de su soberanía a favor de la normativa contenida en los tratados y, por lo

mismo, para someterse a los órganos de la jurisdicción supranacional. En efecto, una postura a favor de la teoría de la jerarquía legal de los tratados, encontraría de inmediato una evidente contradicción con aquello que los propios Estados han establecido, soberana y voluntariamente, al regular las reglas que rigen el derecho de los tratados y el derecho internacional público basado en el principio universal del *pacta sunt servanda*. Dicho de otro modo, actualmente no son las Constituciones nacionales las que le confieren una determinada jerarquía jurídica a los tratados, sino es el propio derecho internacional que lo hace a través de sus principios, usos y costumbres, y principalmente por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados por el ser el instrumento convencional que los rige.

Por todo lo antes señalado, bastaría con que un Estado se adhiera a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados para que automáticamente sea vinculado y sometido a todos sus preceptos, entre ellos los artículos 26 y 27, con lo cual la prevalencia de los tratados sobre las normas nacionales queda fuera de toda duda, independientemente de lo que al respecto se estipule en el derecho interno.

### III. La supremacía de los Tratados sobre Derechos Humanos.

Ciertamente, desde la óptica del derecho internacional, todos los tratados y convenciones celebradas entre los su-

jetos del derecho internacional público gozan de igual condición y vinculan a las partes de la misma manera, sin hacer distinciones por razón de la materia de la que trate un instrumento convencional; vale decir, no se puede asumir que un tratado sobre Derechos Humanos tiene mayor jerarquía e importancia que uno referido a tarifas arancelarias o libre comercio, o cualquier otra materia. No obstante, lo cierto es que en la práctica no solo las Constituciones nacionales se han encargado de hacer tales distinciones, otorgándole en algunos casos a los tratados sobre derechos humanos jerarquía constitucional o supralegal, sino también lo ha hecho la propia jurisprudencia emanada de los Tribunales y Cortes internacionales, al reafirmar que los tratados sobre Derechos Humanos representan la más alta expresión de la comunidad internacional en relación a dicha materia, y por lo tanto merecen un tratamiento especial.

La diferenciación a que se alude en el párrafo precedente se sustenta principalmente en los destinatarios de los tratados sobre derechos humanos, pues mientras que en un tratado sobre cuestiones migratorias o de libre comercio los derechos y obligaciones allí contenidos solo atañen a los Estados partes, en cambio en las convenciones y pactos sobre derechos humanos los destinatarios son las personas, y su única finalidad es la de proteger los derechos fundamentales de las personas frente a los Estados, y en general frente a todos. En efecto, el nivel de protección que brindan los instrumentos

internacionales sobre derechos humanos es *erga omnes*.

En el ámbito de la normativa constitucional, tenemos el caso de varios países en los que sus respectivas Constituciones confieren a los tratados sobre derechos humanos una jerarquía especialmente relevante<sup>8</sup>, sin embargo, ha sido la propia jurisprudencia supranacional la que ha dejado establecido que en ningún caso podrá prevalecer la legislación interna (incluida la constitucional) sobre los tratados que protegen los derechos humanos.

Como ya lo dijéramos en anterior oportunidad<sup>9</sup>,

En efecto, la convivencia entre el derecho internacional de los derechos humanos y la legislación interna de los Estados no ha sido siempre pacífica, aun cuando en algunos países con clara visión integradora han optado por establecer en su propia normatividad constitucional la prevalencia del derecho supranacional frente al ordenamiento jurídico interno. Desde luego, este avance significó superar las tradicionales teorías de la soberanía absoluta de los Estados, pues estos tuvieron que ceder parte de ella en aras de alcanzar un mayor nivel de protección de los derechos humanos. El solo acto de obligarse mediante la celebración de tratados sobre derechos humanos

8 Véase, Constitución de Colombia de 1991 (art. 93); Guatemala (art. 46); Bolivia (art. 13); Venezuela (art. 23); Holanda (art. 93).

9 PESTANA URIBE, Enrique, "Derecho convencional y normas supraconstitucionales: el nuevo orden jurídico internacional", en *Ponencia sustentada en el XIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Ciudad de México: 2017.

y someterse a la jurisdicción contenciosa de las Cortes y Tribunales extranjeros, implicó la expansión garantista del sistema internacional de los derechos humanos y sobre todo su evolución desde sus inicios, cuando apenas estaba constituido por un puñado de declaraciones no vinculantes y con nula efectividad.

Ahora bien, la prevalencia de los tratados sobre Derechos Humanos respecto a la legislación interna — cualquiera fuese su jerarquía — encuentra mayor sustento en las propias fuentes del derecho internacional que en aquellas recogidas en la normativa nacional de los Estados, y su concreción dimana esencialmente de las sentencias pronunciadas por los Tribunales internacionales, en la mayoría de los casos, pero muy excepcionalmente por decisión de los jueces nacionales.

En efecto, para la jurisdicción nacional es aún muy difícil aceptar que una norma recogida en un tratado internacional pueda sobreponerse a toda la legislación nacional incluida la propia Constitución. Esta situación es producto de una suma de factores determinantes: a) el relativo conocimiento que los jueces tienen respecto a los tratados internacionales sobre Derechos Humanos que se encuentran en vigor; b) el nulo o superficial dominio del derecho internacional público y especialmente del derecho de los tratados; c) el tradicional apego a la legislación interna y al sistema de fuentes en cuya cúspide se ubica la Constitución nacional; d) a que se asumen posturas dualistas respecto al

sistema de recepción de los instrumentos internacionales y por lo general se espera a que la norma internacional sea “transformada” en norma de derecho interno mediante una ley ordinaria.

Como bien lo afirma César LANDA<sup>10</sup>, desde la *tesis internacionalista*, el monismo asume la supremacía del derecho internacional aun en el ámbito nacional, así como la posición preferente de la persona como sujeto del derecho internacional. Esta doctrina es la antítesis de los postulados de la existencia de la soberanía de los Estados y reduce la vigencia de la ley nacional en función del tratado internacional. A esta misma tesis abona Jorge CARMONA cuando sostiene que “la teoría sobre la relación del derecho internacional con respecto al derecho interno que más sirve a la causa de los derechos humanos, especialmente a partir de la segunda posguerra, es la tipo monista internacionalista”.

#### IV. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad.

Como bien sabemos, el control de constitucionalidad se basa esencialmente en el principio de supremacía constitucional, en virtud al cual la Constitución prevalece sobre cualquier otra norma jurídica por su condición

10 LANDA, César, “La aplicación de los tratados internacionales en el derecho interno y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Ciudad de México: 2002, pp. 321 y 322.

supraordenadora, en tanto esta ostenta la condición de ser la fuente de todas las fuentes, y es a partir de ella que se producen las demás normas que integran un determinado ordenamiento jurídico.

En el caso del Perú, dicho principio de supremacía constitucional se encuentra esencialmente asentado en el artículo 51 de la Constitución política de 1993 cuando establece que “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente [...]”

Sin embargo, ocurre que no solo el aludido artículo 51 recoge el principio de supremacía Constitucional, sino también está el artículo 38 que vincula a todos (efecto *erga omnes*) con la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación; además, claro está, del artículo 138 que, repitiendo una fórmula bastante similar a la del artículo 51, establece el poder-deber que tiene todo juez de preferir la norma constitucional a cualquier otra norma legal y esta última a toda norma infralegal.

Ciertamente no es materia del presente trabajo hacer un recuento exhaustivo de los modelos de control constitucional, pero ello no es óbice para recalcar que en el mundo coexisten hasta tres sistemas o mecanismos de control de constitucionalidad: a) el control concentrado, que está conferido a un órgano especializado y de cierre de la jurisdicción nacional el cual recibe el nombre de Tribunal Constitucional en algunos países o Corte Constitucional en otros,

que mediante una acción directa puede determinar la inconstitucionalidad de una norma expulsándola del ordenamiento jurídico, o bien interpretarla en cuanto a sus alcances de conformidad con la Constitución, y cuyas sentencias tienen efectos *erga omnes*; b) el sistema de control difuso, confiado a todos los jueces sin excepción, quienes en vía de excepción y durante el decurso de un proceso judicial desaplican o inaplican una norma por su inconformidad con la Constitución, siempre que dicha norma sea relevante para la solución del caso y cuyo efecto es *inter partes*, manteniéndose vigente la norma inaplicada; c) el sistema de control preventivo, a través del cual se habilita al propio Tribunal Constitucional o a un Consejo Constitucional (en países como Francia), para que se pronuncien respecto a la constitucionalidad o no de algunas leyes ordinarias, leyes orgánicas o tratados internacionales, antes que se aprueben o entren en vigor. En el caso de los sistemas de control concentrado y control difuso el control es *a posteriori*, mientras que en el de control preventivo es *a priori*.

La coexistencia de dos o más sistemas o modelos de control de constitucionalidad, siempre abre la posibilidad de que se produzcan discordancias entre la jurisdicción constitucional especializada y la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, acertadamente nuestra normativa procesal constitucional<sup>11</sup>

11 Con especial referencia al artículo VI del Título Preliminar y al artículo 80 del Código Procesal Constitucional.

contiene ciertas reglas destinadas a evitar dichas contradicciones, al prescribir que los Jueces de la jurisdicción ordinaria no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular. De igual forma, el Código Procesal Constitucional señala que los Jueces deben suspender el trámite de los procesos de acción popular sustentados en normas respecto de las cuales se ha planteado demanda de inconstitucionalidad ante el Tribunal, hasta que este expida resolución definitiva.

Por otra parte, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha dejado establecidas ciertas pautas para el ejercicio del control difuso a fin de evitar un uso excesivo o abusivo de este mecanismo de control de constitucionalidad, tratando en la medida de lo posible de mantener el principio de conservación de la ley y la presunción de constitucionalidad de la misma en tanto no se determine lo contrario. Así, en el caso BORJA URBANO<sup>12</sup> dejó sentado que:

Dadas las consecuencias que su ejercicio pueda tener sobre la ley, que es expresión de la voluntad general representada en el Parlamento, el Tribunal ha recordado que la declaración de inconstitucionalidad debe considerarse como la última ratio a la que un Juez debe apelar [...], ya que Los jueces y Tribunales solo inaplican las disposiciones que estimen incompatibles con la Constitución cuando por vía in-

terpretativa no sea posible la adecuación de tales normas al ordenamiento constitucional, conforme lo dispone la segunda Disposición General de la Ley N.º 28301, Orgánica del Tribunal Constitucional.

Igualmente el TC aseveró que:

[...] La necesidad de interpretar la ley con arreglo a la Constitución no solo se presenta como una exigencia lógica y consustancial al carácter normativo de la Ley Fundamental, que de esta manera exige que el derecho infraordenado se aplique siempre en armonía con ella, sino también, en lo que ahora importa, como un límite al ejercicio del control judicial de constitucionalidad de las leyes, que demanda de los jueces de toda sede y grado, procurar hasta donde sea razonablemente permisible, una interpretación de la ley que armonice con la Norma Suprema del Estado.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre los presupuestos básicos para la inaplicación de una norma vía control difuso. En efecto, en el caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y Fetratel<sup>13</sup>, el supremo intérprete de la Constitución, aplicando lo dispuesto en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, señaló como pautas para la inaplicación de una norma por la vía del control difuso, los siguientes presupuestos básicos: a) Que en el proceso constitucional, el objeto de impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada

12 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 1680-2005-PA/TC*, Lima: 11 de mayo del 2005, ff. jj. 2 y 3.

13 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01124-2001-AA/TC*, Lima: 11 de julio del 2002.

inconstitucional; b) Que la norma a inaplicarse tenga una relación directa, principal e indisoluble con la resolución del caso, es decir, que ella sea relevante en la resolución de la controversia; y, c) Que la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución, aun luego de haberse acudido a interpretarla de conformidad con la Constitución, en virtud del principio enunciado en la Segunda Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Estas reglas han sido mantenidas prácticamente con los mismos argumentos en distintas sentencias posteriores y aún siguen siendo los elementos directrices para la aplicación del control difuso.

Ahora bien, no solo ha sido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional la que se ha pronunciado respecto a estos presupuestos, sino también la emanada de la propia Corte Suprema de Justicia de la República.

En efecto, en la Consulta de la sentencia del Expediente N.º 1618-2016-Lima Norte<sup>14</sup>, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente ha establecido una importante doctrina jurisprudencial vinculante sobre el control difuso de constitucionalidad. Así, se han precisado y puntualizado cuatro reglas para su ejercicio, que deberán ser observadas por todos los jueces sin excepción, cuales son:

- a) *Partir de la presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad de las normas legales*, las que son de observancia obligatoria conforme lo prevé el artículo 109 de la Constitución Política, gozan de legitimidad en tanto hayan sido promulgadas conforme al procedimiento previsto en la Constitución; debiendo suponer a priori que la norma no viene viciada de ilegitimidad, en ese orden, quien enjuicie la norma esgrimiendo infracción a la jerarquía de la norma constitucional, debe cumplir con la exigencia de demostrar objetivamente la inconstitucionalidad alegada.
- b) *Realizar el juicio de relevancia*, en tanto solo podrá inaplicarse una norma cuando es la vinculada al caso, debiendo los jueces ineludiblemente verificar si la norma cuestionada es la aplicable permitiendo la subsunción de las premisas de hecho en los supuestos normativos, constituyendo la regla relevante y determinante que aporta la solución prevista por el ordenamiento jurídico para resolver el caso concreto; en tanto la inaplicación permitida es solo respecto de la norma del caso en un proceso particular.
- c) *Identificada la norma del caso, el juez debe efectuar una labor interpretativa exhaustiva*, distinguiendo entre disposición y norma, siendo el primero el texto o enunciado legal sin interpretar, y la norma es el resultado de la interpretación,

14 Publicada el jueves 07 de diciembre de 2017 en el diario oficial *El Peruano* (segundo considerando 2.5)



por lo que siendo el control difuso la ultima ratio, que se ejerce cuando la disposición no admite interpretación compatible con la Constitución, es obligación de los jueces haber agotado los recursos y técnicas interpretativas para salvar la constitucionalidad de la norma legal; por el contrario el uso indiscriminado acarrea inseguridad jurídica en relación a la aplicación de las normas, vulnerando el orden del sistema normativo

- d) *En esencia el control difuso es un control de constitucionalidad en concreto que conlleva la inaplicación al caso particular*, por lo que es exigencia ineludible iniciar identificando los derechos fundamentales involucrados en el caso concreto, el medio utilizado, el fin perseguido, el derecho fundamental intervenido y el grado de intervención, para así poder aplicar el test de proporcionalidad u otro de igual nivel de exigencia, examinando si la medida legal en cuestión, supera el examen de idoneidad (de medio a fin), el examen de necesidad (de medio a medio), y el examen de proporcionalidad en sentido estricto (cuanto mayor la intensidad de la intervención o afectación del derecho fundamental, debe ser mayor el grado de satisfacción u optimización del fin constitucional).

Como podemos ver, la inaplicación de una norma debido a su supuesta inconstitucionalidad no es una tarea

fácil que pueda hacerse con ligereza y sin el mayor rigor jurídico, pues antes que nada se trata de una atribución excepcionalmente delicada por la gran trascendencia que ella tiene para la seguridad jurídica, pilar de todo estado constitucional de derecho. Ningún juez puede actuar sobre la base de su mera percepción subjetiva respecto a la inconstitucionalidad de la norma, por lo cual su decisión de aplicar o no el control difuso y el resultado del mismo depende de su pericia en el manejo de los presupuestos y pautas establecidas por el Tribunal Constitucional y por la Corte Suprema de Justicia, además — claro está — del dominio de la teoría general del derecho y en especial de los métodos y criterios de interpretación jurídica.

Ocurre que, en algunas ocasiones, el solo uso de la Constitución como único parámetro para determinar si una norma es constitucional no resulta siendo suficiente, teniéndose que recurrir a las denominadas “normas interpuestas”. Como bien anota Edgar CARPIO<sup>15</sup>:

[...] en el ordenamiento del Estado constitucional, la Constitución no es la única norma que impone límites a las fuentes primarias susceptibles de ser impugnadas ante el Tribunal Constitucional. En ocasiones,

15 CARPIO MARCOS, Edgar, “Normas interpuestas en la acción de inconstitucionalidad (el caso peruano)”, en *Instrumentos de Tutela y Justicia Constitucional. Memorias del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, Ciudad de México: 2002, p. 106.

expresamente, y en otras implícitamente, lo cierto del caso la norma fundamental suele “reenviar” a ciertas fuentes con rango de ley el establecimiento de límites formales y materiales que se deberán de observar en la elaboración de ciertas fuentes.

Efectivamente, si hacemos una revisión exhaustiva de los preceptos constitucionales, encontraremos que muchos de ellos deben ser desarrollados, regulados o limitados, ya sea por leyes orgánicas o mediante leyes ordinarias. Ello ocurre, por citar algunos ejemplos, con el artículo 2 inciso 5 cuando señala que las excepciones al derecho a solicitar información pública se establecen por ley. O cuando en el artículo 2 inciso 24, literal b. prescribe que no se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley. Lo mismo sucede con el artículo 4 cuando determina que la forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.

Un caso particularmente relevante lo encontramos cuando se trata de interpretar los alcances y conformidad constitucional de las normas de la legislación delegada (decretos legislativos) que modifican o regulan algunos aspectos normados en la Constitución y que están referidos a las funciones, atribuciones o competencias de los Poderes del Estado, de los órganos constitucionales autónomos o de los gobiernos subnacionales. Suele suceder que en situaciones como las descritas, debido a la generalidad o abstracción de la norma constitucional, el juez a cargo

del control de constitucionalidad se ve limitado en su labor porque el “único” parámetro con el que cuenta es la propia Norma Fundamental, pero resulta que esta no es suficiente. Es entonces necesario recurrir a otras normas que complementan o desarrollan los preceptos constitucionales, siendo en estos casos de especial utilidad las leyes orgánicas por cuanto estas regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, además de las otras materias cuya regulación por ley orgánica está establecida en la Constitución.

Frente a situaciones como la descrita en el párrafo anterior, particularmente interesante y muy útil resulta siendo lo señalado en el artículo 79 del Código Procesal Constitucional como mecanismo o pauta de interpretación, al establecer que:

Para apreciar la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona.

Respecto a lo que hemos mencionado líneas arriba, recurrentemente hemos puesto como un clásico ejemplo la derivación o desviación de varios tributos que regularmente perciben las municipalidades hacia un organismo del Poder Ejecutivo mediante una modificación al decreto legislativo N.º

776, norma que se encarga de establecer los impuestos, tasas y contribuciones que sostienen el funcionamiento de los gobiernos locales, pero como quiera que el artículo 196 de la Constitución no es lo suficientemente acotado para determinar qué clase de tributos son propios de los municipios, entonces resulta imperativo recurrir a la norma interpuesta, que en este caso vendría a ser la Ley Orgánica de Municipalidades al ser una norma mucho más completa y específica que la Constitución.

En este supuesto, si bien la modificación introducida al Decreto Legislativo 776 no sería directamente inconstitucional, sí lo sería indirectamente al afectar las rentas e ingresos que la ley de desarrollo constitucional, esto es la Ley Orgánica de Municipalidades, otorga a los gobiernos locales.

De ser así, es evidente que la interpretación de la Constitución ha debido hacerse conjuntamente con la ley de desarrollo ya mencionada.

Independientemente de todo lo antes sostenido, constituye un deber ineludible del juzgador tratar de preservar la norma antes que inaplicarla, utilizando para ello los métodos de interpretación que le permitan “acomodar” o “ajustar” el sentido de la norma cuestionada a los preceptos constitucionales. Desde luego que no se trata de una tarea fácil, pues requiere un elevado dominio del derecho y una gran destreza creativa para encontrar una solución aceptable al caso en particular.

En lo que se refiere al control de convencionalidad, sin duda se trata de un mecanismo de reciente difusión en el ámbito del derecho constitucional en cuanto a su vinculación con el derecho internacional público. Lo cierto es que para la gran mayoría de los magistrados que integran nuestra judicatura es todo un reto ejercer y dominar las técnicas de control difuso de constitucionalidad por la complejidad que ello supone, siendo evidente que exigirles hacer control de convencionalidad significa un reto mayúsculo, no solo porque primero deben conocer a cabalidad el contenido de la Constitución, sino también la interpretación que de ella ha venido haciendo el Tribunal Constitucional, incluyendo sus precedentes vinculantes, sino además tener cierto nivel de dominio del derecho internacional y en especial del derecho de los tratados, así como del contenido de decenas de pactos, convenios, protocolos e instrumentos internacionales y, por si todo ello fuera poco, las sentencias de los tribunales supranacionales a los cuales se encuentra adherido el Perú, puesto que en ellas se interpretan los tratados sobre derechos humanos.

Lo que acabamos de afirmar se puede comprobar fácilmente con la simple lectura de lo que establece el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional en cuanto prescribe 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.

En tal sentido, hoy por hoy no basta con conocer el contenido de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), o el Protocolo adicional a ella en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>16</sup>, sino también lo que de ellos ha dicho la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos a través de su frondosa jurisprudencia.

Pero a todo ello resulta que nuestro país no solo está jurídicamente vinculado al denominado Pacto de San José de Costa Rica, sino también a decenas de instrumentos universales y regionales de protección de los Derechos Humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU; la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>17</sup>; la Convención sobre los

Derechos del Niño; la Convención Interamericana contra la Corrupción; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; la Convención de los Estados Americanos sobre Asilo Político; los Convenios OIT, entre otros más.

Por otra parte, si bien en el caso de los pactos internacionales de la ONU no existen órganos jurisdiccionales que a través de su jurisprudencia interprete sus normas, sin embargo cada uno de ellos contiene sus propias reglas de interpretación, tal como ocurre con los artículos 46 y 47 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y con el artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, además de la jurisprudencia, en su texto también se fijan reglas de interpretación<sup>18</sup>.

16 También denominado "Pacto de San Salvador", Adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el decimotercero período ordinario de sesiones de la Asamblea General.

17 Aun cuando se trata de un instrumento no convencional sino más bien declarativo, entre nosotros tiene fuerza vinculante por la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución. Además, cabe anotar que varios tratados sobre Derechos Humanos ya habían sido ratificados por la Asamblea Constituyente en

1978 conforme a la Décimo sexta disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979 que en virtud a las normas de derecho internacional público tiene efectos ultractivos, independientemente de que aquella Constitución haya sido derogada y reemplazada por la vigente de 1993.

18 *Artículo 29. Normas de Interpretación*  
Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:  
a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limi-

En consecuencia, la labor del juez nacional constituye una tarea especialmente compleja cuando se trata de aplicar un control de convencionalidad, puesto que deberá conocer las normas recogidas en cada instrumento internacional, manejar adecuadamente sus reglas de interpretación y, en el caso del Pacto de San José de Costa Rica, estar al tanto de la interpretación hecha por la Corte Interamericana a través de sus decisiones.

#### V. La preferencia del derecho convencional por el juez nacional ordinario.

Sin duda uno de los aspectos más controversiales que pudiese generarse en cuanto al control difuso de convencionalidad es si el juez nacional ordinario, ajeno a la jurisdicción constitucional, podría llegar a concluir que una norma constitucional es inconvencional y, por lo tanto, haciendo uso de sus atribuciones jurisdiccionales, opta por

---

tarlos en mayor medida que la prevista en ella;

- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

“inaplicar” la Constitución en el caso concreto para que subsista o prevalezca la norma internacional recogida en un instrumento internacional. Desde luego dicha hipótesis, así planteada, podría ser cuestionada por muchos alegando que no es aceptable ni posible admitir que una Constitución contravenga normas contenidas en un tratado internacional, más aun cuando se supone que la celebración, aprobación y ratificación de un acuerdo supranacional conlleva un examen previo de su conformidad con la Norma Fundamental del país que lo acoge. Otros, en cambio, sostendrán que en base al principio de soberanía y al principio de supremacía constitucional no es admisible ni posible inaplicar vía control difuso de convencionalidad una disposición contenida en la Constitución, por ser esta la norma que preside el ordenamiento jurídico de la Nación. Es más, no pocos argumentarán que de acuerdo a lo previsto en el artículo 146.1 de la Constitución, los jueces “solo están sometidos a la Constitución y la ley”, tan igual como lo dispone el artículo I del Título Preliminar de la Ley de la Carrera Judicial. Por lo tanto, desde esa postura no existe norma alguna, al menos en sede nacional, que los obligue a preferir los pactos y convenios internacionales en caso de encontrar un posible conflicto con la Constitución.

No obstante, como ya lo habíamos advertido, ha habido ocasiones en que sí existe una clara colisión entre lo normado por el derecho interno, encarnado en la propia Norma Suprema del

Estado, y lo pactado en un instrumento convencional.

Para demostrar lo antes aseverado, bastará mencionar la demanda que se interpuso contra el Estado chileno por la prohibición, vía censura cinematográfica, de la exhibición de la película *“La última tentación de Cristo”* en el caso Olmedo Bustos y otros Vs. Chile. En dicho contencioso la Corte Interamericana de Derechos Humanos, llegó a la conclusión que el artículo 19 numeral 12 de la Constitución de Chile violaba el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana<sup>19</sup>. Es cierto que en este caso en particular, la controversia suscitada en la jurisdicción

interna terminó por darle la razón a quienes apoyaban la censura del referido film cinematográfico, pero bien pudo el juez nacional chileno advertir la inconsistencia — por decir lo menos— entre lo que prescribía la norma constitucional, en la que se permitía la censura previa, con los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y así privilegiar la norma supranacional a fin de evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional. Recordemos que en virtud a lo decidido en la sentencia de la Corte Interamericana, el Congreso Chileno finalmente se vio obligado a modificar el artículo 19 de su Norma Fundamental mediante una enmienda constitucional<sup>20</sup>.

En todos aquellos casos en los que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha advertido contravenciones a la Convención por las normas de producción interna<sup>21</sup>, ha recordado a los Estados demandados que conforme a lo previsto en el artículo 2 de la Convención Americana es deber de los

19 Sentencia de la CIDDDH, Fj. 72.” Esta Corte entiende que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado. En el presente caso ésta se generó en virtud de que el artículo 19 número 12 de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

“73. A la luz de todas las consideraciones precedentes, la Corte declara que el Estado violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana, en perjuicio de los señores Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes”.

20 La Ley de Reforma Constitucional N.º 19.742, que eliminó la censura previa, reemplazándola por un sistema de calificación cinematográfica, fue aprobada en junio de 2001 y publicada el 25 de agosto de ese año.

21 En estricto no es propio referirse a “normas de derecho interno” porque los tratados lo son, o pasan a serlo, automáticamente desde el momento en que son aprobados y ratificados por el Estado parte, salvo aquellos países en donde el sistema de recepción de los mismos es dualista y requiere de su incorporación mediante un acto legislativo de producción interna.

países signatarios adoptar las decisiones de derecho interno para garantizar que todos los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 de la Convención se encuentren protegidos por las normas de origen nacional. Es evidente, pues, que si un Estado no lo hubiese hecho, no solo podría incurrir en responsabilidad internacional, sino que además no podría alegar la prevalencia de su normativa de origen, así fuese a nivel constitucional, porque estaría vulnerando lo dispuesto en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Recordemos que dicha norma no establece excepciones en cuanto se refiere a las fuentes del derecho interno, comprendiendo a todo el ordenamiento jurídico nacional, incluida — claro está— la propia Constitución.

Ahora bien, el control difuso de convencionalidad, como acertadamente lo afirma Ferrer Mac-Gregor<sup>22</sup>:

[...] es una nueva manifestación de la “constitucionalización” o “nacionalización” del Derecho Internacional”. El citado jurista mexicano agrega que “El control difuso de convencionalidad consiste en el deber de los jueces nacionales en realizar un examen de compatibilidad entre los actos y normas nacionales, y la CADH, sus protocolos adicionales, y la jurisprudencia de la Corte IDH que interpreta ese corpus iuris interamericano”. A todo ello habría que agregar que es en los fundamentos 123, 124 y 125 de la sentencia pronunciada por

la Corte Interamericana en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile* que el alto tribunal supranacional estableció que...”<sup>123</sup>. La descrita obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana.

Luego, en el fundamento 124 la referida sentencia es aún más explícita al señalar que:

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado,

22 FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*, Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 708.

también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

Esta misma postura ha sido después reiterada por la CIDH en los casos *La Cantuta vs. Perú*; *Boyce y otros vs. Barbados*; *Trabajadores cesados del Congreso (caso Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*; *Rosendo Cantú y otra vs. México*; *Gelman vs. Uruguay*, entre muchas otras decisiones, en las cuales sostuvo que, según el Derecho Internacional, las obligaciones que este impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno, lo cual se sostiene, como ya lo hemos dicho en líneas precedentes, en lo previsto en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

En el caso del Perú, el Tribunal Constitucional también ha marcado

una postura semejante cuando en la sentencia recaída en el caso *Panamericana Televisión*<sup>23</sup> dejó sentado que:

[...] la magistratura constitucional no solo debe centrarse en ejercer únicamente un control de constitucionalidad; sino que se encuentran en la obligación de ejercer un *control de convencionalidad*, es decir, la potestad jurisdiccional que tienen los jueces locales y la jurisdicción supranacional, que en nuestro caso está constituida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), para resolver controversias derivadas de normas, actos y conductas contrarios a la Convención Americana de Derechos Humanos, a los tratados regionales en materia de derechos humanos ratificados por el Perú, al *ius cogens* y a la **jurisprudencia de la Corte IDH**.

Como lo anota NOGUEIRA ALCALÁ<sup>24</sup> señala que:

Los operadores jurídicos tienen la obligación de interpretar y aplicar el derecho válidamente incorporado al derecho interno, de acuerdo a los principios de buena fe y cumplimiento de las obligaciones válidamente contraídas por el Estado. Así la jurisdicción ordinaria y constitucional debe hacer el esfuerzo máximo de armonizar las normas de fuente interna con las normas incorporadas al derecho interno y de fuente internacional, evitando al Estado incurrir en responsabilidad internacional, especialmente si tenemos presente que las normas internacionales son de aplicación preferente [...].

23 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 04617-2012-PA/TC*, f. 5.

24 NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *La interpretación constitucional de los Derechos Humanos*, Lima: Ediciones Legales, 2009, p. 215.



Por otro lado, coincidimos con FERRER MAC-GREGOR cuando sostiene que “el control difuso de convencionalidad” convierte al juez nacional en juez interamericano<sup>25</sup>, no obstante, hasta el momento no ha sido planteada con absoluta claridad la posibilidad de que como resultado del control difuso de convencionalidad ejercido por el juez nacional este pudiese “inaplicar” la norma constitucional por considerar que es incompatible con la norma convencional. Particularmente creemos que lo más conveniente en estos supuestos, es que el juez nacional opte por armonizar el precepto constitucional con la norma convencional mediante los criterios de interpretación *pro homine y favor libertatis*, en virtud a los cuales, sin llegar al extremo de inaplicar la Constitución, más bien decide “preferir” lo dispuesto en el tratado sobre derechos humanos al constituir este la norma más favorable a la persona.

La doctrina es pacífica en aceptar que en materia de derechos humanos debe preferirse la norma que sea más favorable a la persona independientemente de su jerarquía jurídica. Cabe precisar que el Pacto de San José establece en su artículo 29, literal b, que ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con

otra convención en que se parte uno de dichos Estados.

No obstante, podrían darse casos en los que la supuesta incompatibilidad de la Constitución con la norma convencional sea tan obvia y frontal que no sea factible armonizarlas por la vía de la interpretación. Creemos que en tal supuesto, igualmente el juez nacional, sin llegar a desaplicar la Constitución, toda vez que se encuentra firmemente vinculado a ella, deberá argumentar las razones por las cuales “prefiere” el tratado frente a lo que dispone la norma Constitucional. Desde luego, siempre y en todos los casos sus mayores aliados serán los primeros dos artículos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las sentencias de la Corte Interamericana y el propio artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, ya varias veces mencionado. Respecto a la preferencia de norma CARPIO MARCOS<sup>26</sup> citando a Sagüés, nos dice que [...] el principio *pro homine* también comprende una “directriz de preferencia de normas”, es decir, que ante un caso a debatir, el juez [...] tendrá que aplicar la norma más favorable a la persona, con independencia de su nivel jerárquico”.

## VI. Reflexiones finales.

Finalmente podemos concluir en que hasta ahora, en prácticamente todos

25 Ob. cit. p.714.

26 CARPIO MARCOS, Edgar, *La interpretación de los derechos fundamentales*, Lima: Palestra editores, 2004, p. 31.

los casos, la aplicación preferente de los derechos consagrados en los tratados sobre Derechos Humanos era una postura asumida tanto por los tribunales constitucionales nacionales como por un gran sector de la doctrina, además de buena parte de las sentencias pronunciadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a nivel regional y con mayor ahínco por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sin embargo, resulta bastante notorio que siempre se haya hecho referencia a la aplicación de la norma internacional frente a normas internas con rango o jerarquía de ley, pero no así cuando se trata de las normas constitucionales.

Si bien es cierto que sería muy poco probable que se den conflictos entre los tratados sobre derechos humanos y las constituciones nacionales, los cuales se podrían solucionar por vía interpretativa, sin embargo en aquellos países donde imperan regímenes poco democráticos y en los hechos se encuentran regidos por gobiernos dictatoriales o totalitarios, posiblemente se den situaciones como las aquí planteadas, en las que el juez nacional tendría que verse forzado a preferir la norma supranacional, antes que optar por aplicar la Constitución de su país. Aun así, creemos que en el ámbito del derecho siempre es posible que se den tensiones entre la normativa de origen interno con las normas recogidas en los instrumentos internacionales y en tal sentido, pensamos que una decisión tan trascendental y difícil como lo sería optar por aplicar una norma

convencional por sobre la propia Constitución, no solo debe estar confinada a los altos tribunales internos, ya sea la Corte Suprema de Justicia o el Tribunal Constitucional, sino que podría hacerlo cualquier juez de la jurisdicción ordinaria (civil, penal, tributaria, laboral, etc.) o constitucional, con independencia de su nivel jerárquico. Sin embargo, esta aplicación preferente de la norma supranacional deberá hacerse sin la necesidad de inaplicar expresamente la norma constitucional, pues en todo caso siempre debe escogerse aquella que mejor optimice el derecho fundamental en juego.

Por otra parte, la legislación peruana ha previsto que en el caso que un juez inaplique una norma legal vía control difuso de constitucionalidad, necesariamente debe elevar su decisión a la Corte Suprema a fin de que a través de la Sala Constitucional y Social apruebe o desapruebe dicho acto. No existe por lo tanto ningún mecanismo por el cual se eleve en consulta una inaplicación de la Constitución vía control difuso de convencionalidad. Empero, si esto fuese factible, creemos que la decisión tendría que ser sometida a la ratificación por el Tribunal Constitucional, ya que siendo este el supremo contralor, intérprete y guardián de la Constitución, sería el único órgano jurisdiccional que podría decidir si es o no viable desaplicar una norma constitucional.

En cualquier caso, nos queda meridianoamente claro que cuando se trata

de instrumentos convencionales sobre derechos humanos, los preceptos que estos contienen, siempre y en todos los casos, habrán de prevalecer sobre cualquier norma del ordenamiento jurídico nacional, incluida la propia Constitución, especialmente cuando nos referimos a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que al ser esta aprobada y ratificada por un Estado, automáticamente entra en vigor el artículo 2 de la citada norma supranacional que obliga a los países signatarios a adecuar toda su legislación interna a los preceptos contenidos en ella y en caso no lo hicieran, no solo incurrirían en responsabilidad internacional, sino que también se expondrían a que los jueces nacionales privilegien o prefieran la norma convencional a la de origen nacional conforme a las reglas del derecho internacional que vinculan inexorablemente a todos los Estados que hayan adoptado la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Es preciso agregar que la vinculación con el instrumento convencional comprende también a los jueces nacionales, sin excepción.

Sin embargo, el control de convencionalidad y especialmente el control difuso de convencionalidad aún se encuentran en etapa de desarrollo, y solo suele ser efectivo a nivel de las altas cortes de justicia, siendo bastante infrecuente que se dé en los niveles inferiores

de la judicatura. Por lo tanto, únicamente la constante y permanente difusión de los instrumentos convencionales y un adecuado manejo de los principios de interpretación constitucional y convencional, hará posible la aplicación directa de los tratados sobre derechos humanos por los jueces nacionales de todas las jerarquías. Se trata, pues, de una tarea de largo aliento, que esperamos se llegue a concretar a plenitud, labor en la cual la Academia de la Magistratura en el caso del Perú y las Escuelas Judiciales en otras latitudes, además de los colegios profesionales y las universidades a través de sus facultades de derecho tienen un rol fundamental que cumplir.

Estamos plenamente convencidos que urge redimensionar la preparación jurídica de nuestros operadores de justicia y que ello debe partir desde la formación profesional de los abogados en las universidades con la impartición de cursos relacionados a la función jurisdiccional, todo lo cual debe ser reforzado luego en los estudios previos en las Escuelas Judiciales. Por lo tanto, la valla para todo aquél que tenga vocación judicial debe colocarse al más alto nivel, de modo que sus conocimientos jurídicos y su dominio del derecho sean tales que garanticen un adecuado manejo de las categorías jurídicas y que al resolver los casos se arribe a una decisión argumentada y de la más elevada calidad.



# OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS PARA LOGRAR LA EFICACIA DEL DERECHO AL TRABAJO EN LA ACTUALIDAD: UNA MIRADA DESDE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS, EL ENFOQUE DE DERECHOS Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL

Jimena Rodríguez Moscoso\*

*“Dejemos atrás las formas ambiguas que dicen: ‘derecho al trabajo’ o ‘a cada uno el producto íntegro de su labor’. Nosotros proclamamos el derecho al bienestar, el bienestar para todos”*  
(Piotr Kropotkin)

**SUMARIO:** I. Introducción.— II. Desarrollo.— III. Análisis y discusión de resultados.— IV. Conclusiones.— V. Referencias bibliográficas.

## I. Introducción

El presente ensayo tiene como objetivo determinar algunas obligaciones de los Estados en relación al derecho al trabajo en el contexto de la pandemia que viene aquejando a la humanidad,

y a su vez, mencionar y desarrollar algunos estándares establecidos por la Organización Internacional del Trabajo, a fin de que sean evaluados y aplicados por los Estados (desarrollados a través de políticas públicas) teniendo en

\* Abogada por la Universidad Católica de Santa María, Máster en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid, y Magíster en Derechos Humanos por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Actualmente, ejerce labores como Directora del Instituto de Derechos Humanos y Humanitario y docente en la Universidad La Salle, y profesora de posgrado en la Maestría de Solución de Conflictos de la Universidad San Martín de Porres. Es miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, y miembro fundador de la Red Latinoamericana de Estudio e Investigación de Derechos Humanos y Humanitario.

consideración el enfoque de derechos que estas obligaciones deben tener, así como la interpretación del derecho al trabajo realizado por nuestro Tribunal Constitucional.

## II. Desarrollo

El derecho al trabajo como tal está contemplado como derecho fundamental en diferentes Constituciones Políticas del continente.

Por ejemplo, la Constitución de la República Plurinacional de Bolivia lo tiene consignado en su artículo 46<sup>1</sup>, la Constitución Política del Perú en sus artículos 22<sup>2</sup> al 29, y la Constitución de Colombia en su artículo 25<sup>3</sup>, por mencionar algunas.

- 1 Artículo 46 I. Toda persona tiene derecho: 1. Al trabajo digno, con seguridad industrial, higiene y salud ocupacional, sin discriminación, y con remuneración o salario justo, equitativo y satisfactorio, que le asegure para sí y su familia una existencia digna. 2. A una fuente laboral estable, en condiciones equitativas y satisfactorias. II. El Estado protegerá el ejercicio del trabajo en todas sus formas. III. Se prohíbe toda forma de trabajo forzoso u otro modo análogo de explotación que obligue a una persona a realizar labores sin su consentimiento y justa retribución.
- 2 Artículo 22.- Protección y fomento del empleo El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona.
- 3 Artículo 25. El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.

En la Declaración Universal de Derechos Humanos, este derecho está contemplado en el artículo 23<sup>4</sup>.

El derecho al trabajo, de acuerdo a la Organización Internacional del Trabajo, es aquel *medio utilizado por los seres humanos para obtener su sustento, el mejoramiento de la calidad de vida y su realización personal*<sup>5</sup>. Por lo que se entiende que, de carecer de este, las aspiraciones del ser humano por tener una vida digna, se verían truncas. Ahora bien, cuando hablamos de trabajo, es necesario tener en consideración que este concepto para materializarse debe contar con los requisitos necesarios para que pueda ser desarrollado en un ámbito de condiciones mínimas en que se respete a la persona, es decir, que se cuenten con los elementos necesarios para realizarlo, se brinden las condiciones de seguridad y salud en el trabajo, se cuente con un salario justo,

- 4 Artículo 23. 1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo. 2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual. 3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social. 4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.
- 5 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Conocer los Derechos Fundamentales en el Trabajo*, San José: 2009. Recuperado de <<https://bit.ly/3oCW7nC>>.

etc., por lo que podemos inferir que nos encontraríamos ante la figura del trabajo “decente”.

El trabajo decente es “*aquel trabajo productivo que se realiza en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana*”<sup>6</sup>. Entendiendo a la libertad como la que sirve de cimiento para hacer posible la vida social, y que nos permite elegir entre hacer o no hacer considerando las consecuencias de dichos actos; a la equidad como aquel valor que constituiría un medio para llegar a la libertad para todos; a la seguridad como la que pretendería crear las condiciones de paz necesarias que la libertad necesita para enraizarse, teniendo como base —principalmente— a la norma jurídica; y la solidaridad como el valor “relacional” de las dimensiones comunitarias del ser humano, donde no solo importa el individuo como tal, sino los actos que este pueda realizar en favor de la comunidad, propiciando una mejor convivencia social<sup>7</sup>.

Como todo derecho fundamental, la “piedra angular” del derecho al trabajo radicaría en la dignidad humana, de acuerdo a lo esgrimido por el jurista español Gregorio PECES BARBA, ya que no se puede hablar de un ser humano sin dignidad, como tampoco es posible

hablar de una vida digna sin libertad, igualdad, seguridad, ni solidaridad<sup>8</sup>. De los cuatro valores enunciados, el derecho fundamental al trabajo tendría un fuerte componente en la seguridad social, la que a su vez tendría un fuerte componente del sub valor de la solidaridad, ya que se basa en la persecución de una verdadera sociedad en donde los individuos que la componen son conscientes de la vida en común, la que se traduce en los aportes que se realizan para el fondo previsional de los trabajadores, así como el pago al sistema de salud, a fin de asegurar que el derecho a la seguridad social<sup>9</sup> también esté protegido. No debemos olvidar que uno de los pilares del derecho al trabajo es el empleo de la fuerza física o mental que las personas económicamente activas realizan en las labores encomendadas, con el objeto de recibir una remuneración por ello, situación que en los últimos meses se ha visto mellada por la declaratoria de pandemia de manera crítica.

6 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Conocer los Derechos Fundamentales en el Trabajo*, ob. cit.

7 PECES BARBA, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría general*, Madrid: Imprenta Nacional del Boletín Oficial, 1999

8 PECES BARBA, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría general*, ob. cit.

9 El Tribunal Constitucional ha señalado que el artículo 10 de la Constitución Política reconoce a la seguridad social como un derecho humano fundamental, que supone el derecho que le “asiste a la persona para que la sociedad provea instituciones y mecanismos a través de los cuales pueda obtener recursos de vida y soluciones para ciertos problemas preestablecidos”, de modo tal que pueda obtener una existencia en armonía con la dignidad, teniendo presente que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 008-96-I/TC*, Lima: 23 de abril de 1997, f. j. 10.

Por ende, el fundamento del derecho humano al trabajo radicaría en la “dignidad humana”, lo que a su vez conllevaría a los Estados a realizar acciones jurídicas concretas a fin de garantizar dicho derecho, es decir, a obligaciones “de hacer”. En razón a ello, no se debe evaluar el derecho al trabajo como si este consistiera en un mero “costo económico”, sino como una contraprestación por los servicios prestados en bien de la comunidad, de modo que el derecho al trabajo sea visto como una inversión más que un costo para las sociedades. Con ello, no solo se estaría garantizando la plena eficacia y eficiencia de este derecho, sino que los Estados cumplirían su deber como garantes del mismo.

Respecto a las obligaciones de “hacer” de los Estados en relación al derecho al trabajo, hemos inferido tres acciones concretas que tendrían que ser realizadas por parte del ente estatal:

- a) *Proteger*, ya que se debe de preservar y salvaguardar el derecho al trabajo, lográndose ello a través de la dación de normas y orientadas a efectivizar el derecho.
- b) *Respetar*, lo que se materializaría a través del cumplimiento de la norma y de la ejecución de las políticas que se podrían reajustar a fin de garantizar dicho derecho.
- c) *Garantizar* el derecho a través de acciones específicas derivadas de la norma y/o de las políticas públicas, con lo cual se concretizaría la obligación de “hacer el Estado,

implicando la etapa de ejecución y monitoreo de las acciones antes mencionadas.

Respecto de estas obligaciones, ABRAMOVICH y COURTIS<sup>10</sup> concuerdan con denominar a las dos primeras de la misma manera, mientras que a la tercera (por una razón puramente convencional) la denominan como obligación de satisfacción, la que incluiría obligaciones de garantía y de promoción. Teniendo en consideración lo ya mencionado, podemos señalar que estos también deben ser considerados en las acciones que los Estados vayan a tomar en relación a proteger y fomentar el derecho al trabajo.

Ya nuestro Tribunal Constitucional ha estimado que el contenido esencial del derecho al trabajo abarca dos aspectos importantes:

El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. En el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado. El segundo aspecto del derecho trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa.<sup>11</sup> [Énfasis agregado]

10 ABRAMOVICH, Víctor y Christian COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid: Trotta, 2002

11 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 00263-2012-AA/TC*, Lima: 22 de octubre del 2012, Considerando 3.3.1.



A consecuencia de la declaratoria de pandemia por parte de la Organización Mundial de la Salud a causa del COVID-19, a nivel internacional se vienen dando situaciones que ponen en peligro la eficacia del derecho al trabajo<sup>12</sup> (OIT, 2020), tales como:

- a) *Cierre de los lugares de trabajo y de las empresas*: el porcentaje de trabajadores en países donde el Estado ha recomendado el cierre de centros de labores ha disminuido en un 81% al 68% en las últimas semanas, lo que ha ocasionado que el incremento de personas desempleadas vaya en un ascenso realmente preocupante, siendo que el empleo informal (dada esta situación) vaya en ascenso, incrementando a su vez los problemas que este tipo de actividad trae consigo, tales como el no reconocimiento de un sueldo mínimo para el trabajador, por ejemplo.
- b) *Pérdida de horas de trabajo en el primer semestre de 2020*: de acuerdo a cálculos y estudios realizados por la misma Organización Internacional del Trabajo, se estima que en América un 12,4% de horas de trabajo se han perdido, seguido este continente por Asia Central y Europa, ambos con un aproximado de 11,8% por ciento, lo que ha traído como detrimento una baja

considerable en la producción de bienes y servicios, teniendo este porcentaje una tendencia al alta en los próximos meses.

- c) *Empresas por cuenta propia en situación de riesgo*: se calcula que un aproximado de 436 millones de empresas de los sectores más afectados en todo el mundo enfrentan un alto riesgo de experimentar graves perturbaciones, tales como la pérdida de capital, desempleo, situación de extrema pobreza, etc.
- d) *Economía informal*: como mencionábamos en los puntos precedentes, la pérdida de horas de trabajo a nivel mundial puede ahondar a que el problema de la economía informal se incremente, o en el peor de los casos, los 1.600 millones de trabajadores que actualmente se encuentran en esta situación (casi la mitad de la población mundial activa) corra el peligro de ver desaparecer su sustento.

En razón de lo expuesto los Estados se han visto en la necesidad de plantear salidas a estos problemas que bien pueden ser considerados como públicos, a fin de intentar mitigar un poco esta situación. Para ello la Organización Internacional del Trabajo ha brindado una serie de propuestas resumidas en cuatro pilares fundamentales de acción<sup>13</sup>:

12 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *La COVID-19 y el mundo del trabajo. Respuestas políticas nacionales*, 2020. Recuperado de <<https://bit.ly/3Dj01WR>>.

13 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *La COVID-19 y el mundo del trabajo. Respuestas políticas nacionales*, 2020. Recuperado de <<https://bit.ly/3Dj01WR>>.

### 1. Estimular la economía y el empleo

Este pilar consistiría en que los Estados puedan aplicar una política fiscal activa, a la par de una política monetaria flexible, ello para reactivar el sector económico a la vez del empleo, con las condiciones necesarias y justas para el desarrollo del mismo. Estas acciones podrían incluir ayuda financiera a sectores específicos, así como préstamos donde estarían comprendidos todos los sectores, en especial el sector salud y de la producción.

### 2. Apoyar a las empresas, los empleos y los ingresos

Para lograr este pilar, la Organización Internacional del Trabajo plantea extender la protección social<sup>14</sup> a toda la sociedad, y una forma de materializarlo sería a través de la dación de medidas para el mantenimiento del empleo, evitando los despidos masivos, lo que no solo afectaría a los propios trabajadores sino a las familias de las que son parte. Para ello, se insta a los Estados para que puedan —a través de los sistemas financieros— ofrecer ayuda a las empresas, amén de otros medios alternativos de alivio.

### 3. Proteger a los trabajadores en el lugar de trabajo

En este punto, la Organización Internacional del Trabajo se explica un

poco más en relación a las alternativas que plantea a los Estados y menciona que sería necesario reforzar las medidas de seguridad y salud en el trabajo, sobre todo para evitar los contagios de la COVID 19, pudiendo los empleadores permitir nuevas modalidades para realizar el trabajo encomendado, tales como el trabajo remoto. Así también, advierte que se deberá prevenir toda forma de discriminación y/o exclusión de cualquier trabajador o trabajadora que presentara signos de la enfermedad, o que deseara volver a reintegrarse después de haber pasado el aislamiento social al haber sido diagnosticado/a con la misma; por ende, los Estados deben promover el acceso a los servicios de sanidad por parte de todos/as.

Dentro de este pilar también se considera que se debe ampliar el derecho a una licencia remunerada a las personas que sean consideradas como población de riesgo, o que se encuentren recuperándose de la enfermedad.

### 4. Buscar soluciones mediante el diálogo social

Para ello, se sugiere fortalecer la capacidad de los Gobiernos, así como de las organizaciones de trabajadores y empleadores de superar circunstancias inesperadas como lo ha sido el cambio de costumbres repentino a causa del COVID 19 (la marcación usual de entrada y salida, por ejemplo, se ha visto forzada a ser reemplazada por el sistema de teletrabajo, en el cual el trabajador, envía su trabajo dentro del rango del ho-

14 Entendida esta la serie de acciones y políticas que se deben de adoptar para garantizar los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales a todos sin ningún tipo de distinción.

rario en que debería estar en la oficina, con lo que el empleador lleva un control de la asistencia del mismo).

No olvidemos que cuando hablamos de la Organización Internacional del Trabajo, hablamos de un organismo con una constitución tripartita: los Estados, los empleadores y los trabajadores; por ello se propone fortalecer el diálogo entre estos, además de otros mecanismos que ayuden a fortalecer las relaciones laborales, sin olvidar la negociación colectiva.

Cuando las políticas públicas tratan de enmarcar la protección de algún derecho humano o fundamental, se dice que deben contar con un enfoque de derechos<sup>15</sup>, entonces, además de lo planteado por la Organización Internacional del Trabajo, también las políticas públicas que pretendan aplicar los Estados, deberán seguir ciertos lineamientos, según ALZA<sup>16</sup>, tales como:

- i. Delimitar la política pública e identificar el derecho que la política desea colocar como vigente:

Ello, con el fin de tener claro cuál es el problema público cuyas consecuencias se pretenden aminorar, además de determinar la naturaleza del derecho que estaría siendo vul-

nerado, para poder plantear una clara y eficaz propuesta de solución. En este caso, estaríamos hablando del derecho al trabajo y los derechos que se derivan de este derecho humano y fundamental.

- ii. Delimitar el contenido de dicho derecho y las obligaciones del Estado respecto del mismo:

Respecto del derecho al trabajo, además de las definiciones establecidas al inicio de este ensayo, también podemos mencionar que de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos los derechos laborales:

143. [...] son aquellos derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA. Ahora bien, los artículos 45.b y c, 46 y 34.g de la Carta establecen que “[e]l trabajo es un derecho y un deber social” y que ese debe prestarse con “salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos.”<sup>17</sup>

Entonces, de aquí podemos colegir que las obligaciones del Estado son velar porque se paguen salarios justos que puedan permitir la vida digna de los trabajadores, a la par que las empresas puedan realizar su

15 ALZA BARCO, Carlos, *El enfoque basado en derechos ¿qué es y cómo se aplica a las políticas públicas?*, Lima: Fondo Editorial PUCP, 2006. Recuperado de <<https://bit.ly/3aeV2Ko>>.

16 ALZA BARCO, *El enfoque basado en derechos ¿qué es y cómo se aplica a las políticas públicas?*, ob. cit.

17 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Lagos del Campo vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, Serie C.N.º 340, 31 de agosto del 2017.

labor de la mejor manera, no dificultando o entorpeciendo el procedimiento para la formalización de las mismas y que, con ello, puedan cumplir con las obligaciones establecidas en la norma para con sus trabajadores. También se menciona que las oportunidades de empleo y condiciones de trabajo sean aceptables para todos, lo que implica un esfuerzo por parte del Estado por mejorar continuamente estas, a través de la dación de normas o políticas que permitan ello o, en su defecto, el replanteamiento de las políticas ya existentes.

- iii. En relación a lo ya mencionado, se busca que se puedan verificar los principios transversales de la política(s) pública(s), los mismos que son traducidos en progresividad y no regresividad, no discriminación e igualdad, transparencia, rendición de cuentas y participación de la ciudadanía en las decisiones<sup>18</sup>, todo esto con el fin de poder aplicar el enfoque de derechos a lo ya mencionado.

### III. Análisis y discusión de resultados

En razón a lo ya esgrimido, parecería que, si nos encontramos ante un problema, más para entender si este calza dentro de la esfera del denominado “problema público” —para así poder de-

terminar si se debe re elaborar la política pública a favor del mismo— debemos de analizarlo dentro de ciertas pautas, a fin de lograr una buena estructuración del mismo y legitimar la acción pública<sup>19</sup>, las mismas que se señalan a continuación:

- *Identificar los grupos que padecen los efectos negativos del problema, los cuales serán los “beneficiarios finales”:* Para los fines de esta investigación los beneficiarios finales serán aquellos que constituyen la población peruana económicamente activa, ya que todos en algún momento conformaremos el grupo de “beneficiarios” de las normas en materia de derecho al trabajo. Entonces se puede afirmar que este grupo identificado sufrirá las consecuencias negativas del hecho de no aplicar las recomendaciones establecidas por la Organización Internacional del Trabajo. Por ende, se cumple con este primer ítem.
- *Identificar los grupos que causan el problema y que deben pagar por los costes del mismo: “grupos-objetivo”:* En este caso, este grupo estará conformado por el Estado (como ente rector-ejecutor de la elaboración de una política pública) a través del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (por ser el ente rector en materia

18 ALZA BARCO, *El enfoque basado en derechos ¿qué es y cómo se aplica a las políticas públicas?*, ob. cit

19 BARDACH, Eugene, *Los ocho pasos para el análisis de políticas públicas. Tercera reimpresión*, Ciudad de México: Cide, 2004

de Trabajo y Promoción del Empleo), así como las organizaciones sindicales y gremios empresariales más representativos del país (por conformar, junto con los representantes del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, el Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo), los mismos que estarían llamados a unificar criterios, a fin de lograr la dación de políticas públicas en materia laboral que permitan aplicar los pilares mencionados por la Organización Internacional del Trabajo. Por lo expresado, se cumpliría con este segundo ítem.

- *Los emprendedores del debate, que son los actores que buscan incluir cierto problema social en la agenda pública y movilizan recursos para ello:* Para el caso concreto, estos actores pueden ser: los Congresistas de la República, la sociedad civil, y el mismo Estado peruano (de considerar necesaria la aplicación de los pilares establecidos por la Organización Internacional del Trabajo para reformulación de las actuales políticas laborales). Al tratarse de un derecho humano y fundamental como lo es el derecho al trabajo (por encontrarse dentro de la norma tanto nacional como internacional), así como el desarrollo y eficacia del mismo, el problema podría ser incluido en la agenda pública, cumpliéndose con el tercer ítem.

De acuerdo a Alex CALDERA:

[L]a importancia de la buena estructuración de los problemas públicos desde el inicio radica en atacar de manera certera a las causas correctas, y tomar en cuenta el conjunto de visiones involucradas para abonar a la legitimidad de la acción pública.<sup>20</sup>

Por ello, resulta necesario realizar el análisis antes indicado, a fin de poder contar con información especializada en la materia. En esa misma línea, es importante señalar los límites del problema en estudio.

De acuerdo a lo revisado, podemos indicar que se ubicaría dentro de los límites a la perspectiva sectorial<sup>21</sup>, ya que el problema público que origina la intervención está a cargo de una determinada administración, como lo constituye el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, así como el Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo.

El siguiente cuadro no ayudará a entender mejor los principios transversales<sup>22</sup> que toda política pública con enfoque en derechos humanos debe tener, aplicada al derecho al trabajo:

20 CALDERA, Alex Ricardo, *Material de enseñanza*, Ciudad de México: Universidad Autónoma de Aguascalientes, 200

21 SUBIRATS, Joan; Peter KNOEPFEL; Corinne LARRUE y Frédéric VARONE, *Análisis y Gestión de Políticas Públicas*, Barcelona: Ariel, 2008

22 ALZA BARCO, *El enfoque basado en derechos ¿qué es y cómo se aplica a las políticas públicas?*, ob. cit

Enfoque del derecho al trabajo	Justificación para la atención del Estado al problema público identificado
Igualdad, progresividad y no regresividad	La pérdida de horas de trabajo, la informalidad laboral, así como la re estructuración de las empresas ha provocado que un porcentaje considerable de trabajadores/as pierdan dicha condición, lo que conllevaría a una regresividad respecto del derecho al trabajo.
Participación ciudadana en la toma de decisiones	El Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo, al concentrar a representantes de los sindicatos y gremios empresariales más importantes del país, podría considerarse un buen espacio para que los representantes de dichos sectores pudieran manifestar sus puntos de vista respecto de las políticas públicas a aplicar.
Transparencia y rendición de cuentas	La efectividad de la aplicación de la o las políticas públicas en materia laboral podría medirse en relación a cuantas personas no sufrieron afectación al derecho al trabajo, así como el porcentaje en que se aplicaron los pilares sugeridos por la Organización Internacional del Trabajo.

**Fuente:** Elaboración propia, en base a la información de Carlos Alza (2006).

Por ello, nos encontraríamos ante un problema que reviste el carácter de “público” al ser considerado como “[...] una situación [que] se juzga políticamente como problemática y es objeto de un debate político”<sup>23</sup>. En razón de este análisis, es necesario el planteamiento de un reajuste a la política laboral desde la perspectiva de las políticas públicas, a fin de sustentar la viabilidad de la aplicación

23 SUBIRATS; KNOEPFEL; LARRUE y VARONE, *Análisis y Gestión de Políticas Públicas*, ob. cit.

de los pilares planteados por la Organización Internacional del Trabajo. Para ello se hace necesario identificar claramente el problema, sus causas, justificar por qué el Estado debería de atender este problema, a la par de identificar los actores relevantes y su visión alrededor del problema público, culminando con una propuesta viable de “alternativa de solución” al problema.

No debemos olvidar que todos los procesos de políticas públicas buscan generar “valor público”<sup>24</sup>, y la política pública en materia laboral no sería la excepción. Partiendo de la necesidad de resolver este problema, el valor público de una política enfocada en el derecho humano y fundamental al trabajo sería el de garantizar el mismo, teniendo en consideración los cuatro pilares esgrimidos por la Organización Internacional del Trabajo, garantizándose con ello la protección constitucional exigida a este derecho.

En razón a ello, la alternativa de solución para el problema identificado como público sería el siguiente:

Mejorar la política laboral peruana actual, a través de los cuatro pilares establecidos por la Organización Internacio-

24 Para Mark Moore el valor público consiste en “aquello que nosotros, en tanto individuos, deseamos como condiciones públicas en las cuales nos gustaría vivir, y aquello que colectivamente acordamos que nos gustaría lograr juntos, utilizando el poder del Estado”. Véase, MOORE, M., *Creating Public Value - Strategic Management in Government*, Cambridge: Harvard University Press, 2005, p. 34

nal del Trabajo: estimular la economía y el empleo; apoyar a las empresas; los empleos y los ingresos; proteger a los trabajadores en el lugar de trabajo; y buscar soluciones mediante el diálogo social.

Y, en razón de su propiedad técnica (de acuerdo a la cual, se atiende a las causas reales más relevantes):

- Delimitar adecuadamente los ámbitos de acción de cada una de las políticas laborales existentes, a fin de poder re organizarlas en razón de los cuatro pilares sugeridos por la Organización Internacional del Trabajo.
- Rediseñar objetivos y estrategias para la aplicación de las políticas laborales re elaboradas, con el fin de lograr la máxima protección del derecho al trabajo de los ciudadanos y ciudadanas.
- Realizar un diagnóstico, cualitativo y cuantitativo, sobre el coste de vida actual y su correspondencia con el monto a percibir por parte de los trabajadores y trabajadoras. Esto para tener un conocimiento real respecto del costo de nivel de vida digno que cubra las principales necesidades de una persona en relación al contexto en que nos encontramos.

Y, en razón de su viabilidad política (permite el apoyo o la tolerancia de los actores relevantes)

- Dada la vigencia del problema público al que atiende la política propuesta en la agenda pública

y la agenda del Gobierno, consideramos pertinente fomentar y promover el diálogo entre los diferentes actores, estatales y privados, vinculados al sector laboral, para diseñar estrategias que permitan evitar el incremento del mercado laboral informal

- Dada la importancia de la problemática expuesta, consideramos que la política pública propuesta contaría con la aprobación de los ciudadanos, los mismos que verían en la propuesta un intento real de parte del Estado por solucionar las causas que generan la problemática y los efectos negativos que causan en la población, específicamente en la población económicamente activa.
- A fin de garantizar el derecho al trabajo, si el Estado adoptara una política basada en los cuatro pilares sugeridos por la Organización Internacional del Trabajo, cumpliría con garantizar dicho derecho, además de con las obligaciones internacionales establecidas tanto en la norma nacional como en la internacional.

Entonces, con esto deseamos plantear que los Estados si cuentan con una “hoja de ruta” a seguir si desean aplicar las recomendaciones de organismos internacionales, a fin de poder delimitar y establecer políticas públicas orientadas a la eficacia del derecho al trabajo. Siempre y cuando se tenga la voluntad política para llevarlas a cabo,

consideramos que el derecho al trabajo si puede estar garantizado para todos/as sin excepción, aplicando para ellos los estándares jurisprudenciales establecidos tanto en la jurisprudencia nacional como internacional.

#### IV. Conclusiones

*Primera:* El derecho al trabajo es considerado tanto un derecho humano como fundamental, y se encuentra positivamente tanto en normas nacionales como internacionales.

*Segunda:* Los valores de la libertad, equidad, seguridad y solidaridad van de la mano con el derecho al trabajo, al ser estos los coadyuvantes de la dignidad humana, y es con estos que se debe “medir” la eficacia de los derechos. En este caso, el derecho al trabajo.

*Tercera:* Nuestro Tribunal Constitucional ha indicado que el derecho al trabajo comprende dos esferas: el de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa.

*Cuarta:* A raíz de la pandemia del COVID 19, se vienen dando hechos que están afectando tanto a las empresas como a los trabajadores, a través de situaciones tales como disminución de horas de trabajo, informalidad laboral, etc., de acuerdo a información proporcionada por la Organización Internacional del Trabajo.

*Quinta:* Es por ello que la misma Organización Internacional del Traba-

jo ha brindado lineamientos para que tanto los Estados como las empresas y los trabajadores puedan mantener el diálogo tripartito y llegar a acuerdos que permitan la eficacia del derecho al trabajo.

*Sexta:* Así también la Corte IDH ha establecido —en reciente jurisprudencia— cuáles serían las obligaciones de los Estados en relación al derecho al trabajo, a fin que este pueda ser prestado dentro del ámbito establecido por la Convención Americana sobre Derecho Humanos.

*Sétima:* Tal y como se plantea la protección del derecho al trabajo, se hace necesario replantear las políticas públicas laborales actuales, ya que podría darse un incremento de la informalidad laboral, además de despidos masivos, lo que traería como consecuencia que los ciudadanos y ciudadanas no puedan aspirar a una vida digna.

*Octava:* Contando con el apoyo y la colaboración de los actores y partes que podrían aplicar los cuatro pilares sugeridos por la Organización Internacional del Trabajo, y que en buena cuenta consisten en estimular la economía y el empleo; apoyar a las empresas; los empleos y los ingresos; proteger a los trabajadores en el lugar de trabajo; y buscar soluciones mediante el diálogo social, es que se conseguiría paliar los despidos masivos que pudieran darse.

*Novena:* Siempre y cuando se dé un enfoque de derechos a las políticas públicas que los Estados puedan diseñar



y aplicar para garantizar los derechos laborales (además de la voluntad política para ponerlas en práctica), es que se podrá considerar que estos están cumpliendo con las obligaciones voluntariamente contraídas para lograr la eficacia del derecho al trabajo.

## V. Referencias bibliográficas

ABRAMOVICH, Víctor y Christian COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid: Trotta, 2002.

ALZA BARCO, Carlos, *El enfoque basado en derechos ¿qué es y cómo se aplica a las políticas públicas?*, Lima: Fondo Editorial PUCP, 2006. Recuperado de <<https://bit.ly/3aeV2Ko>>.

BARDACH, Eugene, *Los ocho pasos para el análisis de políticas públicas. Tercera reimpresión*, Ciudad de México: Cide, 2004.

CALDERA, Alex Ricardo, *Material de enseñanza*, Ciudad de México: Universidad Autónoma de Aguascalientes, 2005.

CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA PLURINACIONAL DE BOLIVIA.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE PERÚ.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Lagos del Campo vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, Serie C N.º 340, 31 de agosto del 2017.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *La COVID-19 y el mundo del trabajo. Respuestas políticas nacionales*, 2020. Recuperado de <<https://bit.ly/3Dj01WR>>.

MOORE, M., *Creating Public Value - Strategic Management in Government*, Cambridge: Harvard University Press, 2005.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Conocer los Derechos Fundamentales en el Trabajo*, San José: 2009. Recuperado de <<https://bit.ly/3oCW7nC>>.

PECES BARBA, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría general*, Madrid: Imprenta Nacional del Boletín Oficial, 1999.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 00263-2012-AA/TC*, Lima: 22 de octubre del 2012.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 008-96-I/TC*, Lima: 23 de abril de 1997.

SUBIRATS, Joan; Peter KNOEPFEL; Coriire LARRUE y Frédéric VARONE, *Análisis y Gestión de Políticas Públicas*, Barcelona: Ariel, 2008.



# LOS CONSEJOS DE ESTADO: UN ANÁLISIS A RAÍZ DE LAS PROPUESTAS DE REFORMA CONSTITUCIONAL

Luis Benjamín Herrera Bustinza\*

**SUMARIO:** I. Introducción.— II. Del contenido y alcance de las propuestas.— III. Los Consejos de Estado en la historia.— 1. Los consejos de estado en Europa.— 1.1. El Consejo de Estado en Italia.— 1.2. El Consejo de Estado en España.— 1.3. El Consejo de Estado en Latinoamérica.— IV. La libertad del legislador en la configuración de la organización política.— V. Análisis de las propuestas de reforma.— VI. El Consejo de Estado en la historia peruana moderna y su positivización.— VII. Reflexiones finales.— VIII. Bibliografía.

## I. Introducción

Más allá su cuestionable origen, la Constitución de 1993 pasará a la historia por ser la tercera carta política de mayor vigencia en la historia nacional, extendiendo su vigor por casi veintisiete años, logrando mantener sin mayor cambio su diseño orgánico primigenio, pese a los constantes embates del populismo legislativo enarbolado por los constantes —y a veces desbordados— ánimos reformistas del Poder Legislativo, quienes actuando como poder constituyente

constituido han modificado la misma hasta en veintiséis oportunidades, es decir una vez por año en promedio.

Si bien, estas modificaciones además de perfeccionar su texto han permitido alcanzar la paz social frente a nuevas coyunturas y exigencias sociales, como: el retiro de firma del ex presidente Fujimori, el remplazo del capítulo correspondiente a la descentralización, el reconocimiento del derecho fundamental al agua, la creación de la Junta Nacional de Justicia en reemplazo

---

\* El autor es abogado por la Universidad Católica de Santa María con título de segunda especialidad en derecho procesal constitucional por la misma casa de estudios. Maestro en derecho con mención en política jurisdiccional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

del desactivado Consejo Nacional de la Magistratura, la proscripción de la reelección del Presidente y los Congresistas de la República, así como de los Gobernadores Regionales y Alcaldes, entre otras reformas; no obstante, —a opinión del autor— no todas estas reformas han sido adecuadas o llevadas de la mejor manera como fue la eliminación de la inmunidad parlamentaria, o el diseño de la Junta Nacional de Justicia, sin contar con el modo de elección de sus conformantes padece de las mismas patologías inconventionales de su antecesora.

Por lo que, el presente texto tiene por finalidad analizar la conveniencia o no de la incorporación de tal institución en el diseño constitucional peruano, ello a la luz de las propuestas normativas presentadas por sus principales impulsores.

## II. Del contenido y alcance de las propuestas

El 16 de abril deL 2020, los integrantes del Grupo Parlama-

rio “Acción Popular” a instancia del Congresista Juan Carlos Oyola Rodríguez, presentaron el Proyecto de Ley 5029/2020-CR, iniciativa legislativa denominada “Proyecto de Ley de reincorporación del Consejo de Estado en la Constitución Política”, con la finalidad de incorporar el Capítulo VI-A en el Título IV de la Constitución.

Del mismo modo, el 06 de mayo del 2020, los integrantes del Grupo Parlamentario “Acción Popular” a instancia del Congresista Otto Guibovich Arteaga, presentaron el Proyecto de Ley 5133/2020-CR, iniciativa legislativa denominada “Proyecto de Ley de Reforma Constitucional que crea el Consejo de Estado”, incorporando el artículo 199-A° a la Constitución.

Si bien ambas propuestas tienen como finalidad la creación de un Consejo de Estado, estas varían sustancialmente en sus fórmulas, dotándolas de diferentes características.

PL 5029-2020-CR	PL 5133-2020-CR
<p style="text-align: center;"><b>CAPITULO VI-A DEL CONSEJO DE ESTADO</b></p> <p><b>Artículo 136-A.-</b> El Consejo de Estado es el supremo órgano consultivo del Presidente de la República, conformado por las máximas autoridades de rango constitucional. Lo convoca el Presidente de la República, cuando se presenten asuntos de gran relevancia o muy graves que afecten la vida de la Nación, También se reúne a solicitud de más del 25% del número total de sus miembros. Está conformado por las siguientes autoridades; El presidente de la República, quien lo preside Los ex presidentes de la República, como miembros vitalicios.</p>	<p style="text-align: center;"><b>TÍTULO IV-A DEL CONSEJO DE ESTADO</b></p> <p><b>Artículo 199°-A.- Del Consejo de Estado.</b> El Consejo de Estado es un órgano autónomo, con relevancia constitucional, de carácter consultivo en asuntos de interés nacional relacionados con políticas de Estado, y de adopción de decisiones vinculantes y de manejo de crisis en situaciones de urgencia, interés nacional y regímenes de excepción, que afecten la vida de la Nación. Se regula mediante ley orgánica en cuanto a funciones y competencias. Está integrado por miembros plenos y miembros funcionales.</p>

PL 5029-2020-CR	PL 5133-2020-CR
<p>El Presidente del Congreso                      El Presidente del Poder Judicial                      El Presidente de la Junta Nacional de Justicia                      El Fiscal de la Nación                      El Presidente del Tribunal Constitucional                      El defensor del Pueblo                      El Contralor General de la República                      El Presidente del Banco Central de Reserva                      El Presidente de la Asociación de Gobernadores Regionales                      El Presidente de la Asociación Nacional de Municipalidades del Perú</p> <p>Una ley orgánica regula sus funciones. Sus acuerdos tienen el carácter de recomendaciones para el Poder Ejecutivo excepto cuando el Presidente de la república vota a favor, en cuyo caso son vinculante. Para el efecto se necesita el refrendo ministerial. El Presidente de la República presente informe al Congreso una vez al año sobre el Consejo de Estado.</p> <p>Puede convocar a sus sesiones a cualquier autoridad pública o privada. Funciona con el presupuesto de la Presidencia del Consejo de Ministros, sin generar gasto adicional.</p>	<p>Son miembros plenos con derecho a voz y voto, el Presidente de la República, el Presidente del Poder Legislativo, y el Presidente del Poder Judicial, lo preside el Presidente de la República en su condición de Jefe de Estado.</p> <p>Son miembros funcionales, con derecho a voz y sin voto, el Presidente del Tribunal Constitucional; el Presidente de la Junta Nacional de Justicia; el Defensor del Pueblo; el Contralor General de la República; <b>el Presidente del Jurado Nacional de Elecciones</b>; el Jefe de la Oficina Nacional de Procesos Electorales; el Jefe del Registro Nacional de Identidad y Estado Civil; el Presidente del Banco Central de Reserva del Perú; y el Superintendente de Banca Seguros y Administradora de Fondos de Pensiones.</p> <p>Las sesiones, son convocadas por el Presidente de la República o a solicitud de dos (2) miembros plenos. La participación en sesiones de los miembros funcionales es por invitación de los miembros plenos y de acuerdo a la materia que traten en agenda.</p> <p>Los miembros plenos y funcionales no reciben remuneración, dieta, y/o estipendio alguno, por el ejercicio de sus funciones.</p>

### III. Los Consejos de Estado en la historia

La genealogía de los Consejos de Estado puede inquirirse hasta los añejos Consejos Reales propios del régimen monárquico europeo<sup>1</sup>, específicamente al Consejo Real de Valois creado por Felipe IV “el Hermoso” en el siglo XIII con la finalidad de asesorar a la Monarquía y pronunciar la justicia real, mientras que la génesis moderna de los Consejos de Estado se hallan en el Consejo de Estado francés creado por el artículo 52 de la

1 Algunos historiadores del derecho atribuyen al Emperador Romano Augusto, la creación de la institución del Consejo de Estado, no obstante esta corporación difiere en sus principales características, pues estas servían al Emperador a título personal y no al Estado, mientras su función era netamente concejal o consultiva.

Constitución francesa de 1799, el cual ha sido asumido como paradigma por diversos países al momento de configurar su organización política, debido entre otros factores a la influencia francesa en Europa y Latinoamérica, cada una con sus particularidades propias.

#### 1. Los Consejos de estado en Europa

El Consejo de Estado francés (conseil d'état) adquiere su particular configuración como respuesta a las circunstancias históricas que rodearon el antiguo régimen y la revolución francés de 1789, la cual marcó un hito en el desarrollo del Estado moderno. Fue así que la desconfianza en los *parlements*<sup>2</sup> por

2 En el antiguo régimen francés, los parlamentos o *parlements (en francés)* eran

sus continuos abusos y oposiciones desembocó en la prohibición a la judicatura de conocer y eventualmente anular los actos de los “cuerpos administrativos”, limitando sus competencias y poderes, a ser la “boca de la ley”, como señalaría Montesquieu en su celeberrimo libro, “Del espíritu de las leyes”<sup>3</sup>.

Es así que ante la ausencia de una autoridad judicial o tribunal que pueda controlar el exceso en los actos de la administración pública, la Constitución napoleónica del Año VIII (1799)<sup>4</sup> creó el Consejo de Estado francés como un cuerpo jurisdiccional y consultivo presidido por el propio cónsul, es decir Napoleón; dicho organismo estaba dividido en dos comisiones, una contenciosa y otra consultiva, conformada por los consejeros nombrados por el cónsul, representantes de las principales fuerzas políticas y sociales, los que eran auxiliados por un cuerpo de auditores y letrados, cuya labor era eminentemente técnica. Dicha configuración se mantuvo casi inalterable salvo en el periodo

de restauración de la monarquía entre 1814 a 1848, en la cual se suprimió de la Constitución.

A raíz del fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el caso “Procola vs. Luxemburgo” de 1995, mediante el cual se condenó a dicho Estado por violación al principio de imparcialidad, el Consejo de Estado francés emprendió diversas modificaciones mediante el decreto del 06 de marzo del 2008, reforzando su compartimentalización a fin de evitar el ejercicio contencioso de consejeros que previamente hayan conocido dicho caso en función consultiva, creando una sección administrativa (consultiva) suplementaria, y una sección administrativa encargada de las cuestiones relativas a la función pública, contratos, propiedades públicas y relaciones con los usuarios.

En cuanto a su conformación, uno de cada tres miembros del Consejo de Estado son escogidos por el gobierno, mientras que los restantes acceden a través de un orden estricto de antigüedad entre los auditores y letrados en servicio, lo que dota de cierta autonomía a tales miembros, toda vez que su asenso no depende de ningún órgano más allá del cumplimiento de años de servicio. Actualmente, el Consejo de Estado francés dispone de 1305 miembros, aproximadamente, distribuidos entre el Consejo de Estado, las Cortes administrativas de apelación y los jueces únicos administrativos, no siendo necesario tener el título de abogado para poder integrar dicha

---

corporaciones judiciales o cortes de justicia provincial, investidas con poderes jurisdicciones, administrativos y políticos, lo cual no debe ser confundido con los “parlamentos” modernos, cuyo equivalente histórico era para la Monarquía francesa los Estados generales. Los también llamados nobles de toga en el antiguo régimen adquirían su empleo mediante herencia o compra del mismo.

3 En francés la obra se tituló “De l’esprit des lois”.

4 El proyecto de Constitución fue originalmente redactada por Emmanuel-Joseph Sieyès y modificada por el propio Napoleón Bonaparte conforme a su pensamiento político pragmático.

corporación, siendo el único requisito ser egresado de la Escuela Nacional de Administración (Ecole Nationale d'Administration), lugar de formación donde inician su carrera pública.

### 1.1. El Consejo de Estado en Italia

Los elementos comunes entre el Consejo de Estado francés y el Consejo de Estado italiano (Consiglio di Stato), además del ejercicio de la función contencioso administrativa y consultiva, es la existencia de una carrera administrativa rígida, regida también de manera estricta por la antigüedad, mientras que una de las diferencias más notables es la calificación de sus miembros, los cuales están investidos de las garantías y prerrogativas propias de los altos funcionarios, considerados como magistrados en la totalidad de la extensión de la palabra.

### 1.2. El Consejo de Estado en España

La Incorporación de la institución del Consejo de Estado en España data de la constitución gaditana de 1812, asumiendo parcialmente el modelo francés, no obstante su antecedente histórico a nivel nacional data de las Cortes de Valladolid de 1385, como cuerpo consultivo creado por Juan I, no fue hasta 1480 que asumieron paulatinamente funciones de gobierno y jurisdiccionales como corte de cierre<sup>5</sup>.

5 CORDERO TORRES, José María, *El Consejo de Estado. Su trayectoria y perspectivas en España*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1944, p. 21.

Con el reinado de la dinastía Borbón las funciones de gobierno del Consejo de Estado fueron sustraídas de su seno en favor de las recientemente creadas Secretarías de Estado, situación que se mantuvo hasta la caída del regente, Fernando VII, siendo reemplazado en 1845 por el Consejo Real, cambio que fue meramente nominal hasta su restablecimiento en 1858. En cuanto a sus funciones, la ley orgánica de 1860, le atribuye competencia como supremo órgano consultivo del gobierno; y tribunal en lo contencioso administrativo.

Bajo la vigencia de la Ley Orgánica del Consejo de Estado de 1905, este último perdería su función jurisdiccional como juez de la administración, afianzando su rol histórico como supremo órgano consultivo del Estado español y no exclusivamente del gobierno central<sup>6</sup>, función que fue temporalmente interrumpido por la dictadura militar hasta su restablecimiento en 1940. Es mediante la Constitución de 1978, y las Leyes Orgánicas del Consejo de

6 La STC 204/1992, pone fin a la disquisición respecto a si el Consejo de Estado está concebido únicamente para servir al Ejecutivo Central o al Estado español en su conjunto, con motivo de la acción de inconstitucionalidad promovida contra el artículo 23.2 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado, concluyendo que: "[...] el Consejo de Estado no depende del Gobierno ni de la Administración activa y que actúa, para la tutela de la legalidad y del Estado de Derecho, con autonomía orgánica y funcional en garantía de su objetividad". Afirmar que el Consejo de Estado es un órgano de consulta exclusivamente del ejecutivo central es negar el principio de colaboración.

Estado de 1944, y 1980, que adquiere su fisonomía contemporánea.

En su actual configuración está conformado por un Presidente, electo por el Consejo de Ministros, quien al cese de sus funciones se constituye como miembro nato de carácter vitalicio, mientras que los Consejeros permanentes provienen del cuerpo de funcionarios o ex funcionarios nombrados también para desempeñar el cargo de consejero de estado; de otro lado los consejeros natos son los altos funcionarios de gobierno en actividad<sup>7</sup>, mientras que los miembros electivos son nombrados en un número de (10) por el Consejo de Ministros por un periodo de (4) años entre ex funcionarios de gobierno<sup>8</sup>, por

- 
- 7 a) El Director de la Real Academia Española y los Presidentes de las Reales Academias de Ciencias Morales y Políticas y de Jurisprudencia y Legislación.  
b) El Presidente del Consejo Económico y Social.  
c) El Fiscal General del Estado.  
d) El Jefe del Estado Mayor de la Defensa.  
e) El Presidente del Consejo General de la Abogacía.  
f) El Presidente de la Comisión General de Codificación o el Presidente de su Sección Primera si aquel fuera Ministro del Gobierno.  
g) El Abogado General del Estado-Director del Servicio Jurídico del Estado.  
h) El Director del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.  
i) El Gobernador del Banco de España
- 8 a) Diputado o Senador de las Cortes Generales.  
b) Magistrado del Tribunal Constitucional, Juez o Abogado General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.  
c) Defensor del Pueblo.  
d) Presidente o Vocal del Consejo General

lo que no es requisito para formar parte de dicha corporación el ser abogado de profesión, salvo el presidente del Consejo, quien es escogido entre los más prestigiosos juristas de la nación.

El Consejo de Estado español actúa en Pleno, en Comisión Permanente o en Comisión de Estudios, esta última está encargada de elaborar estudios de interés del gobierno y propuestas normativas para mejorar la administración y gobierno. En cuanto a la función consultiva, esta puede ser preceptiva, es decir tener carácter vinculante por mandato de la ley y la Constitución en determinadas materias o facultativas, pudiendo desvincularse la administración pública de las mismas, salvo en contadas situaciones, las cuales han sido estipuladas en la Constitución y la ley.

### 1.3. El Consejo de Estado en Latinoamérica

La expansión en Latinoamérica del modelo de Consejo de Estado francés, se debe en gran parte a la simpatía que Simón Bolívar sentía hacia Napoleón

- 
- del Poder Judicial.  
e) Ministro o Secretario de Estado.  
f) Presidente del Tribunal de Cuentas.  
g) Jefe del Estado Mayor de la Defensa.  
h) Presidente o miembro del Consejo Ejecutivo de Comunidad Autónoma.  
i) Embajador procedente de la carrera diplomática.  
j) Alcalde de capital de provincia, Presidente de Diputación Provincial, de Mancomunidad Interinsular, de Cabildo Insular o de Consejo Insular.  
k) Rector de Universidad.



y su constitución<sup>9</sup>, siendo Colombia el único país en Latinoamérica en asumir la figura del Consejo de Estado a nivel constitucional, al menos bajo el modelo francés<sup>10</sup>.

En Colombia el Consejo de Estado fue incorporado por Bolívar en la Constitución de 1817, institución que desde ese entonces ha estado presente en su constitución histórica, salvo entre los años de 1843 y 1905. En cuanto a la función contenciosa ésta se le otorga en 1910 por mandato del acto legislativo N.º 3, originalmente estaba conformado por los más altos funcionarios civiles y militares de la época, se trataba de un órgano eminentemente político con funciones estrictamente consultivas y de asesoría, distribuido en tres secciones: i) La de Estado y Hacienda; ii) Marina y Guerra; e iii) Interior y Justicia.

No obstante en 1828, mediante decreto orgánico se conformó un Consejo de Estado, integrado por el Presidente del Consejo de ministros, los Ministros de Estado y un Consejero por cada departamento de la República, conformación más cercana a una junta de gobierno, cuya finalidad era la de

corporativizar y articular el gobierno nacional con el sub nacional, alejándose de la configuración y finalidad del Consejo de Estado francés; mientras que la Constitución de 1832 le otorgó funciones similares a la del Consejo de Ministros.

Es a partir de la Constitución de 1886 que el Consejo de Estado colombiano asume la configuración mixta como cuerpo consultivo del gobierno y jurisdiccional como juez supremo de la administración pública, ejercicio que fuera efectivizado legislativamente por mandato legal en 1914<sup>11</sup>; asimismo, la Constitución de 1886 adicionó al Consejo Consultivo la función legislativa, pues se le otorgó también competencia para presentar proyectos de ley ante el Parlamento colombiano. En esa línea, el Consejo de Estado colombiano mantendría su función legislativa hasta su eliminación en la Constitución de 1905, pues pese a su restablecimiento en 1914 mediante acto de modificación constitucional, esta función no le sería otorgada nuevamente hasta la Carta de 1991.

Actualmente, el Consejo de Estado colombiano se halla conformado por 31 Consejeros, elegidos por la misma corporación en base a las listas enviadas por el Consejo Superior de la Judicatura por un periodo de ocho años, requiriendo el título de abogado para acceder a la función, dividiéndose en tres sales co-

9 MORÓN URBINA, Juan Carlos, "Bolívar y su propuesta constitucional de 1826" en *Revista Pensamiento Constitucional*, vol. 7, n.º 7, Lima: Fondo Editorial de la PUCP, recuperado de <<https://bit.ly/3uYfAQK>>, 2000, p. 209.

10 RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo, "Un siglo de derecho administrativo en Colombia" en *El derecho público a comienzos del siglo XXI*. Madrid: Civitas, 2003, p. 44.

11 PINEDA DE CASTRO, Álvaro, *El consejo de Estado*, Bogotá: Universitas, 1951, p. 48.

rrespondientes a cada una de las funciones. La Sala Plena está compuesta por la totalidad de sus miembros, mientras que la Sala de lo Contencioso Administrativo compuesta por 27 consejeros y la Sala de Consulta y Servicio Civil, compuesta por los 4 consejeros restantes.<sup>12</sup>

A partir de ese momento, el Consejo de Estado colombiano ha permanecido vigente y sin interrupción en el ámbito institucional colombiano, como órgano consultivo del gobierno y como juez supremo de la Administración (incluyendo el proceso contencioso electoral), con la finalidad de velar por la protección de los gobernados frente al poder del Estado

#### IV. La libertad del legislador en la configuración de la organización política

Si bien el legislador constituido goza legítimamente de amplias capacidades para modificar y reconfigurar la Constitución, salvo por los límites formales y materiales<sup>13</sup>, este proceso de reforma debe llevarse con la mayor rigurosidad posible al ser una intervención

que podría modificar en mayor o menor sentido la interacción entre los poderes del Estado y los organismos constitucionalmente autónomos, por lo que el proceso de deliberación debe considerar exhaustivamente tales propuestas. Sobre el proceso de reforma constitucional, Karl LEOWENSTEIN señala: “[...] cada una de ellas [reformas constitucionales] es una intervención, una operación, en un organismo viviente, y debe ser solamente efectuada con gran cuidado y extrema reserva”<sup>14</sup>.

De la experiencia comparada y la doctrina internacional se puede colegir la existencia de una tipología o dos arquetipos a nivel internacional respecto a los Consejos de Estado:

- a. El de Consejo de Estado netamente consultivo, modelo seguido en Europa por países como España y Luxemburgo (quien dejó el modelo francés en 1996);
- b. El de Consejo consultivo y tribunal administrativo supremo, también llamado modelo francés, que ha sido asumido en Europa por países como Bélgica, Grecia, Italia, Holanda, en Asia y África, en países como Turquía, Egipto, Argelia, el Líbano, Burkina Faso, Gabón, Senegal, la República Centroafricana y Tailandia (hasta 1999), mientras que en Latinoamérica sólo Colom-

12 Artículo 34° de la Ley N° 270 de 1996.

13 El Tribunal Constitucional, en la sentencia emitida en el Expediente N°00014-2002-PI/TC, ha desarrollado cuales son los límites de la potestad de reforma constitucional del legislador constituyente derivado, siendo tales límites, los formales y los materiales; los primeros referidos a la validez del procedimiento de reforma, mientras que los segundos atañen directamente al contenido de la Constitución, es decir a los rasgos que configuran su identidad (fundamento jurídico 74 y ss. Recuperado de <<https://bit.ly/2X0teGx>>.

14 LEOWENSTEIN, Karl, *Teoría de la constitución*, Traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1986, p. 199.

bia ha asumido dicho modelo<sup>15</sup> (Consejo de Estado de Colombia, 2008, p. 273).

## V. Análisis de las propuestas de reforma

En cuanto al Proyecto de Ley 5029/2020-CR, éste asume la configuración primigenia del Consejo de Estado Francés de 1799, y el colombiano de 1817, como ente netamente consultivo, el cual por la pertenencia de sus miembros se asemeja a una junta de gobierno conformada por las más altas autoridades de los tres poderes del Estado y los organismos constitucionalmente autónomos. Una ventaja del modelo de Consejo de Estado propuesto, es la pluralidad de sus miembros, lo que permite conocer en mejor medida diversas perspectivas y realidades, influyendo esto último también en la aceptabilidad de las consultas que absuelve al estar conformado dicho órgano por los titulares en actividad de los diversos poderes públicos y órganos constitucionales; no obstante, es inexplicable la ausencia de los organismos electorales en su calidad de órganos constitucionalmente autónomos, como el Jurado Nacional de Elecciones (JNE), la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE) y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) así como la novísima Junta Nacional

de Justicia (JNJ), lo cual contradice al criterio plural asumido por el proyecto y su exposición de motivos.

De otro lado, la participación en el debate y deliberación, así la capacidad de resolución del propio consultante (Presidente de la República), viola potencialmente el principio de objetividad e independencia en la absolución de consultas que debe regir al órgano consultivo, sustrayendo así de su configuración otro elemento tipológico propio de los consejos de Estado como es la no vinculatoriedad de sus recomendaciones, manteniendo incólume la libertad de la administración de seguir o no la opinión del Consejo, lo cual no sucede al otorgarle carácter vinculante a la opinión del Jefe de Estado –cuando vote a favor de la misma-, lo cual se agrava con la participación del presidente del Consejo de Ministros o los Ministros de Estado en dichas sesiones tal y como se ha organizado fácticamente la institución en sus últimas convocatorias. Por lo que, dichas disposiciones deben ser eliminadas, sino morigeradas para garantizar la independencia del órgano consultivo frente al consultante, evitando que este último pueda influir o condicionar la manifestación de juicio del consultado de tal manera que mantenga la objetividad en su criterio. Dicha crítica alcanza también a la propuesta formulada en el proyecto de Ley 5133/2020-CR, el cual plantea atribuir vinculatoriedad a sus acuerdos cuando sus miembros plenos voten en conformidad, o en su defecto el presidente de la República lo haga.

15 CONSEJO DE ESTADO COLOMBIANO, *Memorias del Seminario Franco-Colombiano sobre la Reforma a la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Bogotá: 2008.

## VI. El Consejo de Estado en la historia peruana moderna y su positivización

A nivel nacional, si bien la figura del Consejo de Estado ha estado presente parcialmente en la constitución histórica de la nación, esta no ha tenido mayor arraigo, debido a las particularidades circunstancias históricas que dieron lugar a fugaces ordenamientos constitucionales. En ese sentido, la primera referencia histórica a los consejos de estado se halla en estatuto Provisorio otorgado por el Generalísimo Don José de San Martín en 1821, al cual se le otorgo rango constitucional, y cuya fugaz vigencia no llego a los diez meses. En ese sentido, en su sección cuarta desarrollo la estructura del primer consejo de estado peruano, encomendándosele una función netamente consultiva en casos de difícil deliberación, estando conformado por doce integrantes, entre los que se contaban a: los tres Ministros de Estado, el Presidente de la Alta Cámara de Justicia, los Generales de las principales Fuerzas Militares nacionales, el Deán de la Iglesia Católica y dos ciudadanos notables, así como un Secretario con voz pero sin voto encargado de las actas.

Dicha configuración mixta o híbrida se repetiría tanto en la Constitución de 1828 como en la de 1839, teniendo la primera vigencia no mayor de siete años, mientras que la segunda extendió su vigor por casi dieciséis años. En ese sentido, la Constitución de 1828, incorporó en su artículo 94 a la figura del Consejo de Estado que como habíamos

detallado previamente, combinó la actuación residual de la Comisión Permanente del Congreso de la República con la función consultiva propia de un Consejo de Estado ante los graves negocios del gobierno, conformándose por diez senadores electos por ambas cámaras.

Modernamente, se ha recurrido al término de “Consejo de Estado”, para denominar a la convocatoria que el presidente de la República ha realizado a los titulares y principales funcionarios del gobierno, es así que:

- a. En el gobierno del ex presidente Alejandro Toledo se convocó en 2005 una sesión de Consejo de Estado con la finalidad de tratar el tema de la toma de la comisaria en Andahuaylas;
- b. En el gobierno del ex presidente Ollanta Humala, se convocó hasta en tres oportunidades al llamado Consejo de Estado:
  - El 15 de septiembre del 2014, se sesionó a fin de consultar sobre medidas de luchas contra la corrupción;
  - El 19 de febrero del 2015, se sesionó a fin de tratar el caso relativo al espionaje de sub oficiales en la Marina de Guerra del Perú en favor de Chile, convocando a los ministros de Defensa, Interior, Justicia, Economía, Relaciones Exteriores, la Marina de Guerra, el Presidente del Poder Judicial, el

- Fiscal de la Nación, y el Contralor General de la República, entre otros.
- El 02 de marzo del 2015, se sesionó a fin de tratar asuntos concernientes a la seguridad ciudadana e implementación del nuevo Código Procesal Penal en los distritos que faltaban, convocando al presidente del Poder Judicial, el Contralor General de la República, el Fiscal de la Nación, el presidente del Tribunal Constitucional, el Presidente del Consejo de Ministros, además de los Ministros del Interior, Justicia, entre otros;
  - El 22 de diciembre del 2015, se sesionó a fin de tratar temas relativos a la seguridad ciudadana en el Callao provocada por la declaratoria de emergencia debido a la delincuencia originada por bandas criminales, asistiendo el presidente del Congreso de la República, el Presidente del Poder Judicial, el Fiscal de la Nación, el Contralor General, el Presidente del Consejo de Ministros, además de los Ministros del Interior, Justicia, entre otros;
- c. En el gobierno del ex presidente Pedro Pablo Kuczynski, se convocó el 21 de octubre del 2016 a una sesión de Consejo de Estado a fin de acordar medidas de la lucha contra la corrupción.
- d. Actualmente, el presidente Martín Vizcarra, ha convocado en hasta en cinco oportunidades al llamado Consejo de Estado:
- El 09 de julio del 2018, se sesionó a fin de tratar las medidas para combatir la corrupción, tras las denuncias contra los integrantes del ex Consejo Nacional de la Magistratura, asistiendo a la convocatoria el Presidente del Congreso de la República, el Presidente del Poder Judicial, el Presidente del Consejo de Ministros, el Presidente del Tribunal Constitucional y el Fiscal de la Nación;
  - El 16 y 23 de marzo del 2020, así como el 08 de abril sesionó el Consejo de Estado a fin de tratar las medidas a tomar a fin de combatir la pandemia ocasionada por el COVID-19, asistiendo el Presidente del Congreso, el Presidente del Poder Judicial, la Fiscal de la Nación, así como el Presidente del Consejo de Ministros;
  - El 09 de julio del 2020, se sesionó a fin de tratar la crisis generada por las reformas aprobadas por el Congreso respecto a la eliminación de la inmunidad y el antejuicio político de altos funcionarios del Estado, asistiendo el Presidente del Congreso, el Presidente del Poder Judicial, la Fiscal de la Nación, el Defensor del

Pueblo, así como el Presidente del Consejo de Ministros;

- El 28 de septiembre del 2020, el Consejo de Estado conformado por el presidente del congreso, el presidente del poder judicial, la fiscal de la nación, el contralor general y el defensor del pueblo se reunieron para abordar acciones nuevas contra el COVID-19.

Es menester señalar que el llamado Consejo de Estado, ha estado en su mayoría de oportunidades presidido por el presidente de la República, es decir, el consultante, incluyendo en su mayoría de veces al Presidente del Consejo de Ministros, quien forma parte del Poder Ejecutivo, así como gran parte de su Gabinete Ministerial, lo que resta imparcialidad y objetividad en la emisión de sus dictámenes, melando la independencia que debe caracterizar a los Consejos de Estado. Otra de las principales críticas que se puede formular contra la propuesta de incorporar en la Constitución al llamado Consejo de Estado, recae en la falta de necesidad de su positivización, toda vez que su actuación se concreta como parte del principio de colaboración inter poderes, como “instancia de coordinación”<sup>16</sup>, teniendo en cuenta

16 Al respecto el Tribunal Constitucional en fundamento jurídico 24 de la sentencia recaída en el Expediente N° 0004-2004-CC/TC, en el cual desarrolla por primera vez el contenido del principio de separación de poderes como el deber de colaboración entre los poderes públicos. Recuperado de <<https://bit.ly/2YF06oA>>.

también que la figura del Consejo de Estado, en su tipología clásica no ha formado parte sustantiva en la Constitución histórica del Perú al menos no por mucho tiempo, existiendo como institución únicamente en el Estatuto provisorio de San Martín de 1821, así como las Constituciones de 1828, 1834, y 1839, textos cuya vigencia fue exigua. En cuanto a la conveniencia o no de positivización en el texto constitucional, este fue también un álgido en la Constituyente española de 1979, pues gran parte de sus miembros consideraban suficiente la emisión de una ley ordinaria para su estructuración, mas no su incorporación en el texto constitucional al ser una manifestación propia del principio y deber de colaboración entre poderes.<sup>17</sup> Finalmente, si el legislador constituido considera necesaria la implementación de un Consejo de Estado, pese a las observaciones realizadas previamente, consideramos necesario se reestructura su conformación, a fin de garantizar la independencia e imparcialidad de sus manifestaciones.

## VII. Reflexiones finales

A inicios de la república por influencia francesa se intentó incorporar en la constitución histórica nacional la institución del Consejo de Estado; no obstante, la misma no ha tenido mayor

17 NAVARRO CABALLERO, Teresa María, “El Consejo de Estado. Origen histórico y regulación actual a la luz de la Ley Orgánica 3/2004, en *Anales De Derecho*, 24, p. 14. Recuperado de <<https://bit.ly/3mFIDFd>>, 2009.

arraigo histórico debido entre otros factores a la corta vigencia de las cartas políticas de 1828, 1834 y 1839, quienes concertaban el trabajo parlamentario y la labor consultiva en un solo órgano.

La recepción de instituciones del derecho comparado debe respetar el diseño orgánico constitucional de la nación receptora, en ese sentido, el Consejo de Estado no puede actuar como supremo juez de la administración pública, toda vez que a nivel nacional tal responsabilidad ha sido confiada a la judicatura, por lo que, se deberá realizar las modificaciones del caso a fin de salvaguardar el principio de imparcialidad y objetividad que debe regir las actuaciones de todo órgano consultivo.

### VIII. Bibliografía

- CONSEJO DE ESTADO COLOMBIANO, *Memorias del Seminario Franco-Colombiano sobre la Reforma a la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Bogotá: 2008.
- CORDERO TORRES, José María, *El Consejo de Estado. Su trayectoria y perspectivas en España*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1944.

- LEOWENSTEIN, Karl, *Teoría de la constitución*, Traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1986.
- MORÓN URBINA, Juan Carlos, “Bolívar y su propuesta constitucional de 1826” en *Revista Pensamiento Constitucional*, vol. 7, n.º 7, Lima: Fondo Editorial de la PUCP, recuperado de <<https://bit.ly/3uYfAQK>>, 2000.
- NAVARRO CABALLERO, Teresa Maria, “El Consejo de Estado. Origen histórico y regulación actual a la luz de la Ley Orgánica 3/2004, en *Anales De Derecho*. Recuperado de <<https://bit.ly/3mFIDFd>>, 2009.
- PINEDA DE CASTRO, Álvaro, *El consejo de Estado*, Bogotá: Universitas, 1951.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo, “Un siglo de derecho administrativo en Colombia” en *El derecho público a comienzos del siglo XXI*. Madrid: Civitas, 2003.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, *Sentencia 204/1992*. Recuperado de: <<https://bit.ly/3BCbsIY>>, consulta: 3 de diciembre de 1992.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Sentencia recaída en el Expediente N° 00014-2002-PI/TC*. Recuperado de <<https://bit.ly/3ls9hlf>>, consulta: 21 de enero del 2002.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Sentencia recaída en el Expediente N° 0004-2004-CC/TC*. Recuperado de <<https://bit.ly/3v0ifcD>>, consulta: 31 de diciembre del 2004.





# EL INTERREGNO PARLAMENTARIO, LA CUARENTENA POR LA PANDEMIA DEL COVID-19 Y LA POST CUARENTENA: EVALUACIÓN DE ELEMENTOS CONSTITUCIONALES EN EL PAÍS

Manuel Bermúdez Tapia\*

*Universidad Privada San Juan Bautista*

**SUMARIO:** I. Introducción.— II. Las contradicciones a nivel democrático y de gobernabilidad ad portas de un Bicentenario.— III. Entre la disolución del Congreso y la instalación del nuevo Congreso: El interregno parlamentario.— IV. Los elementos político-constitucionales que afectaron la gobernabilidad en el país antes del interregno parlamentario.— V. El control político y el equilibrio de poderes a la instalación del Nuevo Congreso en marzo del 2020.— VI. El conflicto técnico en la evaluación de la facultad legislativa del Poder Ejecutivo en el Congreso de la República.— VII. Los requerimientos sociales en el Perú.— VIII. La comunicación oficial ineficiente por parte del Gobierno Nacional ante una situación de Emergencia Sanitaria.— IX. El impacto de la pandemia del Covid-19 ante un deficiente Estado.— X. Conclusiones.— XI. Bibliografía.

## I. Introducción

La evaluación de la realidad peruana desde el 30 de septiembre del 2019 hasta un año siguiente, nos permite detallar que el país probablemente ha pasado una época sumamente complicada y crítica que ha tenido un impacto negativo en la población y en la realidad económica.

Este hecho, en términos numéricos ha implicado una condición mucho más negativa que el resultado de la Guerra del Pacífico y de la época de la crisis del terrorismo y la debacle del Estado durante la década de los años ochenta del siglo pasado, especialmente porque la administración pública fue usurpada

---

\* Abogado. Profesor Investigador de la Universidad Privada San Juan Bautista y profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asesor Constitucional de Bancada Parlamentaria en el Congreso de la República. Contacto: manuel.bermudez@upsjb.edu.pe, mbermudeztapia@gmail.com ORCID: <<https://bit.ly/3uYRbL3>>.

por la corrupción, que lamentablemente continuó hasta la actualidad.

Por ello la evaluación del año detallado entre la disolución del Congreso de la República por disposición del presidente de la República en el 2019 hasta septiembre del 2020, permite detallar tres factores que inciden en la evaluación de los derechos de los peruanos en un país afectado por la inestabilidad política.

Una condición que incidirá en la gobernabilidad del país y que probablemente va a ser apreciada de modo directo en la legitimidad del sistema democrático en las elecciones presidenciales y parlamentarias del año 2021.

Superar el *interregno parlamentario*, la *cuarentena provocada por la pandemia del Covid-19* y la *etapa post cuarentena* en menos de un año genera la necesaria evaluación de varios temas de carácter constitucional, como: la legitimidad del Estado ante las necesidades sociales, el nivel de funcionalidad de la administración pública en el país, el análisis de los *servicios públicos* brindados a la población, la calidad del sistema democrático y gobernabilidad en el país, entre otros, nos permite considerar aspectos esenciales para la vida republicana del país.

Ad portas del Bicentenario de la declaración de independencia del país, el Perú ¿qué avances significativos registra ante un análisis comparativo con el aspecto social, económico y político del Perú de 1821?

## II. Las contradicciones a nivel democrático y de gobernabilidad ad portas de un Bicentenario

La realidad política y constitucional del país en sus casi doscientos años de independencia han estado marcados por situaciones negativas y contradictorias a la institucionalidad democrática y al objetivo de una república, conforme a los parámetros clásicos del *contrato social* que legitiman el uso del *poder* de la administración pública para atender y regular las relaciones que se desarrollan en una comunidad política.

Las épocas del *caudillismo* se han transformado en la actualidad al manejo político del país en organizaciones políticas sin ideología y que están basadas en el poder económico que sustentan algunas familias, con lo cual se podría considerar una condición muy similar entre dos períodos diferenciados por doscientos años.

En las épocas donde se ha registrado períodos de progreso y de desarrollo económico, la referencia institucional y legitimidad en el uso del poder no ha logrado ser un patrón de referencia constante y progresivo en todas las esferas de la realidad nacional, especialmente porque en dichos momentos se ha observado la disminución del territorio nacional o se han registrado actos de corrupción en las altas esferas del poder.

Nótese que a cada momento de *prosperidad* el país se ha visto involucrado en una situación crítica o de *conflicto internacional* o de *crisis de gobernabili-*

*dad*, con lo cual, el panorama descrito a lo largo de la historia del país parece estar basado en una constante.

En este sentido, el análisis de las relaciones entre los órganos que detentan el poder en el país se convierte en un parámetro prioritario en el estudio de la consolidación del país como república, porque sobre esta base se establece tanto la gobernabilidad como la propia democracia a la misma vez que se establece una *natural* relación entre el Estado y la población, sobre la cual se configura la cesión parcial de la libertad de los individuos a favor del Estado, con la cual se genera la *legitimidad y legalidad* con la cual se valida el *papel legislativo* que desarrolla el Congreso de la República y el Poder Judicial, en forma diferenciada y exclusiva para determinados ámbitos.

Bajo esta premisa, es importante evaluar tres períodos específicos:

- a) El primero de ellos está comprendido entre el 30 de septiembre de 2019 y el 15 de marzo del 2020, durante la cual se ha registrado: la disolución del Congreso, la convocatoria a un proceso de elecciones parlamentarias extraordinarias
- b) El segundo período se delimita entre el inicio del Estado de Emergencia provocado por la pandemia del Covid-19 y se registra la instalación de un nuevo Congreso. En este período se desarrolla la *cuarentena* sanitaria a raíz del impacto de la pandemia del Covid-19, he-

cho que generó graves consecuencias en la economía nacional.

Igualmente se ha registrado una Cuestión de Confianza propuesta por la Presidencia del Consejo de Ministros y se está ejecutando la evaluación de los Decretos de Urgencia emitidos por el Poder Ejecutivo (previos a la declaratoria del Estado de Emergencia), conforme agenda de la Mesa Directiva de la fecha de evaluación detallado inicialmente, que propone el análisis de dicho ámbito legislativo a través de la intervención de diferentes Comisiones Parlamentarias, cuando el artículo 91° del Reglamento del Congreso de la República detalla que esta facultad compete a la Comisión de Constitución.

Esta etapa finaliza el 30 de junio del 2020.

- c) La tercera etapa inicia el 01 de julio y finalizará en septiembre del 2020 en la cual se ejecutará la *post cuarentena*, en la cual se podrá observar el desarrollo de las actividades del Estado respecto de los requerimientos sociales, especialmente en el ámbito de la salud pública, la seguridad, educación y atención de derechos de orden económico, especialmente.

Desde el 16 de marzo del 2020, se desarrolla el *control del poder*<sup>1</sup> en el país

1 BERMÚDEZ-TAPIA, Manuel, "Los próximos nuevos retos del Derecho Parlamentario en contextos de postmodernidad", en *Derecho y Sociedad*, n.º 31, 2008, p. 145.

especialmente porque el Congreso de la República aún no había recibido la *dación de cuenta* que el Poder Ejecutivo, que debe hacer sobre los Decretos de Urgencia y Decretos Legislativos emitidos en función a la atención de la pandemia provocada por el Covid-19, estando vigente la declaratoria de Estado de Emergencia pero que a junio del 2020 debía observar la evaluación que el Congreso realizaba sobre la normatividad promulgada durante el *interregno parlamentario*.

Al estar ad portas del Bicentenario de la declaratoria de la independencia del país, el análisis de todo aquello que pueda afectar la democracia incide finalmente en la propia esencia de la república, por tal motivo, el presente texto se desarrolla en función al proyecto de investigación: “Análisis de la institucionalidad democrática en el Perú” desarrollado en la Facultad de Derecho de la Universidad Privada San Juan Bautista aprobado por Resolución de Vicerrectorado de Investigación N.º 061-2019-VRI-UPSJB.

El enfoque metodológico empleado permite analizar los Decretos de Urgencia que ha emitido el Poder Ejecutivo durante el *interregno parlamentario* bajo un estudio cualitativo, descriptivo y causal basado en el análisis de cada norma presentada al Congreso de la República que se convierten en las unidades de evaluación en el presente texto.

### III. Entre la disolución del Congreso y la instalación del nuevo Congreso: El interregno parlamentario

El *interregno parlamentario* un término constitucional y parlamentario que detalla el “período” que existe entre la *disolución (parcial)* del Congreso por parte del Poder Ejecutivo (art. 134 de la Constitución) y la *instalación* del nuevo Congreso<sup>2</sup>.

Históricamente esta situación respondía a un hecho provocado por los *golpes de Estado* perpetrados por las Fuerzas Armadas, donde sólo un único *poder nominal* ejerce funciones legislativas y que se diferencia del momento en evaluación por cuanto se trata de un momento histórico, especial, coyuntural y excepcional.

Durante este período de tiempo, el Poder Ejecutivo a través del Gobierno Nacional, para así diferenciarlo de otros niveles en el ejercicio de las facultades ejecutivas en el Estado, puede *legislar* a través de la emisión de Decretos de Urgencia, conforme al artículo 135 de la Constitución<sup>3</sup>.

Una facultad, que está supeditada al cumplimiento de determinaros parámetros que condicionan el ejercicio del poder en forma excluyente durante un

2 SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando, *Derecho parlamentario español*, Madrid: Dykinson, 2019, p. 100.

3 DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Informe defensorial sobre la crisis política, cuestión de confianza y disolución de confianza*. Recuperado de <<https://bit.ly/3ByHK7o>>, 2019, p. 21.

período de tiempo determinado por el Constituyente que participó en el Congreso Constituyente Democrático de 1992, que permite detallar dos límites particulares:

- a) No se puede legislar sobre temas de naturaleza tributaria, porque esto está reservado al Congreso de la República, conforme detalla el artículo 74° de la Constitución.
- b) Se puede legislar a través de la ejecución de “medidas extraordinarias”, conforme detalla el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución, debiendo *dar cuenta* al Congreso, generándose en forma autónoma un nivel de responsabilidad política y legal del Consejo de ministros, conforme a lo detallado en el inciso 3 del artículo 123, en complementación con lo detallado en el inciso 2 del artículo 125 de la Constitución.

#### IV. Los elementos político-constitucionales que afectaron la gobernabilidad en el país antes del interregno parlamentario

Tomando en cuenta el contexto político del período 2016-2021, donde se han registrado dos Congresos en el mismo período presidencial, dos planteamientos de vacancia presidencial contra Pedro Pablo Kuczynski, una *sucesión presidencial*, la disolución del Congreso de la República, una renuncia a la vicepresidencia de la República, una elección parlamentaria extraordinaria y una

declaratoria de Estado de Emergencia sanitaria, debemos detallar que estamos ante una referencia única y excepcional en la vida republicana.

Esta situación es sumamente particular y es vinculante en la presente evaluación por cuanto el *inicio* de la *cuarentena* por la declaratoria del Estado de Emergencia sanitario, el Congreso de la República se instaló, con lo cual se volvió a un *estado constitucional de equilibrio de poderes*<sup>4</sup>.

Particularmente este punto es de suma importancia, porque a la entrada en vigencia de las normas *limitativas de derechos* se ejecutó en forma paralela la cesión de instalación del Congreso de la República no generándose ninguna controversia política, porque en esencia ambos poderes nominales del Estado peruano optaron por *pasar por alto* dicha situación, tomando en cuenta el contexto coyuntural en el cual se encontraban, muy a pesar que ello generó un riesgo sanitario que ha registrado parlamentarios infectados por el Covid-19. En este contexto, el fallecimiento del Congresista Glider Ushñahua se debió al incumplimiento de las normas dispuestas para poner en vigencia la cuarentena sanitaria.

Una vez instalado el Congreso de la República, el Poder Ejecutivo debía presentarse ante el Pleno parlamentario

4 SANDOVAL AIMAZÁN, Rodrigo, “Asimetría en la relación Ejecutivo-Legislativo bajo el contexto del interregno”, en *Espacios Públicos*, vol. 8, n.º 15, 2005, p. 113.

para así plantear la *cuestión de confianza*, conforme lo dispuesto por el artículo 135 de la Constitución.

En forma paralela el Poder Ejecutivo debía *dar cuenta* a la Comisión Permanente del Congreso disuelto, de los Decretos de Urgencia emitidos para que los examine y los eleve al nuevo Congreso una vez se instale.

Esta función de *control normativo* del Congreso de la República también se amplía en los siguientes ámbitos:

a) En el ámbito del desarrollo de la política internacional ejecutada por el presidente de la República respecto de la celebración o ratificación de Tratados (internacionales), conforme al artículo 57 de la Constitución.

Igualmente, si el presidente de la República ejecuta una *denuncia* a un Tratado (internacional) deberá *dar cuenta* al Congreso, fundamento su decisión por cuanto esta incide en el destino del país en el ámbito internacional.

En el mismo sentido, el Poder Ejecutivo debe dar cuenta al Congreso sobre los actos que involucran las relaciones internacionales con otros estados soberanos, respecto del nombramiento de embajadores y ministros plenipotenciarios, conforme al inciso 12 del artículo 118 de la Constitución.

b) Cuando hay una *delegación de facultades*, por cuanto los Decretos Legislativos emitidos por el Poder

Ejecutivo deben ser evaluados por el Congreso, en forma individual.

c) Respecto de la regulación de los Estados de Emergencia, existe una obligación de *dar cuenta* al Congreso o a la Comisión Permanente por parte del Poder Ejecutivo, conforme al artículo 137 de la Constitución.

Por tanto, la *atribución* del Congreso de la República de *evaluar* el rol legislador del Poder Ejecutivo durante el interregno parlamentario que incluye la declaratoria de Estado de Emergencia sanitario por el registro de la pandemia del Covid-19, se convierte en un elemento que legitima y otorga legalidad a la legislación emitida, preservando el orden institucional en el país<sup>5</sup> y eventualmente puede desarrollar una facultad *punitiva* que puede ir desde la declaratoria de vacancia por incapacidad del Presidente de la República<sup>6</sup> hasta el desarrollo de *procedimientos parlamentarios* especiales, como la evaluación de los Decretos Legislativos y Decretos de Urgencia emitidos en dos períodos que detallan la crisis que registraba el Perú entre septiembre 2019 a junio del 2020<sup>7</sup>.

5 CUNILL GRAU, Nuria, “La rearticulación de las relaciones Estado-Sociedad. En búsqueda de nuevos sentidos”, en *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, n.º 41, Caracas: 1995, p. 9.

6 BERMÚDEZ-TAPIA, Manuel, “El procedimiento parlamentario para nombrar altos funcionarios públicos en el Perú”, en *Estudios Constitucionales*, año 5, n.º 2, 2007, p. 275.

7 BERMÚDEZ-TAPIA, Manuel, “La responsabilidad parlamentaria y los procedimientos parlamentarios sancionatorios” en *Revista Jurídica del Perú*, n.º 76, 2007, p. 19.

## V. El control político y el equilibrio de poderes a la instalación del Nuevo Congreso en marzo del 2020

El Congreso de la República instalado ya desde el 16 de marzo en sesión de fecha 9 de junio de 2020, evaluó el derivó a las Comisiones, los Decretos de Urgencia para que estos emitan una opinión técnica.

Al respecto, se debe especificar lo siguiente:

- a) El trabajo de las Comisiones parlamentarias implica un nivel de especialización, para que así los Dictámenes emitidos puedan presentar una mejor evaluación de los proyectos de ley presentados.

En función a este hecho, probablemente el Consejo Directivo del Congreso de la República haya asumido que es posible ejecutar una evaluación de la totalidad de los Decretos de Urgencia emitidos por el Poder Ejecutivo durante el *interregno parlamentario* a través de la intervención de las diferentes Comisiones y por tal razón *agendó* la aprobación del *derivó* a Comisiones de la totalidad de los Decretos de Urgencia emitidos y presentados en cumplimiento de la *dación de cuenta* al Congreso de la República<sup>8</sup>.

En este punto, es importante diferenciar los ámbitos competenciales

de la *Mesa Directiva* y del *Consejo Directivo* del Congreso, donde el segundo está compuesto por los integrantes de la *Mesa Directiva* y de los representantes de los Grupos Parlamentarios (portavoces), una referencia que permite detallar la búsqueda de una *legitimidad* en esta acción, que contradice lo dispuesto por el artículo 91º del Reglamento del Congreso de la República.

El mencionado artículo 91 del Reglamento del Congreso de la República detalla en forma literal: “Recibido el oficio y el expediente mediante el cual el Presidente de la República da cuenta de la expedición del decreto de urgencia y a más tardar el día útil siguiente, el presidente del Congreso enviará el expediente a la Comisión de Constitución, para su estudio dentro del plazo improrrogable de quince días útiles”, por ello es posible exponer un argumento que procure justificar la acción del Consejo Directivo del Congreso.

- b) Conforme a lo expuesto previamente, los 68 Decretos de Urgencia emitidos por el Poder Ejecutivo previa a la declaratoria del Estado de Emergencia, deben ser evaluados por la Comisión de Constitución y verificar si existen conflictos normativos de algún Decreto de Urgencia con respecto de otras normas de *superior jerarquía*.

8 CONGRESO DE LA REPÚBLICA, *Convocatoria a Consejo Directivo de fecha 09 de junio de 2020*. Recuperado de <<https://bit.ly/3atPImk>>, 2020.

## VI. El conflicto técnico en la evaluación de la facultad legislativa del Poder Ejecutivo en el Congreso de la República

En este punto debemos reiterar que estamos ante una situación excepcional en la vida republicana del país, por tanto es necesario señalar que lo analizado hasta el momento sólo detalla una primera etapa en la ejecución de funciones del Congreso y que probablemente el resultado permita ejecutar la *evaluación* del ejercicio del poder, casi de manera exclusiva, que ha tenido el Poder Ejecutivo durante el *interregno parlamentario*.

Lo que realmente importará será la evaluación de los Decretos de Urgencia y Decretos Legislativos que ha emitido el Poder Ejecutivo durante el desarrollo de la pandemia provocada por el Co-

vid-19, entre el 16 de marzo al 9 de junio del 2020 (en forma momentánea), en particular porque con estas normas, el Estado ha ejecutado una asignación de *presupuesto público* que ha involucrado la disposición de recursos públicos, en un contexto en el cual el Congreso de la República no pudo participar en la aprobación del *Presupuesto General de la República* para el ejercicio fiscal del 2020.

En este sentido, el Decreto Supremo N° 044-2020 PCM que declaró el Estado de Emergencia Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a causa de la pandemia provocada por el Covid-19, resulta ser un elemento central en la evaluación de la legislación emitida por el Poder Ejecutivo (PCM, 2020):

N°	Legislación	Fecha
01	Decreto de Urgencia N° 026-2020, que establece diversas medidas excepcionales y temporales para prevenir la propagación del Coronavirus (Covid-19) en el territorio nacional.	15/03/2020
02	Decreto de Urgencia N° 029-2020, que dicta medidas complementarias destinadas al financiamiento de la micro y pequeña empresa y otras medidas para la reducción del impacto del Covid-19 en la economía.	20/03/2020
03	Decreto de Urgencia N° 031-2020, que dicta medidas complementarias para reforzar los sistemas de prevención, control, vigilancia y respuesta sanitaria para la atención de la emergencia producida por el Covid-19.	23/03/2020
04	Decreto de Urgencia N° 033-2020, que establece medidas para reducir el impacto en la economía peruana de las disposiciones de prevención establecidas en la declaratoria de Estado de Emergencia Nacional ante el Covid-19.	27/03/2020
05	Decreto de Urgencia N° 034-2020, que establece el retiro extraordinario del fondo de pensiones en el sistema privado de pensiones como medida para mitigar efectos económicos del aislamiento social obligatorio y otras medidas.	01/04/2020
06	Decreto de Urgencia N° 037-2020, que dicta medidas complementarias para el sector salud en el marco de la Emergencia Sanitaria por los efectos del Covid-19.	12/04/2020
07	Decreto Legislativo N° 1458, que sanciona el incumplimiento de las disposiciones emitidas durante la Emergencia Sanitaria a nivel nacional y otras normas emitidas para proteger la vida y la salud de la población por el contagio del Covid-19.	14/04/2020



Nº	Legislación	Fecha
08	Decreto Legislativo N° 1460, que flexibiliza el procedimiento para la aceptación de donaciones provenientes del exterior en las entidades y dependencias del sector público en el marco de la cooperación internacional no reembolsable.	15/04/2020
09	Decreto de Urgencia N° 039-2020, que dicta medidas complementarias para el sector salud en el marco de la Emergencia Sanitaria por el Covid-19.	16/04/2020
10	Decreto Legislativo N° 1465, que establece medidas para garantizar la continuidad del servicio educativo en el marco de las acciones preventivas del gobierno ante el riesgo de propagación del Covid-19.	19/04/2020
11	Decreto de Urgencia N° 042-2020, que establece medidas extraordinarias destinadas a coadyuvar a disminuir la afectación de la economía peruana de los hogares en situación de pobreza o pobreza extrema en los ámbitos rurales frente al Covid-19.	19/04/2020
12	Decreto de Urgencia N° 044-2020, que establece la ampliación de las medidas dispuestas en el Decreto de Urgencia N° 027-2020 para la protección económica de los hogares vulnerables ante el riesgo de propagación del Covid-19.	21/04/2020
13	Decreto Legislativo N° 1466, que aprueba disposiciones para fortalecer y facilitar la implementación del intercambio prestacional en salud en el Sistema Nacional de Salud.	21/04/2020
14	Decreto Legislativo N° 1470, que establece medidas para garantizar la atención y protección de las víctimas de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar durante la Emergencia Sanitaria.	27/04/2020
15	Decreto de Urgencia N° 047-2020, que establece medidas extraordinarias para reducir el impacto de las medidas de aislamiento social obligatorio en la situación fiscal de los Gobiernos Locales y garantizar la continuidad de los servicios para atender la Emergencia Sanitaria y otras medidas.	27/04/2020
16	Decreto de Urgencia N° 048-2020, que dicta medidas extraordinarias con la finalidad de adquirir bienes y servicios necesarios para el alojamiento en cuarentena y alimentación de las personas que deban desplazarse dentro del país a consecuencia de la declaración del Estado de Emergencia Nacional.	27/04/2020
17	Decreto de Urgencia N° 049-2020, que dicta medidas complementarias destinadas al financiamiento de la micro y pequeña empresa para la reducción del impacto del Covid-19 en la economía peruana.	27/04/2020
18	Decreto Legislativo N° 1474, que fortalece los mecanismos y acciones de prevención, atención y protección de la persona adulta mayor durante la Emergencia Sanitaria.	03/05/2020
19	Decreto Legislativo N° 1476, que establece medidas de transparencia en los centros educativos privados	05/05/2020

## VII. Los requerimientos sociales en el Perú

Para efectos prácticos, analizaremos la perspectiva y situación peruana que permite detallar elementos teóricos en la evaluación de un ámbito concreto

de gestión pública<sup>9</sup>, en el ámbito de la comunicación para ejecutar la atención de la *salud pública*, reiterando lo que se

<sup>9</sup> ESPINAL, Alfredo, *La gestión de lo público en el Perú. Aspectos fundamentales*, Lima: ECB Ediciones, 2015, p. 243.

detalló durante la *pandemia* en el libro *O direito público em tempos pandêmicos*<sup>10</sup>.

El resultado de nuestra evaluación, desarrolla algunos aspectos muy particulares que lamentablemente son muy próximos a la realidad de los demás países de la región, principalmente porque las situaciones negativas se reproducen en similiar medida en los demás países, en particular por que se registran muchos casos de corrupción, negligencia en la gestión pública, un déficit en la atención de servicios públicos en particular en el ámbito de la salud pública; factores que inciden en la crisis de la legitimidad del Estado, que se extiende al escaso valor referencial que ostenta la “ley” en la psicología colectiva.

La razón de esta percepción genera una explicación mucho más complicada y profunda que la simple crítica del “ciudadano de a pie”<sup>11</sup> hacia su Estado, Gobierno Nacional y en general a toda la administración pública, principalmente porque exige el análisis de varios elementos teóricos y aplicativos en la evaluación de un diagnóstico sobre el cual pueda proyectarse una solución.

Consecuentemente, es posible detallar los errores más severos ejecutados por el Gobierno Nacional:

---

10 BERMÚDEZ-TAPIA, Manuel, “Derecho a la salud conforme al Contrato Social sinalagmático”, en ARCARO CONCI, Luiz (ed.) *O direito público em tempos pandêmicos*, Sao Paolo: Tirant Lo Blanch, 2020.

11 MATOS MAR, José, “Desborde popular y crisis del Estado”, en *El Comercio*, Lima: 2010, p. 25.

a) El Ejecutivo ha desarrollado *políticas de gobierno* que no han logrado atender eficientemente la emergencia sanitaria, contándose los siguientes errores:

- i. La determinación de “días especiales” para el tránsito de las personas en función al *género*, que permitió observar la pésima asesoría a nivel presidencial que tenía el presidente Vizcarra.
- ii. La escasa fiscalización del gasto presupuestal de los Gobiernos Regionales y Municipales previa a la etapa de la *pandemia*, en particular en el caso de la Región de Loreto.
- iii. Los cambios de *ministros de Estado* en plena *pandemia*, en particular en las carteras de Salud e Interior, donde inclusive se registraron problemas de corrupción.
- iv. La escasa reacción y nivel dubitativo en la toma de decisiones de carácter ejecutivo, en la regulación de los horarios de *permisos de movilidad* y *toque de queda* a la población, que se han variado constantemente durante la *pandemia*.

b) La generación de compromisos económicos con la Banca Internacional para solicitar créditos financieros<sup>12</sup>,

---

12 REUTERS, “FMI respaldará a Perú con una línea de crédito de 11,000 millones de dólares”, en *El Economista*, Recuperado de <<https://bit.ly/3uZiF2Y>>, 2020.

pese a tener una *reserva internacional neta* suficientemente solida que puede afrontar el impacto negativo del Covid-19 en la economía nacional<sup>13</sup>.

- c) Una negligente planificación del *rescate financiero y reactivación económica* en el país, tomando en cuenta que hasta el 09 de junio del 2020 el Poder Ejecutivo se ha concentrado en atender los requerimientos de empresas transnacionales y de alcance económico significativo pese a que la economía nacional la sostienen las pequeñas y medianas empresas.

En este sentido, es previsible que el actual Congreso ejecute una fiscalización a la acción del Poder Ejecutivo que ha destinado a la fecha 67,199 millones de soles en su *Plan Económico para la contención y reactivación económica frente al Covid-19*<sup>14</sup>.

- d) Una negligente *distribución* de los recursos públicos en la atención de las necesidades alimentarias y económicas de la población, error que se intensifica cuando se detalla

que el propio Estado *no conoce la información de su población*.

### VIII. La comunicación oficial ineficiente por parte del Gobierno Nacional ante una situación de Emergencia Sanitaria

En el ámbito constitucional, la mayoría de países ha generado una evolución sostenida al priorizarse el *contrato social* en particular porque ello garantiza el contexto de la gobernabilidad y por ende el desarrollo de la democracia<sup>15</sup>.

La defensa del bien común en la comunidad, es referencial porque en este contexto se desarrolla una administración pública en un determinado territorio, donde se ejecutan actos de conservación, protección y acceso a recursos que pudieran garantizar la sostenibilidad de la población, porque de este modo se procura la supervivencia del “individuo”. Como puede observarse, este patrón es referencial en la humanidad y ha permitido registrar la supervivencia de diferentes *naciones* a través de la historia respecto de varios tipos de estado y de gobiernos.

Surge una relación directa, complementaria y derivada entre la persona que evoluciona políticamente para ser un *ciudadano*, quien forma parte de una comunidad en la cual surge una entidad que provee de garantías y recursos sufi-

13 MINISTERIO DE ECONOMÍA, *El MEF, BCRP y SBS articulan acciones para reducir el impacto del Covid-19 en la economía y sistema financiero*. Recuperado de <<https://bit.ly/3iOXBaw>>, 2020.

14 ESTADO PERUANO, “Plan Económico para la contención y reactivación económica frente al Covid-19 ha implementado medidas por S/. 67,199 millones”, en *Plataforma Digital*. Recuperado de <<https://bit.ly/3mIDR9N>>, 2020.

15 BERMÚDEZ-TAPIA, Manuel, “El debilitamiento de la democracia y la implementación del gobierno abierto”, en *Gestión Pública y Desarrollo*, n.º 73, año 6, 2013, p. 13.

cientes para una población con la cual se relaciona.

Sin embargo, la “persona” no es un *elemento* de sencilla comprensión, principalmente en países en los cuales la democracia es un valor relativo y coyuntural a los períodos de elección, con lo cual se generan condiciones de populismo y crisis institucional.

En el Perú esto explica los problemas de legitimidad del Estado a lo largo de la historia republicana porque el “ciudadano” no se ha detallado ni desarrollado en base a la tutela de “la persona”, porque o se detalló el proceso de construcción de la *comunidad*, en base a una condición de “pertenencia”, y sobre ella es posible detallar los problemas vinculados al pluralismo socio-cultural existente.

El modelo *burgués* europeo utilizado como elemento base para la construcción de la república peruana no tomó en cuenta el contexto de la relación *gobierno-población* sobre la cual se establecían niveles de vinculación que en el caso peruano y sudamericano no han sido sólidos, en particular porque existían diferentes niveles en los cuales se desarrollaron niveles de economía, de relaciones sociales y de ejercicio del poder<sup>16</sup>.

## IX. El impacto de la pandemia del Covid-19 ante un deficiente Estado

En forma paralela a lo detallado a nivel del diálogo constitucional entre

el Poder Ejecutivo y el Congreso de la República, debemos señalar que el Gobierno Nacional se ha visto abrumado por las exigencias sociales en el país, especialmente cuando los efectos económicos de la cuarentena sanitaria han sido registrados a fines de junio del 2020.

El *ciudadano* no ha podido tener un acceso a *servicios públicos*, especialmente en el ámbito de la salud pública y de la educación, situación que se ha agudizado en varias ciudades del país que han colapsado ante los efectos de la pandemia, provocando también la crítica al modo de ejecutar la dirección política del país.

La *relación sinalagmática* del *contrato social*<sup>17</sup> entre la población y el Gobierno Nacional no ha podido materializarse, especialmente por:

- a) El Estado como el ciudadano son elementos centrales en la “relación” que confluyen tanto en forma “individual” como “conjunta” en la *comunidad*<sup>18</sup> para así establecer un nivel de vinculación que en el caso de la *comunicación* en el Estado de Emergencia provocado por la pandemia del Covid-19 ha sido sumamente débil en el Perú.

17 BERMÚDEZ-TAPIA, Manuel, *La Constitución de 1993 a través de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Lima: Ediciones Legales, 2008.

18 ROUSSEAU, Jean Jaques, *El contrato social*, Buenos Aires : Ethos, 2002.

16 OAKESHOTT, 2001, p. 195.

La condición en la cual los intereses y derechos se complementan y dependen entre el Gobierno y la población, como elementos de una relación complementaria y vinculada sobre la cual se desarrolla la gestión pública que garantiza la gobernabilidad y democracia en un país<sup>19</sup> ha fracasado y el registro de la población fallecida y contagiada por el Covid-19 es una evidencia de ello.

Por ello es que es difícil observar una complementación de la Política de Estado, con respecto de las políticas públicas y políticas de gobierno en asuntos específicos, como por ejemplo la atención al *derecho a la salud* respecto de los ciudadanos a raíz de la pandemia provocada por el Covid-19.

- b) La relación *sinálgmática* implica el reconocimiento de la diferencia en función a su naturaleza jurídica entre el *Estado* y el *ciudadano* y por ello es que ambos resultan *equivalentes*, sin embargo, la débil institucionalidad del Estado peruano permite detallar que la ciudadanía no sostiene a los diferentes funcionarios y autoridades elegidas democráticamente en las elecciones a la finalización de un periodo de gobierno.

19 BERMÚDEZ-TAPIA, Manuel, "Derecho a la salud conforme al Contrato Social sinálgmático", art. cit., p. 247.

## X. Conclusiones

Tomando en cuenta el contexto evaluado, observamos que la sucesión de tres etapas marcadas por su elevado impacto en la realidad del país, nos permite detallar la imperiosa necesidad de establecer mejores mecanismos de ejercicio de los derechos políticos de la población porque no ha logrado comprender el error que implica elegir de manera incorrecta a sus representantes en la gestión pública, especialmente en épocas de crisis.

El país durante la pandemia del Covid-19 ha visto reflejado una realidad que ya existía en el país, especialmente porque existían dos repúblicas en el país: uno representaba la formalidad en el país y el otro, el contexto de la informalidad y gracias a un virus se han podido hacer equivalentes. El resultado permite acreditar la impericia en la dirección del país para atender las necesidades de la sociedad y de la incapacidad de las autoridades políticas elegidas democráticamente de asumir un rol de tanta importancia, como un factor reiterativo en la historia del país, ad portas del Bicentenario de su declaración de independencia.

## XI. Bibliografía

BERMÚDEZ-TAPIA, Manuel, *La Constitución de 1993 a través de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Lima: Ediciones Legales, 2008.

BERMÚDEZ-TAPIA, Manuel, "El procedimiento parlamentario para nombrar altos funcio-

- narios públicos en el Perú”, en *Estudios Constitucionales*, año 5, n.º 2, 2007.
- BERMÚDEZ-TAPIA, Manuel, “La responsabilidad parlamentaria y los procedimientos parlamentarios sancionatorios” en *Revista Jurídica del Perú*, n.º 76, 2007.
- BERMÚDEZ-TAPIA, Manuel, “Los próximos nuevos retos del Derecho Parlamentario en contextos de postmodernidad”, en *Derecho y Sociedad*, n.º 31, 2008.
- BERMÚDEZ-TAPIA, Manuel, “Derecho a la salud conforme al Contrato Social sinalagmático”, en ARCARO CONCI, Luiz (ed.) *O direito público em tempos pandémicos*, Sao Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.
- BERMÚDEZ-TAPIA, Manuel, “El debilitamiento de la democracia y la implementación del gobierno abierto”, en *Gestión Pública y Desarrollo*, n.º 73, año 6, 2013.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA, *Convocatoria a Consejo Directivo de fecha 09 de junio de 2020*. Recuperado de <<https://bit.ly/3atPImk>>, 2020.
- CUNILL GRAU, Nuria, “La rearticulación de las relaciones Estado-Sociedad. En búsqueda de nuevos sentidos”, en *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, n.º 41, Caracas: 1995.
- ESTADO PERUANO, “Plan Económico para la contención y reactivación económica frente al Covid-19 ha implementado medidas por S/. 67,199 millones”, en *Plataforma Digital*. Recuperado de <<https://bit.ly/3mIDR9N>>, 2020.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Informe defensorial sobre la crisis política, cuestión de confianza y disolución de confianza*. Recuperado de <<https://bit.ly/3ByHK7o>>, 2019.
- REUTERS, “FMI respaldará a Perú con una línea de crédito de 11,000 millones de dólares”, en *El Economista*, Recuperado de <<https://bit.ly/3uZiF2Y>>, 2020.
- ESPINAL, Alfredo, *La gestión de lo público en el Perú. Aspectos fundamentales*, Lima: ECB Ediciones, 2015.
- MATOS MAR, José, “Desborde popular y crisis del Estado”, en *El Comercio*, Lima: 2010.
- MINISTERIO DE ECONOMÍA, *El MEF, BCRP y SBS articulan acciones para reducir el impacto del Covid-19 en la economía y sistema financiero*. Recuperado de <<https://bit.ly/3iOXBaw>>, 2020.
- PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS, “Normatividad sobre Coronavirus (COVID-19)”, Recuperado de <<https://bit.ly/3lxEKCA>>, 2020.
- ROUSSEAU, Jean Jaques, *El contrato social*, Buenos Aires: Ethos, 2002.
- SANDOVAL AIMAZÁN, Rodrigo, “Asimetría en la relación Ejecutivo-Legislativo bajo el contexto del interregno”, en *Espacios Públicos*, vol. 8, n.º 15, 2005.
- SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando, *Derecho parlamentario español*, Madrid: Dykinson, 2019.

# RELEVANCIA E IMPACTO DEL CONCEPTO DE IDENTIDAD CONSTITUCIONAL EN EL DERECHO ESTATAL Y SUPRANACIONAL

Oscar Andrés Pazo Pineda\*

**SUMARIO:** I. Introducción.— II. Consideraciones acerca del concepto de identidad constitucional y su uso en el derecho comparado.— III. Reflexiones sobre la identidad constitucional peruana.— IV. Conclusiones.— V. Bibliografía.

## I. Introducción

De manera reciente, se han desarrollado una considerable cantidad de estudios académicos dedicados a explorar la idea de identidad constitucional. La mayoría de ellos se ha centrado en la configuración de este concepto y la forma en que interactúa con los procesos de integración regional, particularmente en Europa. Sin embargo, los orígenes de esta noción se encuentran bastante alejados, desde el punto de vista temporal, de este debate.

De hecho, es posible advertir que, por lo general, esta idea es asociada o confundida con la denominada “identidad nacional”, la cual ha sido objeto de profundos estudios desde otras disciplinas distintas al derecho, tal y como ocurre con la sociología, la filosofía e incluso la ciencia política. Sin embargo, la masificación de este debate empezó a operar, en esencia, con la firma del Tratado de Maastricht. En efecto, la ratificación de este instrumento va a generar una suerte de *juridificación* del

\* Docente de Derecho Constitucional Comparado del Tribunal Constitucional. Estudios de Especialización de Alicante (España) en convenio con la Universidad de Washington College of Law (Estados Unidos) y San Marcos, la Academia de la Magistratura Constitucional.

Historia Constitucional Peruana en la USMP. Asesoría en Argumentación Jurídica por la Universidad de Derechos Humanos en la American University. Ha sido docente de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y el Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal

término, lo cual va a ocasionar que, al tratarse de una materia legal, pase a ser objeto de análisis por las ciencias jurídicas. De esta forma, se efectuaron importantes esfuerzos académicos para configurar lo que debía entenderse por “identidad nacional”, ya que ella podría operar como un límite a los procesos de integración de la Unión Europea.

Sin perjuicio del impacto y la magnitud que ha generado esta discusión, lo cierto es que la referencia a alguna clase de identidad constitucional ya se había realizado tanto en la academia como en la jurisprudencia de países con culturas marcadamente distintas. Así, dentro de los Estados, el debate giraba en torno a la posibilidad de identificar la presencia de alguna clase de espíritu de la norma fundamental, o indagar sobre sus estructuras básicas. Lo que buscaba explorar esta corriente era la posibilidad de establecer límites a la reforma constitucional, invocando, para este fin, la presencia de principios y/o valores fundamentales que no podían ser alterados ni siquiera adoptando el procedimiento establecido para introducir modificaciones a la constitución estatal.

Ahora bien, es importante advertir que, si bien los especialistas en el derecho dieron inicio al debate respecto de lo que debía entenderse por identidad constitucional, lo cierto es que no se realizaron marcados esfuerzos por diferenciar esta idea de la de identidad nacional, pese a que esta última había sido objeto de estudios por otra clase de disciplinas. De

este modo, cuando empezó a indagarse sobre la noción de identidad como límite al proceso de integración, se le asoció, en buena medida, a lo que había sido denominado con anterioridad como *espíritu* o *esencia* de la constitución. Esta postura va a ser confirmada por diversos tribunales o cortes constitucionales de la región europea que, si bien terminaron por validar la ratificación de los tratados de lo que sería actualmente la Unión Europea, se reservaron la posibilidad de poder efectuar alguna especie de control de la labor de los órganos supranacionales si es que ellos afectaban el núcleo de la respectiva norma fundamental estatal.

## II. Consideraciones acerca del concepto de identidad constitucional y su uso en el derecho comparado

Formuladas estas precisiones, corresponde indagar el significado concreto de lo que significa la identidad constitucional. Una primera inquietud que surge es si se trata de un concepto presente en todas las constituciones nacionales (esto es, que toda constitución cuente con una suerte de *contenido esencial*) o si es que solo se refiere a la estructura básica de alguna norma fundamental en particular. Si se trata de lo primero, deberían identificarse aquellos elementos característicos de una constitución, y sin los cuales cualquier documento, independientemente de su denominación o que se atribuya para sí mismo la calidad de “supremo”, no puede ser catalogado como la norma fundamental de alguna nación.



Esta aproximación a la idea de lo que necesariamente debe contener una constitución nos traslada al debate de lo que podría denominarse como el *contenido esencial* de la norma fundamental. Este concepto se relaciona con todos aquellos componentes indispensables con los que debería contar toda *Carta Magna*, y que le permitiría diferenciarse de otros estatutos o cuerpos de leyes. De esta manera, la constitución no es únicamente una ley suprema, ya que también se caracteriza por contener ciertos contenidos mínimos. Ciertamente, fuera de estas funciones mínimas, se cuenta con un amplio margen para configurar la norma fundamental, y ello explica que muchos países difieran en cuestiones como el modelo económico, la distribución territorial del poder, o la existencia de un modelo predominantemente concentrado o difuso para el control de constitucionalidad de las leyes<sup>1</sup>. En consecuencia, surge inmediatamente la duda respecto de la función esencial que la norma fundamental debe cumplir.

Sobre esto, algunos autores ya han teorizado sobre los elementos que deben caracterizar a las constituciones de los Estados constitucionales. Por ejemplo,

1 Si es que esta posibilidad fuera reconocida, ya que, en la actualidad, como se conoce, aún existen países que cuentan con cláusulas constitucionales en las que no permiten que los tribunales de justicia ejerzan esta clase de control. Para un estudio de las distintas formas en que este se lleva a cabo, consultar: PEGORARO, Lucio, *Teoría y modelos de la comparación. Ensayos de derecho constitucional comparado*, Santiago de Chile: Olejnik, 2017, pp. 258 y ss.

Josep AGUILÓ indica que, en esta clase de Estado, los sistemas jurídicos se caracterizan por: i) tener una constitución rígida y formal; ii) esta constitución debe responder a las pretensiones normativas del constitucionalismo político, es decir, limitar el poder político y proteger los derechos de la persona; y. iii) debe ser una constitución efectivamente practicada<sup>2</sup>. Esta forma de entender la misión de la norma fundamental se encuentra fuertemente vinculada con lo dispuesto en el artículo xvi de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, documento que, si bien fue aprobado en Francia, tuvo una repercusión que no se debe ignorar, particularmente en el mundo occidental. En un sentido similar, LOEWENSTEIN planteaba que ella debe encargarse de regular las relaciones entre los detentadores y los destinatarios del poder, así como la respectiva interacción de aquellos en el proceso de formación de la voluntad estatal<sup>3</sup>. Así también, la obra del jurista francés Michael TROPER, cuando centra su análisis respecto de los modelos de la constitución como máquina o como norma, también se

2 En todo caso, esta forma de entender al Estado constitucional, si es que se requiere cumplir los tres elementos, dejaría fuera a experiencias como las de Inglaterra o Nueva Zelanda. Véase, AGUILÓ, Josep, "Sobre la Constitución del Estado constitucional", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 24, Alicante: 2001, pp. 450-453.

3 GONZÁLEZ CASANOVA, José Antonio, "La idea de Constitución en Karl Loewenstein", en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 139, Madrid: 1965, p.87.

preocupa, en buena medida, con la forma en que se puede limitar el poder político. De hecho, tanto la doctrina como la jurisprudencia de los países que han explorado estos asuntos suelen identificar a este elemento como parte integrante de la idea de la identidad constitucional del país<sup>4</sup>.

En este mismo sentido, un elemento que, como se indicó, también parece ser parte fundamental de cualquier constitución es el relativo a la garantía de los derechos de la persona. Ahora bien, debe precisarse que, en este punto, el reconocimiento también se relaciona a contenidos mínimos, ya que los Estados cuentan con notables diferencias al momento de regular las libertades. La necesidad de garantizar esta tutela ha generado que pueda advertirse, en la actualidad, un proceso de “internacionalización del derecho constitucional”, en la medida en

que la comunidad internacional cada vez está más involucrada en la idea de reconocer a los derechos de la persona como una suerte de patrimonio común de la humanidad<sup>5</sup>. Este proceso de expansión tiene entre sus consecuencias que difícilmente la norma fundamental de cualquier Estado no cuente con alguna carta o declaración de derechos, sea en la propia constitución o sea a través de un documento legal en el caso de los países que no cuentan con una constitución en sentido formal.

Otro efecto puede advertirse en que, para un sector de la doctrina, estos derechos son uno de los puntos de partida para lo que se ha denominado como el *constitucionalismo global*<sup>6</sup>, lo cual obedece a que se trata de atributos que, independientemente de la configuración interna que pueda adoptar un Estado, no pueden dejar de ser reconocidos y

4 En Estados Unidos, en las primeras dos décadas del siglo xx se realizó un intenso debate sobre la posibilidad que la Corte Suprema Federal examine la validez o conformidad de las enmiendas con la Constitución Federal, lo cual se produjo por lo que sería la décimo octava enmienda. Esto no solo generó el conocido debate Marbury-Frierson, sino que también se presentó como el contexto propicio para la realización de estudios relativos a la existencia de contenidos intangibles. Así, en una conocida publicación de 1920, Everett Abbot sostuvo que en ese país se considera como algo axiomático el que se establezcan limitaciones para todo gobierno, por lo que, si esto es así, también deberían existir restricciones para enmendar la Constitución de los Estados Unidos. Véase, ABBOT, Everett, “Inalienable rights and the Eighteenth Amendment”, en *Columbia Law Review*, vol. 20, n.º 2, New York: 1920, p. 195.

5 De hecho, existen hace bastante tiempo diversas obras que hacen referencia a alguna especie de derecho común de la humanidad, lo cual supondría que el derecho internacional actual tenga que dar un paso más y pase a ser tomado en serio. Dentro de los pilares que sostienen esta construcción teórica se encuentra el principio de respeto de los derechos humanos. Véase, JENKS, C., *El derecho común de la humanidad*, Madrid: Tecnos, 1968, p. 17.

6 No es este el lugar para explicar las diversas concepciones existentes respecto del constitucionalismo global, ni tampoco para examinar la viabilidad de su posible implementación. En todo caso, para un mejor conocimiento de estos movimientos, véase, ATILGAN, Aydin, *Global Constitutionalism*, Berlin: Springer, 2018.

garantizados<sup>7</sup>. Los defensores de este modelo cosmopolita también precisan que la base o piedra angular del constitucionalismo es la existencia de personas libres e iguales que se gobiernan a sí mismas a través del derecho, en el marco de una comunidad internacional compuesta por Estados igualmente soberanos. Esto implica que incluso el poder constituyente se encuentra circunscrito normativamente, y las limitaciones que de ahí se derivan operan tanto a nivel nacional como internacional, más allá de los hechos sociológicos vinculados con la entidad y la estructura internacional<sup>8</sup>. Se puede apreciar, así, que esta clase de movimientos también estiman que existen límites no solo al poder de reforma, sino al propio poder constituyente mismo, el cual se inserta en una comunidad internacional que empieza a compartir un conjunto mínimo de valores<sup>9</sup>.

7 Para Gomes Canotilho, estos puntos de partida del constitucionalismo global estarían compuestos de los siguientes elementos: progresiva elevación de los derechos humanos, el respeto a la democracia (como fórmula a ser empleada tanto a escala nacional como internacional) y el principio de autodeterminación. Sobre ello, véase, GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Teoría de la Constitución*, Madrid: Dykinson, 2004, pp. 45 y 46.

8 Cfr. KUMM, Mattias, “Constituent power, boundaries and identity: On the justificatory depth of constitutionalism – A rejoinder to Neil Walker”, en *International Journal of Constitutional Law*, vol. 14, n.º 4, New York: 1996, p. 914

9 En este trabajo no se problematizará sobre dicha propuesta, ya que tan solo se desea dejar constancia de la forma en que los derechos de la persona pueden potencialmente condicionar los controles que los tribunales de justicia

De esta forma, tanto la tendencia de limitar el poder y la necesidad de garantizar la tutela de los derechos fundamentales de la persona se presentan como componentes fundamentales de las constituciones. Evidentemente, nada impide —como de hecho ya ha ocurrido en el pasado— que, bajo el ropaje de un documento denominado formalmente como “constitución”, solo se intente ocultar la presencia de un marcado autoritarismo. Y es que estos elementos esenciales son el soporte principal de esta clase de normas fundamentales porque, a diferencia de lo que ocurre en las dictaduras, ellos suelen fundamentar el orden político al reconocer la vinculación del poder a un conjunto mínimo de reglas sustantivas y procedimentales. Como bien ha anotado Annet PETERS, las constituciones contemporáneas deben garantizar la existencia de cláusulas como las del Estado de derecho, el principio democrático, la separación de poderes o la descentralización para ostentar un mínimo contenido de legitimidad, por lo que parece que se trata de

realizan a las enmiendas o modificaciones de la constitución. De hecho, Pegoraro ha resaltado que, en este modelo, no se efectúa un concepto de constitución científicamente neutral, ya que es particularmente en el mundo occidental en el que, a partir del artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en el que es posible indicar que toda constitución debe reconocer la separación de poderes y la protección de los derechos humanos, aunque ello no sea necesariamente así en otras culturas. PEGORARO, Lucio, “Constitucionalización del derecho y Cultura Constitucional”, en *Revista de Derecho Político*, n.º 104, Madrid: 2019, p. 22.

cuestiones que no pueden ser desligadas de la idea misma de una constitución<sup>10</sup>.

Por otro lado, la identidad constitucional podría referirse también a lo que permite diferenciar a una experiencia local de una extranjera. En esta segunda vertiente, este concepto surge como la protección del conjunto de tradiciones, costumbres y prácticas culturales que reafirman la individualidad de un cuerpo territorial determinado. De hecho, es a esta noción de la identidad a la que parecen referirse los instrumentos de integración en Europa. En este punto, es importante diferenciar entre los requisitos para ser parte de una entidad supranacional (como puede ocurrir con la necesidad de garantizar la observancia del principio democrático, del Estado de derecho, o del respeto de los derechos fundamentales de la persona, los cuales, en realidad, estarían más asociados con la primera visión de identidad a la que se ha hecho referencia) de los elementos que, según los tratados de integración, deben ser observados por parte de la propia Unión Europea respecto de los Estados que lo integran (como ocurre, por ejemplo, cuando se establece como un límite el respeto de la identidad nacional).

De esta forma, mientras algunos instrumentos han requerido la observancia de ciertos principios elementales (que podríamos asociar con el contenido

esencial que deberían ostentar todas las normas fundamentales) que caracterizan a las constituciones particularmente occidentales —y estos criterios deben ser cumplidos por los Estados que deseen pertenecer a la entidad supranacional—, es posible advertir que el respeto de la identidad de cada uno de los países que integran una entidad como la Unión Europea se presentan a límites que deben ser observados, en todo caso, por esta última. Evidentemente, también los Estados deben guardar un nivel importante de apertura a las tradiciones que puedan presentarse en otros países (como, de hecho, también tiene que ocurrir con las costumbres o tradiciones distintas dentro de su propio territorio, sobre todo en Estados multinacionales), pero este deber no se encuentra asociado al deber de garantizar la identidad constitucional, ya que, en los términos aquí expuestos, se trata de una obligación de la propia Unión Europea.

Esta forma de entender la identidad constitucional —como un límite que invoca un Estado frente al proceso de integración—, también ha sido abordada hace una considerable cantidad de tiempo en el marco del derecho constitucional local. Como se precisó con anterioridad, esta idea no solo ha surgido en el marco de los tratados de la Unión Europea, sino que también ya se había advertido con anterioridad en lo que respecta a los debates sobre la posibilidad de establecer límites a la reforma de la constitución nacional. Fue fundamental, en este punto, lo que inicialmente fue diferenciar entre el *alma* y el *cuerpo* de

10 Cfr. PETERS, Anne, “The Globalization of State Constitutions”, NIJMAN, J., y NOLLKAEMPER, A. (eds.), en *New perspectives on the divide between national & international law*, Nueva York: 2007, p. 256.

la Constitución. Se dice, sobre esto último, que mientras lo segundo puede ser objeto de enmiendas o modificaciones, esto es algo que difícilmente ocurre con el primer elemento, el cual mucho más complejo de lo que se puede creer<sup>11</sup>.

Ahora bien, existen ciertos elementos que pueden observarse en ambos tipos de identidad constitucional. En primer lugar, es importante precisar que, aunque en una primera impresión puede parecer contradictorio, esta idea se caracteriza por su dinamismo y adaptabilidad. En efecto, suele invocarse esta noción para referirse a lo que es perdurable o lo que debe resguardarse del asalto de unas mayorías provisionales y temporales, pero esto no puede ser asociado con la existencia de elementos que sea inmutables o inmodificables con el transcurso del tiempo<sup>12</sup>.

En este sentido, si es que las constituciones reflejaran la base esencial del modelo que intentaron resguardar los constituyentes, en Estados Unidos hubiera sido contrario a la idea de iden-

tividad el que se apruebe la décimo cuarta enmienda y todas aquellas normas que habilitaban el derecho a votar y participar en política de las comunidades afrodescendientes<sup>13</sup>. Del mismo modo, países como Irlanda no hubieran iniciado un lento, aunque seguro, tránsito hacia la superación de la visión de las instituciones con bases esencialmente religiosas. La identidad, ciertamente, puede presentarse como un límite infranqueable que deben observar órganos como la Unión Europea, pero no puede ser (como nunca lo ha sido) una barrera que las propias sociedades no estén posibilitadas de superar si es que ellas han decidido modificar ciertos patrones o tradiciones que, con anterioridad, se encontraban fuertemente enraizadas.

11 William Hard, al analizar el caso de la Constitución de los Estados Unidos, sostiene que forman parte de su espíritu los principios de soberanía del pueblo y el de la separación de poderes. También precisa que el alma de la norma fundamental impregna todo aspecto de la vida, y permite fundamentar el reconocimiento de nuevas libertades. Véase, HARD, William, "The Spirit of the Constitution", en *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 185, Philadelphia: 1936, p. 15.

12 Véase, JACOBSON, Gary, "Constitutional identity", en *The Review of Politics*, n.º 68, Cambridge: 2006, p. 372.

13 El caso de Estados Unidos es uno de los más llamativos. No solo porque su Corte Suprema Federal no ha establecido límites implícitos sustantivos al proceso de reforma, sino además porque cuenta con un procedimiento para la enmienda considerablemente complejo. No sorprende, en ese sentido, que se haya sostenido en la doctrina que la idea de que la revisión judicial de las enmiendas sea, para la máxima instancia judicial, una *political question*, obedece esencialmente a la dificultad existente para insertar cambios en la Constitución de 1787. Cuando en 1920 se desarrolló el debate sobre la enmienda 18, Marbury tuvo la ocasión de sostener que a nadie en ese país se le hubiera nunca ocurrido que la norma fundamental fuese modificada con demasiada facilidad, ya que, por el contrario, existía la percepción de que era casi imposible enmendar el texto, excepto por algo que tuviera la naturaleza de una revolución. Véase MARBURY, William, "The limitations upon the Amending Power", en *Harvard Law Review*, vol. 33, n.º 2, Massachusetts: 1919, p. 225.

Sobre este último punto, se han realizado diversos debates respecto de qué entidad sería la habilitada para identificar estos rasgos o características. Por un lado, existen posturas que sostienen que esta clase de discusiones sobre el reconocimiento de lo que debe ser la esencia de alguna constitución debe residir en entidades que sean lejanas a las cortes de justicia<sup>14</sup>. Este mismo sector de la doctrina también suele demostrarse escéptico en relación con la posibilidad que los tribunales puedan controlar la validez de las reformas constitucionales, sobre todo si las mismas cuentan con refrendo popular. Consideran, en esencia, que estos órganos pueden suponer —de contar con esta atribución de control— un potencial riesgo para el sistema democrático, ya que su entendimiento de lo que es la constitución podría imponerse al de la mayoría de la colectividad.

Por otro lado, un segundo aspecto que ha sido objeto de discusión es el relacionado con la competencia de las cortes para examinar controversias en las que tuviera que dilucidarse qué es lo que forma parte de la identidad constitucional. La idea general que respalda esta posición es que debe diferenciarse el poder constituyente de lo que sería el poder de reforma de la constitución. En

este último escenario, órganos como el Parlamento deben observar un conjunto de principios elementales que caracterizan a la constitución local. Esta idea, que se remonta a pensadores como Sieyes, supone que este órgano no puede hacer las veces del poder constituyente.

En todo caso, la discusión es aún muy abierta respecto de los casos en que la propia norma fundamental prevé la posibilidad de convocar a una asamblea constituyente, y cuáles serían las limitaciones que esta última debería observar. Sin embargo, las cortes de justicia que han examinado casos referentes a la convocatoria de asambleas constituyentes fuera del procedimiento establecido por la norma fundamental difícilmente han entrado a cotejar la corrección o validez de dicho acto, lo cual no hace sino reflejar el *self-restraint* que, al menos en estas materias, caracteriza el desempeño de las autoridades judiciales<sup>15</sup>. Sin perjuicio de ello, ellas sí han tenido un rol mucho más activo cuando el cuestionamiento es de un procedimiento de enmienda o reforma

14 Es importante precisar que, en la doctrina, existen importantes estudios que cuestionan que aspectos relativos a la identidad sean resueltos por una corte de justicia. Véase, FARAGUNA, Pietro, "Taking Constitutional Identities Away from the Courts", en *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 41, n.º 2, New York: 2016.

15 Este tema ha sido objeto de un nutrido intercambio de ideas. El profesor Jacobsohn, cuyos estudios han abordado precisamente el debate sobre la identidad constitucional y los límites de la reforma, propone que los tribunales sean especialmente cuidadosos de examinar la validez de las leyes de enmienda o reforma si es que el procedimiento para esta operación es, dentro del ordenamiento respectivo, considerablemente complejo, tal y como ocurre en los Estados Unidos. Ver, al respecto: JACOBSON, Gary, "An unconstitutional constitution? A comparative perspective", en *International Journal of Constitutional Law*, vol. 4, n.º 3, New York: 2006, p. 487.

que ha sido emprendido por un órgano de poder constituido como los parlamentos.

Y es que, en muchas oportunidades, han sido las cortes las que han brindado las herramientas para emprender un estudio de lo que significa la esencia de un documento constitucional en especial. Como se conoce, uno de los primeros desarrollos cercanos a esta noción se presentó en la India, cuya Corte Suprema de Justicia hizo referencia a la *basic structure doctrine* para enunciar aquellos elementos del texto constitucional que no pueden ser alterados por el poder de reforma. En realidad, el desarrollo de las ideas relativas a los límites al poder de modificar la Constitución de ese país se remonta, prácticamente, a la época de su entrada en vigencia. Como bien hace recordar Pathik GANDHI<sup>16</sup>, dicho tribunal fue tempranamente convocado para analizar si es que el poder contenido en el artículo 368 de la norma fundamental india, tenía que observar, entre otras cosas, el respeto de los derechos de la persona.

De hecho, aunque por lo general se suele considerar como referencia en este tema el fallo en el caso *Kesavananda Bharati vs. State of Kerala* (1973), lo cierto es que existen importantes antecedentes que se remontan hasta 1952, cuando, en el caso *Sankari Prasad vs. Union of India*, se trajo a colación la

distinción entre el poder legislativo y el constituyente, aunque sin mayores consecuencias. La discusión, en esencia, era si el artículo 13.2 de la Constitución, que impedía la adopción de leyes que sean inconsistentes con los derechos fundamentales, también aplicaba para el caso de las reformas constitucionales<sup>17</sup>. Todo ello fundamentó que la idea central de la doctrina de la estructura básica fuera que era posible formular reformas al texto constitucional, siempre y cuando se preservara la identidad esencial de la carta. Dentro de estos elementos, según precisó dicho Tribunal en el caso *Indira Gandhi vs. Raj Narain*, se encontraban la división de poderes, el principio democrático y cuestiones relativas a la igualdad. De hecho, en una posterior oportunidad (caso *Minnerva Mills vs. Union of India*), añadió que la propia competencia de la corte para, en buena cuenta, enjuiciar las reformas constitucionales también era un elemento que no podía ser objeto de modificación.

Otros desarrollos jurisprudenciales relevantes se han presentado en Alemania y en Colombia, y estos han permitido sentar las bases de lo que forma

16 GHANDI, Pathik, "Basic Structure and Ordinary Laws (Analysis of the Election Case & The Coelho Case)", en *Indian Journal of Constitutional Law*, vol. 4, n.º. 1, Telangana: 2010, p. 48.

17 Esta disposición establecía que el Estado no podía promulgar ninguna ley contraria a los derechos reconocidos en la carta, bajo sanción de nulidad. La discusión era si es que el término "ley" permitía encajar a las reformas constitucionales. En el idioma inglés, la discusión es más profunda, ya que la traducción del término "law", puede comprender al derecho en general.

parte de la identidad constitucional<sup>18</sup>. La idea de poder revisar las reformas emprendidas por los parlamentos ha sido exportada, también a otras latitudes. Por lo general, la mayor cantidad de órganos suele coincidir en que forman parte de esa identidad cuestiones como la separación de poderes, la forma de gobierno, la cláusula democrática, y la idea de no suprimir o restringir severamente los derechos fundamentales.

Sin embargo, no han faltado experiencias que han añadido factores adicionales a los que han sido expuestos. Por ejemplo, la idea de identidad que aquí se ha desarrollado genera preguntas respecto de su aplicabilidad en países en los que la religión y el ordenamiento estatal se encuentran estrechamente vinculados. Aquí podría advertirse un serio conflicto entre la religión como elemento de unión colectiva, frente a un principio como podría ser el de laicidad, cuestión que no ha sido del todo abordada en la doctrina. Este es un asunto considerablemente sensible, ya que el empleo de esta doctrina puede generar que una minoría (por lo general, apreciable en los tribunales de justicia) pueda, de una u otra manera, hacer prevalecer su visión occidental sobre

la materia a una considerable mayoría religiosa<sup>19</sup>.

De esta manera, si se advierte la profusa cantidad de jurisprudencia sobre esta materia, se puede apreciar que los tribunales han sido más receptivos que reacios a esta forma de control. No todos niegan el potencial riesgo, para el proceso democrático, que esto puede suponer; sin embargo, resulta esta posibilidad mucho más conveniente que la de negar cualquier clase de participación a las cortes en este debate. Incluso no han faltado experiencias en las que el rol de los tribunales ha sido determinante para encontrar un importante nivel de equilibrio entre los denominados usualmente como “poderes” del Estado. Dos casos que pueden ejemplificar válidamente esta afirmación son los de Israel y la India. En el primer caso, se ha sostenido que la participación y el control que, *de facto*, ejerce el gobierno sobre el proceso legislativo en el *Knesset*, genera un fundado temor de que se emplee el poder constituyente de forma equivocada o incluso abusiva, por lo que la única autoridad que realmente puede equilibrar el funcionamiento de los poderes es la

18 Debido a que, en esencia, en este apartado se busca analizar el modelo peruano, no se harán mayores precisiones sobre estas experiencias. En todo caso, véase, CLEVES, Gar, “El control material de las reformas constitucionales mediante acto legislativo a partir de la jurisprudencia establecida en la Sentencia C-551 de 2003”, en *Revista Derecho del Estado*, n.º 18, Bogotá: 2006.

19 Por ejemplo, Ran Hirschl hace recordar el fallo del año 2008 de la Corte Constitucional de Turquía (órgano evidentemente prokemalista), el cual invocó las doctrinas de la India y Alemania para declarar inconstitucional una “enmienda iniciada por el gobierno del partido AKP, que tenía como intención revisar la visión militantemente secular de Turquía”. Véase, HIRSCHL, Ran, *Asuntos comparativos. El renacimiento del derecho constitucional comparado*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019, p. 210.



Corte Suprema<sup>20</sup>. Por otro lado, y quizás es una de las experiencias más conocidas en el derecho constitucional comparado, la Corte Suprema de la India ha sido uno de los órganos que mayor actividad y protagonismo ha tenido en la vida política de su país, dejando un saldo considerablemente favorable y que genera la sensación que esta clase de controles es recomendable ante emergentes autoritarismos, sea por parte de la asamblea o por parte del gobierno<sup>21</sup>.

20 El caso israelí es bastante llamativo. Desde la aprobación de la *Basic Law: Israel as the Nation of the Jewish People*, se presentaron una considerable cantidad de reclamos, en los que básicamente se sostenía que dicha Ley Fundamental era antidemocrática y que lesionaba los principios de dignidad de la persona y no discriminación. Esta clase de demandas están orientadas a que esa ley básica pueda ser revisada judicialmente. Para conocer de cerca el debate israelí, véase, ROZNAI, Yaniv y Suzie NAVOT, "From Supra-Constitutional Principles to the Misuse of Constituent Power in Israel", en *European Journal of Law Reform*, vol. 21, n.º 3, Carolina del Norte: 2019.

21 Como ya se explicó, es conocido que este órgano desarrolló la *basic structure doctrine*, la cual permite establecer límites al proceso de la modificación de la constitución. Esto ha permitido que se frenen intentos desde el poder de incluso eliminar la competencia de este tribunal para examinar esta clase de casos. Sin embargo, aunque se ha generado un saldo general positivo, bien advierte Dhavan que se debe ser sumamente cautelosos con el empleo de esta doctrina, ya que coloca al pueblo en la encrucijada de o confiar en el proceso de reforma o depositar su confianza en autoridades judiciales no electas. Recuerda, sobre ello, que en todo caso la Corte Suprema puede erigirse como un baluarte de la democracia, pero en ningún caso debe sustituirla. Véase, al respecto, DHAVAN, R., "The basic structure doctrine – A footnote comment", en DHAVAN,

En efecto, la impresión general es que la potestad de los tribunales de justicia de enjuiciar la validez de las reformas o enmiendas a la constitución deja más un saldo positivo que uno negativo. Evidentemente, ellos deben cuidarse de no caer en lo que podría ser catalogado como un modelo de supremacía judicial, y debe contar, para ello, de un importante nivel de autocontención para conocer en qué casos es pertinente su participación y en cuáles no.

Es imposible negar que, mal empleada, esta atribución podría generar una suerte de *gouvernement des juges*. Sin embargo, este es un peligro que puede invocarse respecto de cualquier herramienta humana en el derecho. No nos encontramos gobernados, como ya se advertía en *El federalista*, por algún grupo de ángeles, y por ello resulta conveniente que las autoridades políticas no cuenten con un poder absoluto de reforma, sobre todo si ellas pueden ser juez y parte en esta clase de procedimientos. En efecto, a diferencia de lo que ocurre en los tribunales de justicia (los cuales, las más de las veces, conocen un caso a solicitud de parte y no tienen competencia de oficio en esta clase de reclamos), el Parlamento o el Ejecutivo tienen abierto el camino para legislar en beneficio propio, aspecto que, de no fiscalizarse, puede sembrar las bases de un régimen autoritario en el que no sean las libertades las que primen.

R. y Alice JACOB, (eds.), *Indian Constitution. Issues and Trends*, Nueva Delhi: Indian Law Institute, 1978, p. 178.

Un tercer factor a tomar en cuenta es que las dos dimensiones de la identidad (esto es, como posible barrera a la integración y como límite al poder de reforma constitucional) no parecen ser argumentos de carácter absoluto, en el sentido que su sola invocación pueda ser suficiente para desactivar la competencia de los tribunales de justicia. En efecto, lo primero que tiene que hacerse es examinar si es que el argumento de la autoridad que expidió el cuerpo normativo que es objeto de cuestionamiento calza o no en el concepto constitucional que ha sido alegado. Y es que, más allá de que suele ser usual en el derecho constitucional el empleo de conceptos jurídicos indeterminados, tanto la doctrina como la jurisprudencia—local o comparada—pueden brindar importantes elementos para examinar la viabilidad del argumento. Por otro lado, es también por lo demás evidente que no puede emplearse la identidad ante las cortes de justicia para sustentar la exclusión de grupos sociales, particularmente de su derecho a participar en la vida política del país. Parece ser este un mínimo que justifique la intervención judicial, ya que se trataría de una sociedad que no trate de manera similar a sus integrantes<sup>22</sup>.

22 Se conoce, sobre esto, la obra de John Ely, así como las posturas que defienden la idea de una suerte de “constitución procedimental”, la cual esencialmente consiste en que los verdaderos límites que es posible establecer al legislador democrático derivan de las restricciones que puedan imponerse al adecuado ejercicio de los derechos políticos. Una importante obra que aborda los retos de la justicia

Una vez precisados estos elementos relacionados con la idea de identidad constitucional, es conveniente examinar el caso peruano, a fin de poder advertir los desarrollos tanto jurisprudenciales como doctrinarios que permitan dotar de contenido a lo precisado por el Tribunal Constitucional respecto de los límites a la cuestión de confianza.

### III. Reflexiones sobre la identidad constitucional peruana

Los desarrollos jurisprudenciales existentes en torno a la idea de identidad constitucional han reflejado que no existe consenso en cuanto a la individualización de sus elementos, ni siquiera por los juristas de una misma corte. Esto forma parte de una problemática mayor, la cual se relaciona con el hecho que ni siquiera se conoce con exactitud a qué se refiere esta noción. El apartado anterior ha pretendido brindar luces que permitan un acercamiento respecto de lo que puede significar la identidad constitucional, y en este apartado, en un sentido similar, se busca aportar elementos para aproximarnos a lo que significa esta idea en el ordenamiento peruano.

Este abordaje tomará en cuenta, principalmente, los criterios esbozados por el Tribunal Constitucional peruano. En todo caso, es evidente que esta clase de análisis no pueden dejar de lado las

constitucional frente al principio mayoritario, véase, FERRERES COMELLA, VÍCTOR, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

tradiciones y la historia del Perú. De hecho, como se advertirá, esa también parece ser la posición del intérprete final de la Constitución peruana, al menos en algunos de sus fallos.

Ahora bien, en la sentencia relativa a la disolución del Congreso de la República, el Tribunal sostuvo que un límite a la cuestión de confianza era que esta fuese asociada con la supresión o alteración de alguna cláusula de intangibilidad de la Constitución peruana. Al desarrollar este criterio, se mencionó que esta herramienta no podía ser empleada si es que suponía un desconocimiento de los principios que, anclados en la historia republicana, perfilan la identidad de la norma fundamental.

De lo indicado por el Tribunal Constitucional es posible advertir que, ciertamente, la identidad constitucional no puede ser sometida a alguna alteración a través de un pedido del Poder Ejecutivo hacia el Congreso de la República. La jurisprudencia de este órgano ya ha hecho referencia a este concepto con anterioridad, y parece tomar en consideración las dos vertientes de identidad que se han expuesto en esta investigación (es decir, la identidad como contenidos mínimos de cualquier constitución, y la identidad en el sentido de mencionar aquello que permite distinguir a una experiencia constitucional de otra). Por ejemplo, respecto de los elementos indisponibles de cualquier norma suprema, ha mencionado que:

Aunque toda Constitución se caracteriza por ser un cuerpo normativo integral, donde cada disposición cumple un determinado rol, ciertas cláusulas asumen una función que resulta mucho más vital u omnicomprensiva que las del resto. Se trata de aquellos valores materiales y principios fundamentales que dan identidad o que constituyen la esencia del texto constitucional (la primacía de la persona, la dignidad, la vida, la igualdad, el Estado de Derecho, la separación de poderes, etc.). Sin ellos, la Constitución sería un texto formalmente supremo, pero, en cambio, materialmente vacío de sentido<sup>23</sup>.

Se aprecia, pues, que, en esta decisión, el supremo intérprete de la Constitución peruana vinculó la idea de identidad constitucional con aquellos elementos que deben estar presentes en cualquier documento que quiere caracterizarse como la verdadera norma fundamental del Estado. Con posterioridad a esta decisión, en la sentencia sobre la inconstitucionalidad de la reforma al Reglamento del Congreso relativa a la imposibilidad que el Poder Ejecutivo pueda plantear cuestiones de confianza asociadas con leyes, este órgano jurisdiccional señaló que es un rasgo de identidad del constitucionalismo peruano todo lo concerniente a la separación de poderes y al régimen político<sup>24</sup>, por lo que el órgano legislativo no estaba autorizado para regular

23 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 00014-2002-PI*, Lima: 21 de enero del 2002, f. j. 75.

24 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 00006-2018-PI*, Lima: 6 de noviembre del 2018, f. j. 49.

aspectos o materias que correspondían ser ejercidas por el Ejecutivo.

De esta manera, el Tribunal Constitucional también toma en cuenta, además de los elementos característicos de cualquier constitución, todos aquellos que se vinculen con la experiencia estrictamente nacional. Ciertamente, la idea de la separación de poderes tiene un importante anclaje en la tradición peruana, ya que, luego de la época del virreinato existió un fundado temor en relación con las facultades que pudiera acumular la persona que, en la naciente república, se encargara de conducir el Poder Ejecutivo. Esto generó un importante vacío de poder, ya que la aversión a la pasada monarquía generó que se articule una fórmula de gobierno en la que el Congreso tuvo, en esencia, la conducción del Estado, lo cual fue considerablemente desfavorable porque aún no se había consolidado la independencia y no existía unidad de mando para poder sellarla<sup>25</sup>.

25 Como se conoce, uno de los grandes dilemas en los inicios de la independencia peruana fue la forma de gobierno a implementar luego de la salida de José de San Martín del territorio nacional. Los temores existentes respecto de las figuras unipersonales generaron que se apruebe la propuesta del clérigo arequipeño Mariano José de Arce, quien propuso que el Congreso absorbiera las facultades del Ejecutivo, ya que ello era indispensable para no perder la independencia y poder dictar libremente la que sería la Constitución peruana de 1823. Uno de los mejores estudiosos de esta figura peruana ha sostenido que este fue “sin duda, el más grave error doctrinario y político del congreso de 1822”. Véase, PORRAS, Raúl, *Los ideólogos de la emancipación*, Lima: Milla Batres, 1974, p. 107.

No sorprende, por ello, que la idea de la clásica separación de poderes haya estado presente a lo largo del desarrollo histórico del constitucionalismo peruano. De hecho, los principales debates a lo largo de las 12 constituciones que ha tenido este país se han centrado en la fórmula adecuada para equilibrar, principalmente, al Ejecutivo y al Legislativo<sup>26</sup>. De esta manera, la estabilidad de las normas fundamentales dependía, en muchas oportunidades, de la forma cómo se articulaban estas atribuciones. En todo caso, es bastante llamativo que, pese a los anuncios independentistas, no se generó un afán masivo por suplantarlo todo el orden previamente creado para reemplazarlo por uno completamente nuevo<sup>27</sup>. Sobre esto, el historiador peruano Jorge BASADRE ha precisado que:

26 No sorprende, en ese sentido, que uno de los constitucionalistas más destacados de la historia peruana haya sostenido que la Constitución de 1828, que fue el primer documento que intentó encontrar un sano balance entre las atribuciones de ambos órganos, era la “madre de las constituciones nacionales”. Este autor sostenía que todas las cartas restantes, “dictadas en 1834, 1839, 1856, 1860, 1867 y 1920, son sus hijas legítimas, más o menos parecidas a la madre común. Son como sucesivas ediciones corregidas, aumentadas o reducidas de un libro original”. Véase, VILLARÁN, Manuel Vicente, *Páginas escogidas*, Lima: Talleres Gráficos P.L Villanueva, 1962, p. 45.

27 Por lo general, no se demostró un abierto afán de ruptura con España en los inicios de la vida independiente. El artículo 121 de la Constitución de 1823 fue categórica al establecer que “[t]odas las leyes anteriores a esta Constitución, que no se opongan al sistema de la independencia, y a los principios que aquí se establecen, quedan en su vigor y fuerza hasta la organización de los Códigos civil, criminal, militar y de comercio”.

La victoria de Ayacucho trajo el vencimiento de los soldados virreinales; pero no de los prejuicios, de las costumbres, de los hábitos virreinales. La revolución fue una realidad militar y política; pero no fue una realidad económica y social. Sucediéronse los motines; pero perduró la feudalidad.<sup>28</sup>

Esto se confirma cuando se advierte que la primera Constitución peruana —que data de 1823— tiene una estructura y redacción bastante similar a la Constitución de Cádiz de 1812<sup>29</sup>.

La influencia española en el desarrollo y cultura de las instituciones peruanas también puede destacarse en uno de los fuertes legados que generó este vínculo, el cual fue el respeto y reconocimiento de la religión católica como la oficial del Estado. Esto pudo advertirse a lo largo de los textos constitucionales del siglo XIX, en muchos de los cuales la religión se establecía como única con la exclusión del ejercicio de cualquier otra. De hecho, la actual Constitución de 1993 no se encarga de establecer una

separación tajante entre el Estado y la Iglesia, ya que se establece, en su artículo 50, que “[d]entro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, y le presta su colaboración”. Esta cláusula ha generado que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no sea indiferente al valor de la religión dentro de la cultura peruana. De este modo, en un caso relativo al cuestionamiento a la presencia de crucifijos al interior de los juzgados, mencionó que

[N]o es extraño sino, más bien, bastante frecuente, que determinadas costumbres de base esencialmente religiosa hayan terminado por consolidarse como parte de la *identidad* que como país nos caracteriza. La presencia, entre otras cosas, de procesiones y festividades en específicas fechas del año o de templos y símbolos religiosos en determinados lugares públicos demuestran palmariamente que de modo paralelo al fervor religioso que les sirve de sustento, se asumen éstos como elementos vivenciales de nuestra propia realidad.<sup>30</sup>

Otro aspecto que suele estar presente en el ideario peruano, y cuya importancia también ha sido resaltada por el Tribunal Constitucional, es el relacionado con el entorno pluriétnico que caracteriza a la sociedad. Al respecto, Sebastián LORENTE —un teólogo y

28 BASADRE, Jorge, *La Iniciación de la República*, t. 1, Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2002, p. 107.

29 En todo caso, también es importante destacar que este no es un punto sobre el cual exista completa coincidencia. Sobre ello, se ha afirmado que “[e]l transplante integral al Perú, de la religión, las instituciones y la cultura hispánica acabó por modelar personalidades nacionales en cada una de las regiones que significativamente se llamaban reinos. Este hecho preterido, consciente o inconsciente, es la causa fundamental y básica y seguramente la más poderosa entre otras, de la emancipación”. Véase, BELAÚNDE, Víctor Andrés, *Peruanidad*, Lima: Ediciones Librería Studium, 1965, p. 285.

30 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 05416-2009-PA*, Lima: 27 de junio del 2011, f. j. 37. Este pronunciamiento fue suscrito por la unanimidad de los integrantes del Tribunal Constitucional.

filósofo español que estuvo una buena parte de tiempo residiendo en Lima, Tarma y Jauja— ha señalado que “[l]a variedad sorprendente de civilización se manifiesta en las diversas formas de gobierno, religión y género de vida, que simultánea o sucesivamente han prevalecido en el Perú”<sup>31</sup>. En efecto, la presencia de variadas tradiciones ha generado la existencia de distintas culturas, muchas de ellas con cosmovisiones diferenciadas del mundo. Eso explica la razón por la que el artículo 17 de la Constitución de 1993 reconoce que es función del Estado fomentar la educación bilingüe e intercultural, según las características de cada zona, y se debe encargarse de preservar las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país. De hecho, en la jurisprudencia del supremo intérprete de la Constitución se puede apreciar que se ha acuñado la expresión “Constitución Multicultural” para justamente reflejar el conjunto de cláusulas de la norma fundamental que resguardan esa forma de entender la sociedad peruana como un rasgo de su identidad<sup>32</sup>.

Ahora bien, y más allá que se hayan resaltado los aspectos que caracterizan a la identidad constitucional peruana, algo bastante llamativo del proceso independentista de este país es que se empezó a generar, también, una identidad o vincu-

culación con lo *americano*. Como refiere el historiador DE LA PUENTE CANDAMO:

A la conciencia y al vínculo peruanos, se añade la conciencia de integrar un género mayor, el género americano. La idea de América como patria grande es elemento muy útil para concluir en el raciocinio nacional. Aquí puede pensarse en la afirmación de Viscardo, el nuevo mundo es nuestra patria y su historia es la nuestra.<sup>33</sup>

De este modo, el elemento de la integración también ha sido parte de los propósitos esenciales de la nación peruana, lo cual se ha podido advertir en distintos pasajes de la historia, aunque no todos con el éxito debido. Sobre ello, se han realizado diversos estudios que intentan perfilar una identidad en América Latina<sup>34</sup>, dentro de los cuales también se pueden apreciar algunos vinculados con el derecho<sup>35</sup>. Y, aunque las

31 LORENTE, Sebastián, *Escritos fundacionales de la historia peruana*, Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2005, p. 294.

32 Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 02765-2014-PA*, Lima: 6 de junio del 2017, f. j. 15.

33 También añadiré que “[l]a preocupación por el tema peruano es una consecuencia muy clara del afecto a la propia casta. La geografía, la historia, las costumbres, aparecen frecuentes en diversas exposiciones. Existe un afán muy claro por defender la verdadera realidad de lo peruano frente a errores antes repetidos”. Véase, DE LA PUENTE CANDAMO, Jorge, *Notas sobre la causa de la independencia del Perú*, Lima: Sesquicentenario de la Independencia Nacional, 1971, p. 91.

34 Véase, MARTÍNEZ ESTRADA, Ezequiel, *Diferencias y semejanzas entre los países de la América Latina*, Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1962.

35 Véase, PAMPILLO BALIÑO, Juan Pablo, *Hacia un nuevo Ius Commune Americano*, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2012; VON BOGDANDY, Armin; Mariela MORALES, y Eduardo, FERRER MAC-GREGOR (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina*.

entidades supranacionales en América Latina no se encuentran en una situación similar a la existente en la Unión Europea, lo cierto es que estos esfuerzos integracionistas existen. Ya en 1965, el jurista Victor Andrés Belaúnde, al mencionar los aportes del Perú al Derecho Internacional, indicó que uno de ellos era “[l]a solidaridad continental en virtud de la cual la agresión a cualquier país americano debe ser considerada como una agresión a todos ellos”<sup>36</sup>.

Independientemente de lo hasta aquí expuesto, es interesante añadir que el Tribunal Constitucional parece también remitirse a elementos *extra constitutionem*, ya que indica que no pueden ser objeto de cuestión de confianza los principios que se encuentran consolidados en la república peruana. Sobre esto último, es importante precisar que no es la primera vez que el Tribunal Constitucional, al interpretar la norma fundamental, se remite a esta clase de elementos. En la decisión en la que declaró la inconstitucionalidad del artículo del Reglamento del Congreso que prohibía el transfuguismo en los grupos parlamentarios, dicho órgano precisó que el gobierno popular y representativo formaba parte de la *Constitución Histórica*.

Para ello, el supremo intérprete de la norma fundamental remontó su análisis hasta lo dispuesto en la Constitución

de 1823 y en las Bases de la Constitución Política de la República Peruana, documento que fue aprobado en 1822<sup>37</sup>. Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre con el bloque de constitucionalidad en el marco de la Constitución francesa de 1958, no existe propiamente alguna norma que habilite a examinar documentos constitucionales previos. Sin embargo, esta vuelta a la historia puede encontrar sustento en el preámbulo de la Constitución de 1993, el cual recuerda el sacrificio de todas las generaciones precedentes que contribuyeron a la forja de la patria.

Se puede apreciar, de todo lo expuesto, que el Tribunal Constitucional peruano no solo ha reconocido la idea de los elementos esenciales de cualquier norma fundamental, sino que también le ha dado un sustrato estrictamente nacional a la idea de identidad constitucional, la cual le ha permitido enfatizar distintos tópicos que forman parte de nuestra vida republicana y que, por lo general, están fuertemente anclados en la historia.

El desarrollo de este concepto le ha permitido ejercer tres funciones al Tribunal: i) emplearla como un límite al proceso de reforma constitucional; ii) otorgar una tutela reforzada a los bienes y/o derechos que se encuentran tras ella; iii) identificar las materias que no pueden ser sometidas a cuestión de confianza.

*Textos Básicos para su comprensión*, Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017.

36 BELAÚNDE, *Peruanidad*, ob. cit., p. 407.

37 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 00006-2017-PI*, Lima: 29 de agosto del 2017, f. j. 12.

En relación con el primer aspecto, es consolidada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional relativa a su competencia para conocer de demandas de inconstitucionalidad en contra de leyes de reforma de la norma fundamental. Una de las sentencias más relevantes en este punto es la STC 00014-2002-PI, en la cual el Colegio de Abogados del Cusco cuestionaba la validez de la Ley N.º 27600, ya que, según sostenía este órgano, habilitaba al Congreso de la República para arrogarse atribuciones propias del poder constituyente al estar iniciando dicho acto legislativo un proceso de reforma total de la Constitución. Al examinar su competencia para conocer el caso, el órgano jurisdiccional precisó que una de las funciones que le corresponde es velar porque las leyes de reforma no afecten los límites materiales de la norma fundamental, los cuales están referidos “a la presencia de parámetros de identidad o esencia constitucional inmunes a toda posibilidad de reforma”<sup>38</sup>. Esta línea jurisprudencial se ha mantenido y, de manera reciente, el Tribunal confirmó la constitucionalidad de una ley de reforma que prohibía la reelección de los alcaldes, al entender que esta modificación no suponía una vulneración del derecho a la participación política<sup>39</sup>.

Respecto de la segunda función del concepto de identidad constitucional

en el ordenamiento peruano, es posible advertir que ella ha permitido que el Tribunal brinde una especial protección a aquellos elementos que resaltan el ideario nacional. En efecto, se pudo apreciar con anterioridad que el supremo intérprete de la norma fundamental suele otorgarle un importante peso a cuestiones como la identidad cultural o el respeto a las tradiciones religiosas, lo cual obedece a la composición marcadamente pluriétnica que caracteriza a la sociedad peruana. Ahora bien, y sin perjuicio de ello, es llamativo que el Tribunal haya indicado que uno de esos valores fundamentales —y que incluso permite controlar la validez constitucional de leyes de reforma— sea el modelo de la economía social de mercado<sup>40</sup>.

Finalmente, la identidad constitucional también ha permitido al Tribunal establecer límites respecto de lo que puede ser objeto de un pedido en una cuestión de confianza. Este punto ya fue abordado *supra*, pero es importante efectuar unas consideraciones adicionales. Ya se había destacado que se había estimado viable el asociar pedidos de confianza con proyectos de ley, y quedó abierta la pregunta respecto de los que serían propuestas de reforma constitucional. Ahora bien, aunque ciertamente no existieron los suficientes votos para examinar esta problemática, lo cierto es que, al restringir estas solicitudes

38 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 00014-2002-PI*, Lima: 21 de enero del 2002, f. j. 74.

39 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 00008-2018-PI*, Lima: 4 de octubre del 2018.

40 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 00050-2004-PI*, Lima: 3 de junio del 2005, f. j. 35.



únicamente a la parte *esencial* de la Constitución, el supremo intérprete da a entender, al menos de manera implícita, que sí se podría hacer esta clase de vinculaciones, al menos en relación con los proyectos que abordan aspectos *no esenciales* de la norma fundamental.

También se había mencionado que, para la Comisión de Venecia, esta posibilidad era inusual en el derecho comparado. En todo caso, no debe leerse de manera aislada este extremo de la decisión, ya que el Tribunal desarrolló una serie de cuestiones importantes para entender que no se trata de un asunto en el que el Poder Ejecutivo pueda imponerse. En efecto, la sentencia, en primer lugar, reafirma su competencia para conocer de conflictos competenciales en caso se advierta que se ha obrado incumpliendo los límites fijados a la cuestión de confianza.

De hecho, debe destacarse que existe un doble filtro: por un lado, el control que puede ejercer el propio Congreso de la República, el cual está también facultado para interpretar la Constitución y puede decidir si es que una cuestión de confianza está vinculada con una materia prohibida; y, por otro lado, también esta clase de situaciones pueden ser de conocimiento del Tribunal Constitucional a través del proceso competencial, por lo que no se trata de un asunto que pueda ser calificado como de *political questions*.

En este mismo sentido, la sentencia precisa que el Poder Ejecutivo no puede

hacer un uso reiterado o abusivo de la cuestión de confianza, lo cual invita a suponer que un uso desmedido de esta atribución también será objeto de conocimiento por parte del Tribunal. A esto debe añadirse el siempre importante filtro de la opinión pública, la cual puede percibir si es que exista alguna vocación autoritaria por parte del jefe de Estado. Curiosamente, el texto constitucional de 1993 —aprobado luego del autogolpe de Estado de Alberto Fujimori Fujimori— es uno de los que más tiempo ha regido en la historia republicana del Perú, y ello obedece, entre tantas cosas, a que el supremo intérprete de la norma fundamental ha desarrollado jurisprudencia que no solo ha velado por el adecuado resguardo de los derechos de la persona, sino que, además, se ha preocupado recientemente por el frecuentemente inexplorado terreno de la parte orgánica de la Constitución. La mayoría de intentos de reforma total o de convocatoria a alguna asamblea constituyente no han prosperado, pese a que se trata de algo que no es del completo desagrado de la ciudadanía, y ello puede obedecer a que, en el fondo, la clase política siente que en la Constitución de 1993 no se encuentran barreras o restricciones que puedan impedir la implementación de planes o medidas en beneficio de la colectividad.

#### IV. Conclusiones

El concepto de identidad constitucional ha cumplido en el derecho comparado dos funciones principales: i) la de servir como límite al proceso de

reforma constitucional; y, ii) presentarse como límite a los procesos de integración. Su contenido, en consecuencia, se encuentra estrechamente vinculado a aquello que no puede ser alterado por el poder reformador.

En el caso peruano, esta noción se ha empleado, además, para establecer aquellas cuestiones que no pueden ser objeto de alguna alteración a través de una cuestión de confianza por el Poder Ejecutivo. Del mismo modo, nuestro Tribunal Constitucional acude a esta noción para resaltar la necesidad de tutelar alguna institución o bien en particular. Sin embargo, y pese a lo multifacético que resulta ser este concepto en nuestro ordenamiento, no han existido muchos estudios que se hayan dedicado a profundizar su contenido y alcances. En ese sentido, esta investigación pretende ser una primera aproximación que permita coadyuvar a precisar su verdadero significado.

## V. Bibliografía

- ABBOT, Everett, “Inalienable rights and the Eighteenth Amendment”, en *Columbia Law Review*, vol. 20, n.º 2, New York: 1920.
- AGUILÓ, Josep, “Sobre la Constitución del Estado constitucional”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 24, Alicante: 2001.
- ATILGAN, Aydin, *Global Constitutionalism*, Berlin: Springer, 2018.
- BASADRE, Jorge, *La Iniciación de la República*, t. 1, Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2002.
- BELAÚNDE, Víctor Andrés, *Peruanidad*, Lima: Ediciones Librería Studium, 1965.
- CLEVES, Gar, “El control material de las reformas constitucionales mediante acto legislativo a partir de la jurisprudencia establecida en la Sentencia C-551 de 2003”, en *Revista Derecho del Estado*, n.º 18, Bogotá: 2006.
- DE LA PUENTE CANDAMO, Jorge, *Notas sobre la causa de la independencia del Perú*, Lima: Sesquicentenario de la Independencia Nacional, 1971.
- DHAVAN, R., “The basic structure doctrine – A footnote comment”, en DHAVAN, R. y Alice JACOB, (eds.), *Indian Constitution. Issues and Trends*, Nueva Delhi: Indian Law Institute, 1978.
- EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENECIA COMMISSION), *Perú. Opinion on linking constitutional amendments to the question on confidence*, 2019.
- FARAGUNA, Pietro, “Taking Constitutional Identities Away from the Courts”, en *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 41, n.º 2, New York: 2016.
- FERRERES COMELLA, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.
- GHANDI, Pathik, “Basic Structure and Ordinary Laws (Analysis of the Election Case & The Coelho Case)”, en *Indian Journal of Constitutional Law*, vol. 4, n.º. 1, Telangana: 20108.
- GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Teoría de la Constitución*, Madrid: Dykinson, 2004.
- GONZÁLEZ CASANOVA, José Antonio, “La idea de Constitución en Karl Loewenstein”, en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 139, Madrid: 1965.
- HARD, William, “The Spirit of the Constitution”, en *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 185, Philadelphia: 1936.
- HIRSCHL, Ran, *Asuntos comparativos. El renacimiento del derecho constitucional comparado*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019.
- JENKS, C., *El derecho común de la humanidad*, Madrid: Tecnos, 1968.
- JACOBSON, Gary, “An unconstitutional constitution? A comparative perspective”, en

- International Journal of Constitutional Law*, vol. 4, n.º 3, New York: 2006, p. 487.
- JACOBSON, Gary, “Constitutional identity”, en *The Review of Politics*, n.º 68, Cambridge: 2006.
- KUMM, Matthias, “Constituent power, boundaries and identity: On the justificatory depth of constitutionalism – A rejoinder to Neil Walker”, en *International Journal of Constitutional Law*, vol. 14, n.º 4, New York: 1996
- LORENTE, Sebastián, *Escritos fundacionales de la historia peruana*, Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2005.
- MARBURY, William, “The limitations upon the Amending Power”, en *Harvard Law Review*, vol. 33, n.º 2, Massachusetts: 1919.
- MARTÍNEZ ESTRADA, Ezequiel, *Diferencias y semejanzas entre los países de la América Latina*, Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1962.
- PAMPILLO BALIÑO, Juan Pablo, *Hacia un nuevo Ius Commune Americano*, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2012.
- PEGORARO, Lucio, *Teoría y modelos de la comparación. Ensayos de derecho constitucional comparado*, Santiago de Chile: Olejnik, 2017.
- PEGORARO, Lucio, “Constitucionalización del derecho y Cultura Constitucional”, en *Revista de Derecho Político*, n.º 104, Madrid: 2019.
- PETERS, Anne, “The Globalization of State Constitutions”, NIJMAN, J., y NOLLKAEMPER, A. (eds.), en *New perspectives on the divide between national & international law*, Nueva York: 2007.
- PORRAS, Raúl, *Los ideólogos de la emancipación*, Lima: Milla Batres, 1974.
- ROZNAI, Yaniv y Suzie NAVOT, “From Supra-Constitutional Principles to the Misuse of Constituent Power in Israel”, en *European Journal of Law Reform*, vol. 21, n.º 3, Carolina del Norte: 2019.
- VILLARÁN, Manuel Vicente, *Páginas escogidas*, Lima: Talleres Gráficos P.L Villanueva, 1962.
- VON BOGDANDY, Armin; Mariela MORALES, y Eduardo, FERRER MAC-GREGOR (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos Básicos para su comprensión*, Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 0006-2019-CC*, Lima: 29 de octubre del 2019.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 00006-2017-PI*, Lima: 29 de agosto del 2017.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 00006-2018-PI*, Lima: 6 de noviembre del 2018.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 00008-2018-PI*, Lima: 4 de octubre del 2018.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 00014-2002-PI*, Lima: 21 de enero del 2002.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 00050-2004-PI*, Lima: 3 de junio del 2005.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 02765-2014-PA*, Lima: 6 de junio del 2017.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 05416-2009-PA*, Lima: 27 de junio del 2011.



# EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTESTA EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL PERUANA Y SU RELACIÓN CON EL PENSAMIENTO DE ROBERTO GARGARELLA

Rafael Rodríguez Campos\*

**SUMARIO:** I. Introducción.— II. El derecho a la protesta en la jurisprudencia constitucional peruana.— 1. ¿Tiene sustento constitucional directo el invocado derecho fundamental a la protesta?— 1.1. ¿Cómo se reconocen nuevos derechos fundamentales?— 1.2. ¿Cómo conceptualizamos al derecho fundamental a la protesta en el marco del Estado democrático de derecho?— 1.3. ¿Cuál es el contenido y alcances del derecho fundamental a la protesta?— 1.4. ¿Se vulneró el derecho fundamental a la protesta?— III. El derecho a la protesta en el pensamiento de Roberto Gargarella: una mirada constitucional y política.— 1. Aproximaciones.— 2. Afirmaciones.— IV. Apunte final.

## I. Introducción

El Tribunal Constitucional del Perú (en adelante, Tribunal), acaba de reconocer, en el Expediente N.º 0009-2018-PI/TC, un nuevo derecho fundamental: “el derecho fundamental a la protesta”.

Al respecto, resulta necesario recordar que el Colegio de Abogados de Puno, con fecha 19 de abril del 2018, presentó una demanda de inconstitucionalidad cuestionando parcialmente el artículo único del Decreto Legislativo

---

\* Rafael Rodríguez Campos es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Cuenta con un Título de Post Grado y estudios de maestría en Ciencia Política y Gobierno en la Escuela de Gobierno y Políticas Públicas de la PUCP. Cuenta con un Título de Especialista en Justicia Constitucional, Interpretación y Aplicación de la Constitución en la Universidad Castilla – La Mancha (Toledo – España). Es Maestro en Derecho Constitucional por la Universidad Castilla – La Mancha (Toledo-España). Es miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

N.º 1237 que modificó el artículo 200 del Código Penal, publicado el 26 de setiembre de 2015 en el diario oficial *El Peruano*<sup>1</sup>.

1 Artículo 200.- Extorsión El que mediante violencia o amenaza obliga a una persona o a una institución pública o privada a otorgar al agente o a un tercero una ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier otra índole, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años.

La misma pena se aplicará al que, con la finalidad de contribuir a la comisión del delito de extorsión, suministra información que haya conocido por razón o con ocasión de sus funciones, cargo u oficio o proporciona deliberadamente los medios para la perpetración del delito.

El que mediante violencia o amenaza, toma locales, obstaculiza vías de comunicación o impide el libre tránsito de la ciudadanía o perturba el normal funcionamiento de los servicios públicos o la ejecución de obras legalmente autorizadas, con el objeto de obtener de las autoridades cualquier beneficio o ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier otra índole, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.

El funcionario público con poder de decisión o el que desempeña cargo de confianza o de dirección que, contraviniendo lo establecido en el artículo 42 de la Constitución Política del Perú, participe en una huelga con el objeto de obtener para sí o para terceros cualquier beneficio o ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier otra índole, será sancionado con inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.

La pena será no menor de quince ni mayor de veinticinco años e inhabilitación conforme a los numerales 4 y 6 del artículo 36, si la violencia o amenaza es cometida:

- a) A mano armada, o utilizando artefactos explosivos o incendiarios.
- b) Participando dos o más personas; o,
- c) Contra el propietario, responsable o

Del mismo modo, es pertinente advertir que el Tribunal, en este caso, se pronunció sobre todos los presuntos vicios de inconstitucionalidad de la disposición antes referida, es decir, la eventual vulneración de principios y derechos fundamentales invocados en

contratista de la ejecución de una obra de construcción civil pública o privada, o de cualquier modo, impidiendo, perturbando, atentando o afectando la ejecución de la misma.

- d) Aprovechando su condición de integrante de un sindicato de construcción civil.
- e) Simulando ser trabajador de construcción civil.

Si el agente con la finalidad de obtener una ventaja económica indebida o de cualquier otra índole, mantiene en rehén a una persona, la pena será no menor de veinte ni mayor de treinta años.

La pena será privativa de libertad no menor de treinta años, cuando en el supuesto previsto en el párrafo anterior:

- a) Dura más de veinticuatro horas.
- b) Se emplea crueldad contra el rehén.
- c) El agraviado ejerce función pública o privada o es representante diplomático.
- d) El rehén adolece de enfermedad grave.
- e) Es cometido por dos o más personas.
- f) Se causa lesiones leves a la víctima. La pena prevista en el párrafo anterior se impone al agente que, para conseguir sus cometidos extorsivos, usa armas de fuego o artefactos explosivos.

La pena será de cadena perpetua cuando:

- a) El rehén es menor de edad o mayor de setenta años.
- b) El rehén es persona con discapacidad y el agente se aprovecha de esta circunstancia.
- c) Si la víctima resulta con lesiones graves o muere durante o como consecuencia de dicho acto.
- d) El agente se vale de menores de edad.

la demanda, tales como el principio de legalidad, *el derecho a la protesta*, la libertad de reunión, la libertad de expresión, la libertad de conciencia, el derecho a la participación política y el derecho de petición, en los que habría incurrido el Poder Ejecutivo al expedir el Decreto Legislativo N.º 1237, publicado el 26 de setiembre del 2015 en el diario oficial *El Peruano*, cuyo artículo único modifica, entre otros, el artículo 200 del Código Penal.

No obstante ello, debido a la importancia que tiene para el ordenamiento jurídico el reconocimiento de un nuevo derecho fundamental, considero oportuno dar a conocer lo que el Tribunal ha dicho al respecto, y completar nuestra reflexión relacionando lo expuesto por el colegiado con lo que en la doctrina comparada ha expuesto el profesor argentino Roberto Gargarella, reconocido a nivel regional, como uno de los académicos que más conoce sobre esta materia.

## II. El derecho a la protesta en la jurisprudencia del tribunal constitucional

Al respecto, considero necesario precisar que, siguiendo la estructura y línea de argumentación del Tribunal, advierto que nuestro análisis (en este punto) buscará dar respuesta a una pregunta principal: ¿Tiene sustento constitucional directo el invocado Derecho Fundamental a la Protesta? La misma que será resuelta dando respuesta a cuatro sub preguntas: 1) ¿Cómo se reco-

nocen nuevos derechos fundamentales?, 2) ¿Cómo conceptualizamos al Derecho Fundamental a la Protesta en el marco del Estado Democrático de Derecho?, 3) ¿Cuál es el contenido y alcances del Derecho Fundamental a la Protesta?; y 4) ¿Se vulneró el Derecho Fundamental a la Protesta?

### 1. ¿Tiene sustento constitucional directo el invocado derecho fundamental a la protesta?

Sobre el particular, el Tribunal ha señalado lo siguiente:

Con relación a esto, debe tenerse presente que este Tribunal se ha pronunciado sobre los alcances de la noción de “sustento constitucional directo”. En ese sentido, sobre dicha noción, este Colegiado ha resuelto en la Sentencia N.º 1417- 2005-PA/TC lo siguiente:

Un derecho tiene sustento constitucional directo, cuando la Constitución ha reconocido, explícita o implícitamente, un marco de referencia que delimita nominalmente el bien jurídico susceptible de protección. Es decir, existe un baremo de delimitación de ese marco garantista, que transita desde la delimitación más abierta a la más precisa.

Correspondiendo un mayor o menor desarrollo legislativo, en función de la opción legislativa de desarrollar los derechos fundamentales establecidos por el constituyente.<sup>2</sup> [*Énfasis agregado*]

2 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 1417-2005-PA/TC*, Lima: 8 de julio del 2005, f. j. 10.

Indicado ello, corresponde preguntar si de la Norma Fundamental se desprende un marco de referencia que delimita nominalmente el bien jurídico susceptible de protección en el caso de la protesta. Dicho marco de referencia alude a los principios incorporados en el artículo 3 de la Constitución, cuya fuerza normativa exige, de corresponder, el reconocimiento de nuevos derechos fundamentales derivados de aquellos, en los términos desarrollados por la jurisprudencia de este Tribunal<sup>3</sup>.

### 1.1. ¿Cómo se reconocen nuevos derechos fundamentales?

Sobre este punto, el Tribunal ha señalado lo siguiente:

Es oportuno explicitar en qué casos corresponde que este Tribunal reconozca un nuevo derecho fundamental, distinto a un contenido implícito o nuevo de los derechos fundamentales expresamente reconocidos en el texto constitucional:

Cuando se aplique la cláusula reconocida en el artículo 3 de la Constitución bajo las condiciones establecidas por este Tribunal, esto es, que no sea posible deducir el derecho como contenido implícito, nuevo o adicional de un derecho ya reconocido.

En dicho supuesto, resulta medular la identificación de una relación cierta, directa e indesligable entre la posición de derecho fundamental a reconocer o derecho fundamental *en sentido estricto*, esto es, entre los concretos atributos que serían exigibles por los titulares del derecho al destinatario de la norma o normas deducidas, y alguno de

los siguientes principios: dignidad humana (artículo 1), Estado social y democrático de derecho (artículos 3 y 43), soberanía popular (artículo 45), supremacía constitucional y jerarquía normativa (artículo 51) así como la forma republicana de gobierno; ello, evidentemente, no excluye una eventual relación igualmente directa e indesligable con otros principios constitucionales como la igualdad, el pluralismo, la tolerancia, entre otros principios dimanantes del orden público constitucional.

En todos los casos, los derechos a reconocer deben constituir atributos fundamentales de la persona, de gran relevancia constitucional y cuyo no reconocimiento y garantía conlleve a un estado de cosas intolerable para el orden público constitucional.

Explicado lo anterior, y en lo que respecta a la determinación de la inconstitucionalidad por el fondo del artículo 200 del Código Penal, modificado por el artículo único del Decreto Legislativo 1237, este Tribunal, en primer término, debe verificar si, a la luz de las opciones valorativas reconocidas por nuestro ordenamiento constitucional, puede o no hablarse de un derecho constitucional a la protesta, y si tras su eventual vulneración o amenaza, le asiste la protección constitucional que se otorga al resto de atributos y libertades expresamente reconocidas por la Constitución.<sup>4</sup>

### 1.2. ¿Cómo conceptualizamos al derecho fundamental a la protesta en el marco del Estado democrático de derecho?

Sobre este punto, el Tribunal ha señalado lo siguiente:

3 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 0009-2018-PI/TC*, Lima: 25 de julio del 2018, ff. jj. 52-54.

4 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 0009-2018-PI/TC*, Lima: 25 de julio del 2018, ff. jj. 65-67.



Este Tribunal considera que, cualquiera que sea la concepción que los poderes públicos y, en especial, el legislador y los jueces tengan en torno a la protesta social, esta última es indesligable de las exigencias, límites y alcances de la democracia en un Estado constitucional de derecho y, en concreto, de los términos en que ha sido establecido el principio democrático en la Constitución Política del Perú de 1993, aspecto sobre el cual este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse con anterioridad. [...]

Ahora bien, conviene recordar que en la Sentencia N.º 0006-2017-PI/TC, fundamento 2, este Tribunal ha sostenido que la democracia representativa rige nuestro sistema constitucional, y se encuentra prevista en el artículo 45 de la Constitución, según el cual “el poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen”. Sin embargo, también es cierto que la democracia representativa puede atravesar por crisis donde se ponga en cuestionamiento la capacidad de los representantes para expresar la voluntad real y auténtica de los representados. Precisamente, en dichos contextos de crisis, adquiere mayor relevancia el reconocimiento y garantía de la protesta con fines legítimos y en el marco de la legalidad imperante, siempre que esta última sea conforme a la Constitución, por cuanto en tal entendido dicha protesta, con tales características, constituirá una genuina expresión de la soberanía popular (artículo 45 de la Constitución).

Pero, además de ello, la protesta se erige también como un auténtico mecanismo de expresión y eventual reivindicación de las minorías que no logran ser representadas en los ámbitos institucionales a los que solo acceden legítima y legalmente las mayorías, de forma tal que la omisión, en cuanto a su reconocimiento y garantía desde el Estado, no solo menoscabaría profundamente

las posibilidades reales de presentar sus demandas a quien corresponda, siempre que estas sean legítimas y legales de acuerdo al orden público constitucional, sino también que dicha omisión contravendría un principio basilar del Estado peruano, de acuerdo con la Constitución Política de 1993, como es el pluralismo, en sus manifestaciones política, ideológica, de pensamiento y creencias.

En el marco de tales consideraciones, este Tribunal considera que, a la luz de las opciones valorativas reconocidas por nuestro ordenamiento constitucional, entre las que destaca como prisma fundamental el principio democrático y su plasmación jurídica en la Constitución como marco garantista, lo que debe extenderse también a contextos de cambio y crisis de la representación, resulta una exigencia del orden público constitucional el reconocimiento del derecho a la protesta como derecho fundamental, derecho que asiste a toda persona que mantiene una posición crítica frente al poder, sea este último público o privado, todo ello sobre la base de aspiraciones legítimas de quienes protestan y siempre que se respete la legalidad conforme al orden fundamental. Y es que la expresión de la crítica pública en democracia, así como el proceso de su elaboración y la construcción del pensamiento crítico son fundamentales para la comunidad política.

Así las cosas, la utilización de la fórmula de individualización permitiría legitimar la existencia de un derecho a la protesta en calidad de atributo fundamental no enumerado. Su reconocimiento se encontraría ligado directamente a un principio fundamental e identitario del Estado peruano bajo la Constitución Política del Perú de 1993, como es el principio democrático, en consonancia con otro principio igualmente fundamental, como es el de supremacía constitucional, que le sirve de marco de actuación, pero, especialmente, como fuente de legitimidad.

Por lo expuesto, cabe sostener que, tras la eventual vulneración o amenaza de vulneración del derecho fundamental a la protesta, le asiste la protección constitucional institucional y procesal (de conformidad con el artículo 37 del Código Procesal Constitucional) que la Norma Fundamental otorga al resto de atributos y libertades expresamente reconocidas por ella.<sup>56</sup>

### 1.3. ¿Cuál es el contenido y alcances del derecho fundamental a la protesta?

Sobre este punto, el Tribunal ha señalado lo siguiente:

#### 1.3.1. Naturaleza

En cuanto a la naturaleza de este derecho, este Tribunal considera que se trata de un derecho relacional de libertad y que, como tal, implica la no injerencia del Estado en su ejercicio o realización.

No obstante, los diversos derechos fundamentales demandan del Estado

---

5 *Artículo 37.- Derechos protegidos*  
El amparo procede en defensa de los siguientes derechos:

- 1) De igualdad y de no ser discriminado por razón de origen, sexo, raza, orientación sexual, religión, opinión, condición económica, social, idioma, o de cualquier otra índole;
- 2) Del ejercicio público de cualquier confesión religiosa;
- 3) De información, opinión y expresión; [...]
- 25) Los demás que la Constitución reconoce.

6 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 0009-2018-PI/TC*, Lima: 25 de julio del 2018, ff. jj. 68-76 (Síntesis).

distintos deberes, más allá de la sola no injerencia o interferencia, lo que también se aprecia en el caso del derecho fundamental a la protesta, como es el caso del deber de protección del derecho ante la obstaculización proveniente de terceros, el deber de promover las condiciones para resolver los conflictos, en la medida de lo posible, a través de los canales institucionales existentes, y, eventualmente, el deber de reparar el derecho ante su violación<sup>7</sup>.

#### 1.3.2. Titularidad

En cuanto a su titularidad, este derecho asiste, en principio, a toda persona, sin que quepa condicionar el reconocimiento del mismo por los motivos prohibidos establecidos de conformidad con el artículo 2 inciso 2 de la Constitución Política de 1993, esto es, de origen, edad, opinión, etc.

Sin embargo, este Tribunal considera que al igual que en el caso de la limitación de los derechos a la sindicación y a la huelga realizada en el artículo 42 y 153 de la Constitución, en lo que respecta a la titularidad del derecho fundamental a la protesta que asiste a los servidores públicos, no se encuentran comprendidos los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza o de dirección, así como los jueces y fiscales, los miembros de las Fuerzas Armadas

---

7 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 0009-2018-PI/TC*, Lima: 25 de julio del 2018, ff. jj. 78 y 79.

y de la Policía Nacional, en atención básicamente al carácter esencial de los servicios que prestan<sup>8</sup>.

### 1.3.3. Contenido Constitucionalmente protegido

Con relación a su contenido constitucionalmente protegido, este derecho comprende la facultad de cuestionar, de manera temporal o periódica, esporádica o continua, a través del espacio público o a través de medios de difusión (materiales, eléctricos, electrónicos, virtuales y/o tecnológicos), de manera individual o colectiva, los hechos, situaciones, disposiciones o medidas (incluso normativas) por razones de tipo político, económico, social, laboral, ambiental, cultural, ideológico o de cualquier otra índole, que establezcan los poderes públicos o privados, con el objeto de obtener un cambio del *status quo* a nivel local, regional, nacional, internacional o global, siempre que ello se realice sobre la base de un fin legítimo según el orden público constitucional, y que en el ejercicio de la protesta se respete la legalidad que sea conforme con la Constitución<sup>9</sup>.

### 1.3.4. Límites

En principio, este derecho fundamental no ampara el uso de la violencia como fin o mecanismo de la protesta,

como tampoco el uso de armas ni la promoción de la discriminación por los motivos prohibidos en el artículo 2 inciso de la Constitución o por motivos de cualquier otra índole.

Una cosa distinta es que durante la realización de protestas se desarrollen hechos de violencia. Los autores de los desmanes, actos violentos o delitos deben ser sancionados sin reprimir indiscriminadamente a todos los que participan de la protesta por cuanto la responsabilidad penal es individual y la participación en actos o manifestaciones de protesta constituye un derecho, aun cuando sus pretensiones, reivindicaciones o consignas pudieran resultar profundamente cáusticas o desagradables para otros sectores.

Por lo demás, toda regulación y eventual limitación del derecho fundamental a la protesta se deberá hacer a través de una ley en sentido formal o, en su defecto, por medio de una norma que satisfaga la reserva de acto legislativo, garantizando de este modo los principios de generalidad e igualdad de trato. Y es que, como se sostuvo en la Sentencia N.º 0005-2013-PI/TC, fundamento 13:

[C]ualquier regulación que importe una restricción en los derechos fundamentales debe ser llevada a cabo a través de una norma general y no de fuentes de igual jerarquía que no cumplan los requisitos de aquella, o de normas de inferior jerarquía.<sup>10</sup>

8 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 0009-2018-PI/TC*, Lima: 25 de julio del 2018, ff. jj. 80 y 81.

9 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 0009-2018-PI/TC*, Lima: 25 de julio del 2018, f. j. 82.

10 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 0009-2018-PI/TC*, Lima: 25 de julio del 2018, ff. jj. 84-86.

### 1.3.5. Relación con otros derechos fundamentales

Además, en lo que respecta a su relación con otros derechos fundamentales, este Tribunal advierte que el ejercicio del derecho a la protesta suele ser conexo al ejercicio de otras libertades iusfundamentales, como es el caso de las libertades de opinión, expresión, y difusión del pensamiento, el derecho a huelga, la libertad de tránsito y el derecho de reunión.

Sin embargo, pese a que el ejercicio del derecho a la protesta suele vincularse con el ejercicio de los citados derechos fundamentales, no se confunde con ellos por cuanto protege todas aquellas situaciones, independientemente de que eventualmente puedan además resultar amparadas o no de manera concurrente por tales derechos, en las que se haga o busque hacer público un cuestionamiento de tipo político, económico, social, cultural, laboral, ambiental o de cualquier otra índole, amparados por la Constitución en sentido material, motivado por un *animus* identificable de cambio del estado de cosas imperante, a nivel local, regional, nacional, internacional o global, al margen de si ello se hace individual o colectivamente y de los medios o espacios que se utilizan, siempre que el fin sea legítimo y se respete la legalidad conforme al orden constitucional, quedando fuera del ámbito de protección de este derecho la incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia.

Por ejemplo, cuando un grupo de personas ocupan una plaza pública con fines sociales o recreativos, ello no involucra el ejercicio del derecho a la protesta. Asimismo, se puede ejercer este derecho fundamental a título individual a través de medios virtuales, sin que ello conlleve al ejercicio del derecho fundamental de reunión, derecho que, además, se ejerce colectivamente. En resumen, pueden existir reuniones sin protesta y protesta sin reunión.

En todo caso, cuando se trate de un ejercicio concurrente con otros derechos fundamentales, se deberá también respetar los límites de estos últimos. Por ejemplo, si el ejercicio del derecho a la protesta se manifiesta a través del derecho de reunión en un caso concreto, la protección constitucional de dicho ejercicio tendrá como límite los límites expresos e implícitos de este segundo derecho en cada caso concreto, para lo cual es fundamental tener como pauta lo desarrollado por este Tribunal al respecto. En este último caso —cuando operan los límites implícitos—, la ponderación de derechos fundamentales en colisión deberá considerar todos los derechos que se encuentran en juego, incluyendo evidentemente el derecho a la protesta, de manera que, junto a este último, concurrirán los demás derechos fundamentales concernidos, a efectos de evaluar si una limitación resulta razonable y proporcional<sup>11</sup>.

11 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 0009-2018-PI/TC*, Lima: 25 de julio del 2018, ff. jj. 89-82.

### 1.3.6. Uso de la fuerza y violencia

Sin perjuicio de lo anterior, corresponde reiterar que cuando una protesta exceda sus límites constitucionales el Estado puede y debe legítimamente restablecer el orden interno, siempre que respete la Constitución, en sentido formal y material.

Al respecto, cabe recordar que este Tribunal ha sostenido lo siguiente:

En un supuesto de normalidad constitucional es la Policía Nacional la que tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden; mientras que, en uno de anormalidad constitucional, esto es, bajo un estado de emergencia, tales tareas (y no otras) son las que pueden confiarse a las Fuerzas Armadas, cuando así lo hubiese dispuesto el Presidente de la República y, por lo mismo, de forma excepcional.<sup>12</sup> [*Énfasis agregado*]

Ahora bien, en la medida en que la sola posibilidad de que se autorice el uso de la fuerza implica la facultad de restringir determinados derechos, incluyendo el derecho a la protesta y derechos conexos, el despliegue que se haga de aquel debe ser, en todos los casos, conforme a la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos. Esto es, debe ejercerse de manera estrictamente necesaria y proporcional, lo cual implica distinguir entre quienes protestan pacíficamente o cuya finalidad no es la violencia en sí

misma y no emplean medios violentos, y aquellos que deliberada e injustificadamente incurrir en actos amenazas de violencia durante una protesta.

En todo caso, este Tribunal considera que la sola ocurrencia de hechos aislados de violencia, que deben ser sancionados de conformidad con el orden jurídico constitucional vigente mediante medidas razonables y proporcionadas, no quiebra la legitimidad y legalidad de una protesta siempre que esta responda a los parámetros establecidos anteriormente<sup>13</sup>.

### 1.4. ¿Se vulneró el derecho fundamental a la protesta?

En el presente caso, este Tribunal advierte que la disposición sometida a control de constitucionalidad no penaliza la sola toma de locales, la sola obstaculización de vías de comunicación, el solo impedimento del libre tránsito de la ciudadanía, la sola perturbación del normal funcionamiento de los servicios públicos o de la ejecución de obras legalmente autorizadas, sino la realización de cualquiera de estas conductas mediante violencia o amenaza con el objeto de obtener cualquier beneficio o ventaja económica u otra ventaja de cualquier otra índole que sean indebidos, sin perjuicio de las conductas criminalizadas por el legislador en el Capítulo II, “Delitos contra los medios de transporte, comunicación y otros servicios públicos”, del Título XII, “Delitos contra la seguridad pública”, del Código Penal.

12 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 0017-2003-AI/TC*, Lima: 16 de marzo del 2004, f. j. 71.

13 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 0009-2018-PI/TC*, Lima: 25 de julio del 2018, ff. jj. 93-95.

Asimismo, este Tribunal ha sostenido *supra* que la disposición “beneficio o ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier otra índole” no vulnera el principio de *lex certa* y que, en todo caso, dicha proscripción no alcanza *per se* a demandas eventualmente legítimas, como son, los pedidos de aumentos remunerativos, salariales o de pensiones, la reducción del coste de los servicios públicos, la invocación de respeto al medio ambiente, el reconocimiento de nuevos derechos, entre otros, independientemente de si se encuentran amparados o no legalmente en un determinado momento dentro del orden jurídico.

Siendo ello así, en la medida en que el derecho fundamental a la protesta no protege la violencia o la amenaza de violencia ni que con ello se busque obtener un beneficio o ventaja económica u otra ventaja de cualquier otra índole que sea indebida, este Tribunal considera que la aludida disposición constitucional no incide en el contenido constitucionalmente protegido del referido derecho<sup>14</sup>.

### III. El derecho a la protesta en el pensamiento de Roberto Gargarella: una mirada constitucional y política

#### 1. Aproximaciones

Sobre el particular, el profesor argentino de Teoría Constitucional y Filosofía Política, Roberto Gargarella,

uno de los académicos que más ha investigado sobre el derecho a la protesta, nos recuerda el valor que este derecho tiene para el constitucionalismo, sobre todo en un contexto donde los partidos políticos, los sindicatos y los gremios han perdido la capacidad para la movilización cívica. Entonces, ante situaciones de grave deterioro social, el derecho a protestar permite mantener firme toda la estructura de derechos, por lo que puede ser considerado “el primer derecho”, el “derecho de los derechos”<sup>15</sup>.

Asimismo, Gargarella señala que el valor que tiene la protesta para el constitucionalismo se refuerza cuando advertimos la conexión que existe entre ella y la democracia. Es más, citando al profesor Owen Fiss, GARGARELLA advierte que la protesta en las calles aparece como un “suplemento electoral” indispensable, particularmente en situaciones de debilidad institucional como la que caracteriza a los países de América Latina, ya que cuando la mayoría de canales formales de participación no funcionan y se torna imposible criticar y sancionar a los representantes, para que corrijan sus errores, la protesta cumple un papel democrático crucial<sup>16</sup>.

Ahora bien, es necesario reconocer, como apunta Gargarella, que la protesta

14 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 0009-2018-PI/TC*, Lima: 25 de julio del 2018, ff. jj. 98-100.

15 GARGARELLA, Roberto, *El Derecho a la protesta. El primer derecho*, Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 2005.

16 GARGARELLA, Roberto, “El significado de la protesta social en las calles”, en *La Nación*, Buenos Aires: 10 de enero de 2018. Recuperado de <<https://bit.ly/3v3uiWP>>.

puede ser ejercida en desafío al derecho (cortando calles), y que también puede venir acompañada de actos graves (uso indebido de la violencia). Siendo ello así, queda claro que no podemos pensar a la protesta desconociendo su valor constitucional y democrático, pero tampoco pretender que la protesta sea inmune a toda queja o reproche por parte del Estado.

En esa línea, Gargarella contextualiza la protesta haciendo referencia a la responsabilidad que el Estado tiene en los agravios que la protesta comúnmente denuncia. Es decir, el Estado, que la mayoría de veces reprime violentamente la protesta, resulta siendo el primer responsable de la misma. Primero, porque es el responsable de la violación de derechos que el mismo se ha comprometido a asegurar (educación, salud, justicia, entre otros), en la promesa más importante que nos hace a los ciudadanos: la Constitución. Segundo, porque cierra los canales institucionales a través de los cuales los ciudadanos pueden decidir sobre los asuntos que más les importan, impidiendo responsabilizar y sancionar políticamente a los representantes que defraudan y que no son capaces de atender las demandas sociales.

Siendo ello así, es lógico afirmar, como lo hace Gargarella, que ambas fallas estatales en materia constitucional y democrática, socavan la autoridad estatal para reprochar a los ciudadanos que incumplen con sus deberes violando la ley. En otras palabras, Gargarella

pregunta lo siguiente: ¿Cómo puede el Estado levantar el dedo acusador contra los agitadores que violan derechos, si es el primer responsable de violar los derechos que esos agitadores reclaman?

Entonces, ¿cuál debería ser la posición del poder frente a la protesta? En principio, el Estado y la sociedad deben entender, por las razones que hemos expuesto, que toda protesta, como lo anota Gargarella, y, sobre todo, quienes protestan merecen respeto. Pero también debe saberse que respetar la protesta no es lo mismo que no reprimirla, porque resulta claro que cuando en medio de la protesta se cometen delitos (asesinatos, secuestros, por ejemplo) estos deben ser castigados de acuerdo a ley. Y también debe entenderse que respetar la protesta no implica, al menos no necesariamente, someterse a cada una de las exigencias de sus integrantes, como temen y denuncian algunas voces desde una cómoda posición social y económica.

Sin embargo, es justo reconocer, como lo hace Gargarella, que respetar la protesta —sobre todo cuando no es nuestra— no es fácil. Respetar la protesta de los otros exige tomar en serio a los que se quejan, nunca burlarse de ellos o insultarlos llamándolos vándalos, criminales o “aprendices de terroristas”. Respetar la protesta exige cierta dosis de empatía pues de lo que se trata es de ponerse en el lugar del otro, afirma GARGARELLA, sin denigrar a los miles de ciudadanos, que como suele ocurrir, se suman a la protesta poniendo lo mejor

de sí, convencidos de que están haciendo lo mejor por su patria<sup>17</sup>.

Además, creo que es necesario reivindicar, siguiendo la línea de Gargarella, el mérito de las personas que salen a las calles, de buena fe, asumiendo costos personales, exponiendo su cuerpo contra regímenes cada vez más amedrentados frente a la movilización popular, contrarios a escuchar y atender las quejas de quienes los cuestionan.

En esa medida, Gargarella da en el clavo cuando señala que un buen test para saber qué tan democrático es un Estado (gobierno, en última instancia) es preguntarse qué hace para escuchar a sus críticos: ¿El Estado promueve espacios de diálogo: asambleas públicas, cabildos, rendiciones de cuenta, para que los ciudadanos puedan libremente dar a conocer sus demandas? ¿El Estado es tolerante frente a los ciudadanos o grupos que cuestionan su actuación? En suma, todos necesitamos escucharnos, todos necesitamos preguntarnos qué es lo importante que los protestantes tienen para decirnos. Pero, sobre todo, como lo apunta GARGARELLA, son los Gobiernos auténticamente democráticos los que deben escuchar a los que protestan<sup>18</sup>.

---

17 Una mirada similar fue expuesta en GARGARELLA, Roberto, *Carta abierta sobre la intolerancia. Apuntes sobre derecho y protesta*, Buenos Aires: Siglo XXI, 2007.

18 RODRÍGUEZ CAMPOS, Rafael, “El Derecho a la Protesta Social, Los Estados de Excepción y El uso de la Fuerza Letal en el Perú”, en *El Jurista del Fuero Militar Policial*, año VIII,

## 2. Afirmaciones

Luego de lo antes expuesto, centramos nuestra atención en cuatro ejes temáticos fundamentales al momento de reflexionar sobre la importancia que tiene el derecho a la protesta en sociedades democráticas: a) La necesidad de escuchar a los críticos; b) La necesidad de regular el derecho a la protesta (pero en qué términos); c) La criminalización de la protesta; y d) La manera cómo el Estado legitima su poder en una democracia republicana.

En primer lugar, debemos partir por reconocer que tomar en consideración la voz de los que protestan no supone asumir que todas o la mayoría de las quejas que enuncian sean válidas. Pueden no serlo, como expone Gargarella, pero justamente será la labor y responsabilidad de los representantes políticos diferenciar cuáles demandas merecen ser dejadas de lado y cuáles no, y de qué modo. En eso consiste justamente el ejercicio del poder en una democracia republicana, ya que de lo que se trata es que, para la adopción de una decisión de interés público, el poder sea capaz de escuchar a todos aquellos que se verán directamente afectados por dicha decisión, ya que es la única manera de garantizar la legitimidad y validez de la misma.

---

n.º13, Lima: julio del 2019. También véase, RODRÍGUEZ CAMPOS, Rafael, “El derecho a la protesta en sociedades democráticas”, en *La Ley. El ángulo legal de la noticia (Primera Parte)*, Lima: 20 de abril del 2018. Recuperado de <<https://bit.ly/3BwK9jb>>.



En segundo lugar, quienes defendemos la importancia del derecho a la protesta, debemos ser los primeros en advertir que actualmente existe una importante parte de la sociedad que está convencida de que en la calle cualquiera puede hacer cualquier cosa. Es decir, existe la creencia de que so pretexto de protestar o reprimir la protesta, está permitido todo. Por un lado, están los que toman las calles, atentan contra la propiedad pública y/o privada, o incurren en actos criminales. Por el otro, las fuerzas del orden que reprimen indiscriminadamente. Surge entonces en la sociedad la necesidad de formular la siguiente pregunta: ¿cómo restablecer el equilibrio entre el ejercicio del derecho a la protesta y el uso de la fuerza de los agentes del Estado?

La respuesta a esta interrogante, afirma Gargarella, pasa primero por regular el ejercicio del derecho a la protesta, pero con una legislación que sea el resultado de una deliberación pública (profunda e inclusiva), que involucre a todos los afectados (partidos, movimientos, sindicatos, gremios, estudiantes, entre otros). Caso contrario, terminará ocurriendo lo de siempre: aprobación de leyes redactadas por un minúsculo grupo de “técnicos independientes” preocupado más por blindar a la autoridad que por el compromiso real y efectivo con los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Asimismo, a los medios de comunicación que pretenden deslegitimar la protesta de sectores como los estu-

diantes, acusándolos de politizar sus demandas, debemos explicarles, como lo expone GARGARELLA, algo que es evidente:

Toda protesta tiene un contenido político y ese contenido político no la ensucia, sino que le confiere dignidad. El carácter político debe representar el presupuesto con el que nos acercamos a la protesta y no la premisa final de un discurso condenatorio sobre el conflicto.

En otras palabras, el que una protesta tenga un contenido político no es ninguna sorpresa, ya que la motivación política es justamente la materia prima de cualquier protesta.

En esa línea, si de lo que se trata es de establecer límites razonables al ejercicio del derecho a la protesta, Gargarella nos advierte que no podemos caer en el facilismo en el que incurren algunos medios de comunicación cuando señalan que los motivos del derecho a la protesta —cuando esta se traduce en tomar las calles, por ejemplo— no justifican per ser la limitación del derecho al libre tránsito o el derecho al trabajo de los que no protestan.

Este facilismo, según Gargarella, denota un error de enfoque monumental, ya que en la mayoría de los casos de protesta que se registran en América Latina, la ciudadanía no se moviliza en pos de su derecho a quejarse (derechos expresivos) sino, más bien en nombre de otros derechos fundamentales que el Estado viola sistemáticamente, al incumplir obligaciones sociales asumidas

frente a ellos referidas, por ejemplo, a garantizar la prestación de servicios públicos de calidad relacionados con la educación, salud, justicia, entre otros<sup>19</sup>.

¿Eso quiere decir, como lo pregunta Gargarella, que los derechos afectados por la protesta no importan? Por supuesto que no. Pero ello no supone simplificar el análisis para creer que estamos ante ciudadanos caprichosos que se quejan por las puras, impulsados únicamente por el deseo de molestar a los demás. Mucho menos, cuando sabemos que los derechos que más gravemente suelen ser violados en estos casos lo son por la obra u omisión del propio Estado.

En tercer lugar, queda claro que no corresponde comenzar hablando de “criminales” (frente a los cuales es legítimo el uso de la fuerza) cuando el Estado es parte principal del problema, omitiendo, en palabras de Gargarella, asegurar derechos sociales básicos a lo que está constitucionalmente obligado. De lo contrario, podríamos caer en otro exceso si señalamos que estamos ante un “Estado criminal” que viola derechos sistemáticamente y que, además, criminaliza a quienes reclaman la violación de esos derechos.

---

19 Una mirada similar fue expuesta en GARGARELLA, Roberto, “El derecho de resistencia en situaciones de carencia extrema”, artículo que fue expuesto el 8 de marzo de 2007 en el Seminario del Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Barcelona, y es una versión del texto principal que forma parte de la obra: *El Derecho a resistir el derecho*. Buenos Aires: Miño y Dávila Editores, 2005.

Sobre esto último, debemos advertir que la legitimidad del Estado para el reproche de la protesta es menor en América Latina porque no solo no garantiza derechos fundamentales básicos, sino porque además presenta un marco institucional precario para atender las demandas sociales.

En palabras de Gargarella, estamos frente a un Estado que desde hace décadas bloquea los mecanismos institucionales que podrían ayudar a la ciudadanía a acceder a sus representantes, a cuestionarlos y a hacerlos efectivamente responsables por las faltas que cometen.

Si ello es así, entonces no deberíamos sorprendernos si los ciudadanos comienzan a usar formas extra institucionales de protesta (toma de calles, la más frecuente), cuando los canales formales no responden, sobre todo para los marginados, desplazados y excluidos, que son justamente contra quienes se aplicará el uso de la fuerza y las sanciones penales, respectivamente.

En suma, resulta claro que en una democracia republicana el Estado no puede dejar de asumir las consecuencias de sus fallas y mucho menos imponer soluciones policiales a cualquier precio. Más aún, el Estado no debe criminalizar a quienes lo critican.

Sobre todo si se trata de quienes históricamente han sido víctimas de las ofensas del propio Estado. Entonces, a modo de cierre, considero necesario preguntarnos lo siguiente: ¿Cómo el Estado puede llamar “criminales”, a quienes lo

único que hacen es recordarle sus graves y continuos agravios constitucionales?<sup>20</sup>

#### IV. Apunte final

Por lo antes expuesto, tomando en consideración tanto lo señalado por el Tribunal como por el profesor Roberto Gargarella, me animaría a afirmar que una preocupación común en ambas perspectivas está relacionada con reconocer las limitaciones de la democracia representativa, sobre todo en contextos de desigualdad y debilidad institucional, y, por ende, la importancia política y social del derecho a la protesta.

En esa línea, quiero cerrar este breve artículo recordando, como ya lo hiciera antes, a Owen Fiss cuando afirma que el derecho a la protesta que se materializa en las calles, aparece como un “suplemento electoral” indispensable, particularmente en situaciones de debilidad institucional como la que caracteriza a nuestro país y a todos los países de América Latina, ya que cuando la mayoría de canales formales de participación no funcionan y se torna imposible criticar y sancionar a los representantes para que corrijan sus errores, la protesta cumple un papel democrático crucial<sup>21</sup>.

---

20 RODRÍGUEZ CAMPOS, “El Derecho a la Protesta Social, Los Estados de Excepción y El uso de la Fuerza Letal en el Perú”, art. cit. También véase, RODRÍGUEZ CAMPOS, “El derecho a la protesta en sociedades democráticas”, art. cit.

---

21 Una mirada similar fue expuesta en GARGARELLA, Roberto, *Nos los representantes: crítica a los fundamentos del sistema representativo*, Buenos Aires: Miño y Dávila Editores, 1995.



# LA VIGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN TIEMPOS DEL COVID-19

Raúl Yvan Lozano Peralta\*

**SUMARIO:** I. Introducción.— II. Vigencia de los derechos fundamentales en tiempo de COVID-19.— III. Derechos fundamentales afectados.— 1. Derecho a la salud.— 1.1. Derecho a la libertad personal.— 1.2. Derecho al trabajo.— 1.3. Acceso a la justicia.— IV. Conclusiones.— V. Recomendaciones.— VI. Referencias bibliográficas

## I. Introducción

En los últimos meses, el COVID-19 ha obligado a los Estados a adoptar medidas que tienen por finalidad controlar y evitar su dispersión. De tal manera, en el Perú se han adoptado las siguientes medidas: declaratorias de estados de emergencia, establecimiento de medidas de aislamiento social, cierre de fronteras, entre otros, que tienen una repercusión directa en los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Si bien de lo que se ha tratado es de proteger a la población y de preservar la vida ante esta pandemia de carácter mundial, en ese objetivo, se han ido

afectando otros derechos también esenciales que nos llevan a realizar un análisis justamente para ver las repercusiones que se han venido generando en algunos de los derechos fundamentales.

Así, en las siguientes líneas, se realizará un análisis de las medidas adoptadas por el Poder Ejecutivo con relación a la vulneración de los derechos fundamentales, teniendo un enfoque principal en el derecho a la libertad personal, a la salud, al trabajo y al acceso a la justicia.

## II. Vigencia de los derechos fundamentales en tiempo de COVID-19

De acuerdo con el artículo 137 de la Constitución, el estado de emergen-

\* Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.  
Maestro en Derecho Constitucional por la Universidad Castilla La Mancha – Toledo- España.  
Maestro en Derecho Constitucional por la Universidad de Piura.  
Director de Escuela Profesional de Derecho de la Universidad Privada Antenor Orrego.

cia es decretado por el presidente, con acuerdo del Consejo de ministros, ante una situación de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de circunstancias graves que afectan la vida de la nación, por un plazo determinado, que tiene como límite 60 días, prorrogable por un nuevo decreto, y puede abarcar parte o todo el territorio nacional.

De tal manera, ante el aumento de casos de COVID-19, en el país y toda vez que afecta la vida de la nación, el Poder Ejecutivo, a través del presidente de la República, emitió el Decreto Supremo N.º 044-2020, declarando el estado de emergencia nacional, que fue prorrogado mediante los posteriores Decretos Supremos.

En el Decreto Supremo referido se estableció una serie de medidas con la finalidad de controlar y evitar la dispersión del COVID-19, por lo que, se restringió, de manera directa, los derechos fundamentales, tales como el derecho a la libertad de tránsito, de reunión, a la inviolabilidad de domicilio, entre otros.

Así también, es importante notar que de manera indirecta se afectaron o establecieron serias restricciones a otros derechos tales como el derecho a la salud, al acceso a la justicia, al trabajo, entre otros.

Con relación al estado de emergencia, ALBÁN PERALTA ha señalado que:

[...] la existencia de un estado de emergencia no implica la ausencia de la Cons-

titución ni de los tratados sobre derechos humanos, y tampoco la desaparición de los derechos fundamentales de las personas. Solo autoriza a la autoridad competente a restringir los derechos a que se refiere el objeto de la declaratoria del régimen de excepción en aquellos casos en que se justifique en función de los motivos de dicha declaración. Tal como se adelantó líneas arriba, los actos de Estado, que supuestamente se realizan como una manifestación de este régimen de excepción, deben regirse por los principios de razonabilidad y proporcionalidad a los que se refiere el artículo 200 (párrafo final) de la Constitución [...]¹ [Énfasis es agregado]

Como se aprecia, durante el estado de emergencia los derechos fundamentales de las personas no desaparecen, solo se restringen, mediante una serie de medidas que, como en el caso peruano, tienen por finalidad controlar y evitar la dispersión del COVID-19.

Asimismo, es importante agregar que existe una serie de derechos que no pueden restringirse con la declaratoria del estado de emergencia, de acuerdo al artículo 4º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, tales como:

- El derecho a la vida.
- Prohibición de tortura.
- Prohibición de esclavitud y servidumbre.
- Prohibición de cárcel por incumplimiento de obligaciones contractuales.

1 ALBÁN PERALTA, Walter, *Estado de emergencia y Estado de derecho*, Lima: Derecho y Sociedad Asociación Civil, 2009, pp. 19 y 20.

- Principio de legalidad en materia penal.
- Derecho a la personalidad jurídica.
- Libertad de pensamiento, conciencia y religión.

En concordancia, el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos agrega otros derechos como:

- Protección a la familia
- Derecho al nombre
- Derechos del niño.
- Las garantías judiciales indispensables para la protección de los anteriores derechos.
- Derechos políticos
- Principio de legalidad y retroactividad.
- Reconocimiento de la personalidad jurídica.

### III. Derechos fundamentales afectados

#### 1 Derecho a la salud:

En el artículo 7 de la Constitución peruana se establece que:

[T]odos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención readaptación y seguridad.

Además, en el artículo 9 del texto constitucional se establece que:

[E]l Estado determina la política nacional de salud. El Poder Ejecutivo norma y supervisa su aplicación. Es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud.

En concordancia, el artículo 11 de la Constitución se establece que “el Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento”.

De la lectura conjunta de los artículos referidos, se desprende que el derecho a la salud garantiza que las personas puedan conservar un adecuado nivel de funcionamiento físico y mental. Para ello, es necesario que el Estado garantice el libre acceso a las prestaciones de salud, brindado por entidades privadas o públicas<sup>2</sup>.

A mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional ha señalado que este derecho presenta dos dimensiones:

- Dimensión positiva: Esta dimensión lo configura como un derecho “programático”, es decir un derecho que para su satisfacción requiere que el Estado realice acciones prestacionales. (Sentencia del Expediente N.º 00925-2009-PHC/TC).
- Dimensión negativa: Esta dimensión proyecta al derecho a la salud

2 LANDA ARROYO, César, *Los derechos fundamentales*, Lima: Fondo Editorial PUCP, 2017, p. 160.

como la conservación y el restablecimiento de ese estado armónico. Ello implica que nadie, ni le Estado, ni un particular puede afectarlo. (Sentencia del Expediente N.º 0925-2009-PHC/TC).

Contrario a ello, durante el tiempo de COVID-19, el Poder Ejecutivo ha destinado los recursos económicos del Estado en mejorar las condiciones materiales y tecnológicas de los hospitales; así también, en varias partes del país se han destinado espacios para la implementación de lugares para la atención de personas con COVID-19.

Como se aprecia, los esfuerzos del Poder Ejecutivo se han enfocado en las personas contagiadas de COVID-19, dejándose a un lado a las personas que presentan otro tipo de enfermedades y que requieren de un tratamiento constante.

Así, en ciertos lugares del país, las personas que presentan una enfermedad diferente al COVID-19 han visto vulnerado su derecho a la salud, toda vez que no han podido atenderse en el hospital de su localidad, debido a que todos los espacios fueron ocupados por pacientes COVID-19.

La situación se agrava mucho más en las regiones del país, dada la precariedad de infraestructura de los hospitales, la falta de aparatos tecnológicos, médicos y enfermeras que han visto retrasado su pago.

Frente al problema existente, el Poder Ejecutivo no ha promovido una

política pública que permita el acceso a la prestación de servicio de salud a las personas que presentan enfermedades diferentes al COVID-19, quedando demostrado la vulneración del derecho a la salud de estas personas.

Es importante señalar que al grupo de personas con enfermedades diferentes de COVID-19, debe agregarse las mujeres embarazadas y aquellas personas que requieran algún tipo de tratamiento.

Conjuntamente con este derecho hemos podido apreciar algunas otras situaciones que también han tenido repercusión directa en el derecho a la vida y dignidad de aquellas personas que, encontrándose en condiciones de riesgo inminente de muerte a causa de esta enfermedad, han tenido que pasar por duras etapas que finalmente han culminado con la pérdida de la vida en estas lamentables circunstancias. Nos referimos sobre todo a aquellas personas adultas o con pocas posibilidades de sobrevivencia ante la escasez de servicios de urgencias sanitaria, que no solo genero el colapso del sistema de salud, sino la selección de pacientes a quienes se debería dar preferencia en salvarles la vida. En tanto, un grupo de pacientes en estado de gravedad, dado el colapso del sistema de salud, simplemente fueron destinados a la muerte inminente. Situación que se pudo advertir en Italia y España durante la etapa más cruda de esta crisis sanitaria.

De manera que, la afectación más grave al derecho a la salud que se generó



por el colapso sanitario, fue el tener que elegir entre los pacientes en estado grave, a quienes salvar y a quienes dejar simplemente morir por falta de instalaciones, servicios y medicamentos. Este último grupo de pacientes, tuvo que asumir el costo de una situación lamentable. En muchos casos se implementaron protocolos para que pudieran despedirse de sus familiares, materializando así su derecho a una muerte digna, pero en muchos otros, simplemente perdieron la vida sin ninguna posibilidad de despedirse de sus seres queridos. Muchos mueren en el completo anonimato, e incluso, son sepultados o cremados, sin que sus familiares puedan rendir un breve homenaje<sup>3</sup>.

De esta manera, en estas circunstancias se viene afectando no solo el derecho a la vida, sino también a la dignidad de las personas que vienen falleciendo, así como de sus familiares a rendirles un homenaje.

### 1.1 Derecho a la libertad personal

El derecho a la libertad personal o individual se encuentra reconocido en el inciso 24 del artículo 2 de nuestra Constitución. La libertad personal es definida como el derecho, constitucionalmente reconocido, de disponer y determinar

la propia voluntad y actuar de acuerdo con ella, sin que nadie pueda impedirlo, siempre que no exista una prohibición constitucionalmente legítima<sup>4</sup>.

En la misma línea, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N.º 0019-2005-PI, señala que: “[...] Se trata de un derecho subjetivo en virtud del cual ninguna persona puede sufrir una limitación física o ambulatoria, ya sea mediante detenciones, internamientos o condenas arbitrarias [...]”.

Del mismo modo, SAGUES ha señalado que:

El derecho de locomoción comprende el derecho a entrar, permanecer, transitar y salir del territorio [...] y de no ser arrestado sin orden escrita de autoridad competente, comprende la facultad de cuestionar incorporaciones al servicio militar [...] prohibiciones a la Argentina o expulsiones del país. También incluye el derecho a no ser afectado con perturbaciones menores (molestias, seguimientos infundados, etc.), la libertad de circulación<sup>5</sup>. [Énfasis agregado].

Así entonces, al respecto, el derecho al libre tránsito permite al ciudadano trasladarse dentro y fuera del territorio nacional, sin restricciones en tanto no exista orden escrita de la autoridad competente que limite dicho derecho.

3 RPP (2020). “Chiclayo: Denuncian que entierran a fallecida por la COVID-19 sin avisar a sus familiares”, Recuperado de: <<https://bit.ly/2ZTjHCc>>. En este caso, un paciente de 81 años falleció por Covid-19 y fue enterrado sin dar aviso a sus familiares, quienes se enteraron del hecho posteriormente.

4 GARCÍA MORILLO, Joaquín, *El derecho a la libertad personal*, Valencia: Tirand lo Blanch, 1995, p. 42 y 43.

5 SAGUES, Néstor, *Elementos del derecho constitucional*, Buenos Aires: Astrea, 1997, p. 92.

Con relación al contenido del presente derecho<sup>6</sup>, menciona lo siguiente:

- No privación arbitraria de la libertad individual, proscribiéndose todo tipo de detención sin autorización del Juez competente, salvo los casos previstos en la ley y la Constitución.
- No ser detenido sino por mandato judicial debidamente motivado.
- No ser detenido por la policía, salvo caso de flagrancia.
- Garantía de revisión judicial de la detención
- Garantía de la no privación de la libertad por deudas, a excepción de la omisión de deberes alimentarios.

No obstante, mediante la entrada del Decreto Supremo N.º 044-2020-PCM, se restringió el derecho a la libertad personal con la finalidad de controlar y evitar la dispersión del COVID-19.

Las medidas impartidas por el Poder Ejecutivo fueron las siguientes:

a. **El cierre de fronteras y, en consecuencia, la restricción del tránsito internacional**

Como es sabido, el COVID-19 se inició en el país de China, para precisar la ciudad de Wuhan, desde ahí, con la concurrencia de turistas y ciudadanos que se trasladaban a otros países, el virus

fue llegando a los ciudadanos de todo el mundo, incluyendo al Perú.

Con el aumento de casos en el Perú y las informaciones que llegaban de otros países en relación con el COVID-19, el Poder Ejecutivo decidió declarar estado de emergencia nacional, restringiendo el tránsito internacional y cerrando las fronteras.

Frente a la medida tomada por el Poder Ejecutivo, varias personas se preguntaron si dicha medida resultaba proporcional y razonable en concordancia con su finalidad.

Es importante notar que el COVID-19 se trata de un virus de fácil transmisión, así como también la existencia de un grupo de personas denominadas “asintomáticas”, que son susceptibles de realizar contagios.

En tal sentido y considerando que el COVID-19 tuvo su inicio fuera del territorio nacional, la medida resultaba adecuada con su finalidad, toda vez que al cerrarse las fronteras se iba a restringir, a la vez, la llegada de personas contagiadas al país.

Una pregunta que surge de lo planteado hasta aquí es: ¿si existía otra medida menos lesiva al derecho de libre tránsito? En respuesta a ello, se tiene que el Estado, en principio, adoptó medidas como la toma de temperatura a quienes ingresaban al territorio nacional, que resultaron insuficiente toda vez que quedó demostrado que las aerolíneas no cumplían con dicho protocolo.

6 LANDA ARROYO, César, *Los derechos fundamentales*, Lima: Fondo Editorial PUCP, 2017, p. 49.

Si bien mediante el cierre de fronteras y, en consecuencia, la restricción del libre tránsito internacional se vulneró el derecho a la libertad personal, es preciso señalar que al no permitirse la llegada de personas con COVID-19 se tuvo logrado proteger el derecho a la salud y a la vida de los peruanos.

Con relación a lo anotado, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N.º 06057-2007-HC/TC, ha señalado que:

[...] El derecho a la vida es el primero de los derechos fundamentales, ya que sin este no es posible la existencia de los demás derechos. No solo es un derecho fundamental reconocido, sino un valor superior del ordenamiento jurídico [...].  
[Énfasis agregado]

Por tanto, la medida analizada se rige por los principios de razonabilidad y proporcionalidad, a la luz del artículo 200 de la Constitución.

#### **b. La restricción del tránsito a nivel nacional**

Otra medida con relación a la finalidad de controlar y evitar la dispersión del COVID-19 fue la restricción del tránsito a nivel nacional.

De esta manera, se prohibió los viajes entre provincias, se limitó el transporte privado y público, se prohibió transitar de un lugar a otro sin contar con la autorización respectiva y solo se permitió salir para la compra de alimentos.

Claramente, las medidas interpuestas vulneran el derecho a la libertad personal toda vez que restringe el tránsito en territorio nacional. No obstante, debe analizarse si las medidas se rigen por los principios de proporcionalidad y razonabilidad<sup>7</sup>.

En tal sentido, y considerando que el COVID-19 es un virus de fácil transmisión, la restricción del tránsito resulta adecuada con su finalidad toda vez que, si las personas no se transportan de un lugar a otro, el virus tampoco se transportará.

Una pregunta que surge de lo planteado hasta aquí es: ¿si existía otra medida menos lesiva al derecho de libre tránsito? En respuesta a ello, se tiene que, con la implementación de un adecuado protocolo, que sea cumplido por la población, se alcanzaría la finalidad planteada; sin embargo, como se ha visto en estos días, resulta difícil que la población cumpla con los protocolos, aumentando el número de casos de personas con COVID-19.

<sup>7</sup> Al respecto el Tribunal Constitucional ha señalado que: “Por virtud del principio de razonabilidad se exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso. Es la protección de fines constitucionalmente relevantes la que, en efecto, justifica una intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, la restricción de un derecho fundamental satisface el principio de razonabilidad cada vez que esta persiga garantizar un fin legítimo y, además, de rango constitucional”, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Exp. 2235-2004-AA/TC*, f. j. n.º 6, segundo párrafo.

Es importante notar que en el contexto en el que el Poder Ejecutivo adoptó las medidas analizadas, el número de contagios, como hasta ahora, iba en aumento y se tenía mucho menos información sobre las formas de contagio.

Por tanto, y toda vez que la población tiende a incumplir lo dispuesto por el Estado, ha de considerarse que la medida analizada se rige por los principios de razonabilidad y proporcionalidad, a la luz del artículo 200° de la Constitución.

## 1.2. Derecho al trabajo

Al respecto, LANDA ARROYO señala que:

[E]l derecho del trabajo es la disciplina que se encarga de regular la relación laboral, es decir la relación jurídico-económica de carácter contractual entre dos sujetos denominados “empleador” y “trabajador”, procurando establecer un equilibrio de igualdad<sup>8</sup>.

A su turno, BORRAJO DACRUZ señala que: “El derecho del trabajo regula las distintas relaciones sociales que tienen su presupuesto o razón de ser en la prestación de servicios profesionales privados por cuenta ajena”<sup>9</sup>.

8 LANDA ARROYO, César, *El derecho del trabajo en el Perú y su proceso de constitucionalización. Análisis especial de caso de la mujer y la madre trabajadora*, Lima: Themis, 2014, p. 222.

9 BORRAJO DACRUZ, Efrén, *Introducción al derecho del trabajo*, Madrid: Editorial Tecnos, 2002, p. 53.

En la misma línea, CARRO IGELMO menciona que: “El derecho del trabajo es el derecho relativo a la prestación de servicios por cuenta y dependencia ajena, y a la ficción y cumplimiento de dicha acción”<sup>10</sup>.

Como se aprecia, las definiciones planteadas hacen referencia al derecho del trabajo en el ámbito de una relación laboral, procurando establecer un equilibrio de igualdad entre empleador y trabajador, dada la desigualdad existente.

El Tribunal Constitucional, en la Sentencia recaída en el expediente N.º 00008-2005-AI/TC, señala que de conformidad con el artículo 23 de la Constitución, el Estado tiene las siguientes funciones con relación al trabajo:

- Promover condiciones para el progreso social y económico. En ese sentido, el Estado tiene la función de establecer políticas públicas que brinden a sus ciudadanos mejores condiciones para alcanzar un puesto de trabajo y fomentar el empleo.
- Asegurar que las relaciones laborales entre el empleador y empleado se realicen en respeto de los derechos y principios constitucionales.
- Asegurar que ningún trabajador preste servicios sin recibir retribución económica o sin su libre consentimiento.

10 CARRO IGELMO, Alberto, *Curso de derecho del trabajo*, Barcelona: Bosch, 1991, p. 26

— Proteger la actividad laboral de la madre, el menor de edad y el impedido.

No obstante, con la entrada del Decreto Supremo N.º 044-2020-PCM, se vulneró el derecho al trabajo de cierto grupo de personas que no laboraban en compañías relacionadas con la producción, transporte o venta de productos de primera necesidad.

Como consecuencia de ello, varias empresas quedaron endeudadas con sus trabajadores. Para ello y en vía de asegurar la remuneración de los trabajadores, el Estado ofreció subsidiar el 35% de la planilla para sueldos hasta por S/ 1500.

Otra medida adoptada es la entrada en vigor de la suspensión perfecta de labores, que permite a las empresas mantener la relación laboral con sus trabajadores sin estar obligadas a realizar algún pago por el trabajo no realizado, dado el contexto del COVID-19. La suspensión perfecta de labores viene siendo aplicado desde 15 de abril (fecha que se considera viable) hasta el 8 de octubre del presente año<sup>11</sup>.

Una tercera medida son los préstamos que ha dispuesto el Estado a través de la banca privada a tasas compensatorias prácticamente nulas. Contrario a ello, dado los requisitos para obtener dichos préstamos, resultó siendo bene-

ficioso, en su mayoría, para las grandes empresas.

Como se aprecia, el Poder Ejecutivo adoptó medidas con la finalidad de mantener la relación laboral entre empleadores y trabajadores, asegurando la remuneración de estos últimos.

Así también, tuvo por finalidad que no disminuyeran las oportunidades laborales para sus ciudadanos. Para ello, era necesario que las empresas no quebraran.

No obstante, ello se logró de manera parcial toda vez que, de acuerdo con el INEI, la población ocupada en Lima Metropolitana en los meses de marzo, abril y mayo de 2020, disminuyó en un 47.6% (INEI, 2020).

Paralelamente a estas situaciones, no debemos de dejar de labor el incremento considerable del teletrabajo o trabajo remoto, y con ello también una serie de afectaciones de los derechos laborales como la salud, la seguridad, beneficios sociales, jornada laboral máxima, entre otros. En la situación actual la mayor parte de instituciones pública y privadas, vienen implementando este tipo de modalidad en la prestación de los servicios, que, si bien puede servir para mantener las actividades laborales a cierto ritmo, pueden constituirse en el escenario de vulneración constante de derechos laborales, donde además la supervisión o fiscalización laboral, es una labor compleja y muchas veces ausente.

11 SÁNCHEZ, Fressia Y Mariapía SÁENZ, “Suspensión perfecta de labores. ¿En qué supuestos las empresas pueden aplicarla?”, recuperado de: <<https://bit.ly/3abDSNx>>, 2020.

### 1.3. Acceso a la justicia

El derecho al acceso a la justicia es un componente del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, que se está reconocido en el inc. 3 del artículo 139 de la Constitución.

Con relación al alcance del presente derecho, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia recaída en el expediente N.º 010-2001-AI/TC, ha señalado que:

- Garantiza que todas las personas tengan acceso al tribunal de justicia independiente, imparcial y competente para la sustanciación de cualquier acusación de orden penal, demanda de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.
- Garantiza que el proceso iniciado se desarrolle como un procedimiento de tutela idóneo para asegurar la plena satisfacción de los intereses accionados.

Durante el estado de emergencia, las entidades estatales, incluso el Poder Judicial, suspendieron sus labores en concordancia con el Decreto Supremo N.º 044-2020-PCM.

De esta manera, se vio vulnerado el derecho de las personas al acceso a la justicia. No obstante, frente al problema en cuestión, varias entidades estatales, entre ellas, el Poder Judicial optaron por implementar las Tecnologías de la Información y Comunicación (en adelante, las “TIC”).

Las TIC comprenden 3 aspectos: (a) los dispositivos de transmisión y re-

cepción de comunicaciones, tales como la computadora, el celular, la tableta, entre otros, (b) los servicios de mensajería por medio de correo electrónico, tales como *Hotmail*, *Gmail*, entre otros y (c) los servicios prestados por medio de internet, que incluirían las plataformas de comunicación, tales como *Zoom*, *Google Hangouts Meet*, entre otros<sup>12</sup>.

En tal sentido, mediante Resolución Administrativa N.º 000146-2020-P-CSJLI-PJ, se aprobó el “Protocolo de actuación en los órganos jurisdiccional de emergencia de la Corte Superior de Justicia de Lima durante el Estado de Emergencia Nacional a consecuencia del brote del Coronavirus (COVID-19) en el país”.

De esta manera, se implementó las TIC en la actuación judicial. La plataforma elegida fue *Google Hangouts Meet*. Así lo informó el diario *Gestión*:

El Poder Judicial implemento la solución corporativa denominada Google Hangouts Meet para realizar reuniones administrativas y audiencias virtuales de los diferentes órganos jurisdiccionales durante la emergencia sanitaria por el coronavirus (COVID – 19)<sup>13</sup>.

En complemento a lo dispuesto, se realizó la entrega de dispositivos electró-

12 DIAZ REVORIO, Francisco Javier, *Tecnología de la Información y la Comunicación y Nuevas Dimensiones de los derechos fundamentales*, Lima: Fondo Editorial PUCP, 2010, pp. 20 y 21.

13 *Gestión*, “Poder Judicial contará con plataforma virtual para audiencias durante emergencia”, Lima: 27 de marzo del 2020.

nicos para los magistrados y autoridades judiciales con la finalidad de que ejerzan sus funciones de manera adecuada.

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia también implementó las TIC con la finalidad de permitir al proceso impugnar a nivel de casación una resolución cuando esta haya vulnerado el debido proceso, se haya interpretado y aplicado el derecho de manera incorrecta.

En este espacio, el acceso a la justicia, sobre todo para aquellas partes procesales con carencia de recursos económicos y técnicos, se vuelve una constante, generándose lo que ese conoce como la “asimetría informativa”: unos tienen acceso a las plataformas tecnológicas y puedes hacer uso de ella en forma efectiva; en tanto, otro grupo importante, no tiene acceso ni puede hacer uso de las herramientas tecnológicas para acceder a la justicia.

Esta emergencia sanitaria, viene excluyendo a un grupo considerable de ciudadanos y abogados, de toda posibilidad de acceso a la justicia para solicitar alguna pretensión, pedir el avance de sus procesos judiciales en trámite, solicitar la emisión de la sentencia respectiva o pedir el cumplimiento de lo decidido judicialmente. De modo que, el derecho al acceso a la justicia en su triple dimensión de (acceso, a la emisión de una sentencia motivada en derecho y al cumplimiento de lo decidido judicialmente), viene siendo seriamente afectado.

#### IV. Conclusiones

- a) Durante la vigencia del estado de emergencia, los derechos fundamentales de las personas no desaparecen, solo se restringen, mediante una serie de medidas que, como en el caso peruano, tienen por finalidad controlar y evitar la dispersión del COVID-19
- b) El Poder Ejecutivo no ha promovido una política pública que permita el acceso a la prestación de servicio de salud a las personas que presentan enfermedades diferentes al COVID-19, vulnerándose el derecho a la salud de estas personas.
- c) La afectación más grave al derecho a la salud que se generó por el colapso sanitario, fue el tener que elegir entre los pacientes en estado grave, a quienes salvar y a quienes dejar simplemente morir por falta de instalaciones, servicios y medicamentos, y respecto a este último grupo de pacientes, muchos simplemente perdieron la vida sin ninguna posibilidad de despedirse de sus seres queridos afectándose su derecho a una muerte digna.
- d) El cierre de fronteras y restricción del tránsito nacional e internacional se rigen por los principios de razonabilidad y proporcional toda vez que son medidas necesarias para controlar y evitar la dispersión del COVID-19, protegiéndose el derecho a la vida, que es la base de los demás derechos.

- e) Las medidas interpuestas por el Poder Ejecutivo no permitieron que las personas puedan asistir al trabajo, afectando la economía de las empresas y de los trabajadores. Frente al problema, se adoptó una serie de medidas para evitar extinciones de relaciones laborales, que resultaron insuficientes toda vez que, según cifras del INEI, casi el 50% en Lima Metropolitana quedó desempleada.
- f) La emergencia sanitaria ha conllevado a que muchas instituciones pública y privadas, haya implementado el teletrabajo o trabajo remoto para la prestación de servicios, que, si bien puede servir para mantener las actividades laborales a cierto ritmo, pueden constituirse en el escenario de vulneración constante de derechos laborales como la salud, la seguridad, beneficios sociales, jornada laboral máxima, entre otros, y donde además la supervisión o fiscalización laboral, es una labor compleja y muchas veces ausente.
- g) Las medidas interpuestas por el Poder Ejecutivo no permitieron que los funcionarios públicos, tales como jueces puedan realizar el trabajo de impartir justicia, lo que afectó el derecho al acceso a la justicia. Frente al problema, las entidades estatales, incluyendo el Poder Judicial y la Corte Suprema, adoptaron las TIC para ejercer su función, logrando salvaguardar el derecho al acceso a la justicia.
- h) La asimetría informativa genera un alto grado de afectación en el acceso a la justicia de un sector importante de la población, quienes tienen serios impedimentos de acceso a la justicia para solicitar alguna pretensión, pedir el avance de sus procesos judiciales en trámite, solicitar la emisión de la sentencia respectiva o pedir el cumplimiento de lo decidido judicialmente, vulnerándose permanentemente el derecho de acceso a la justicia en su triple dimensión de acceso, el derecho a la emisión de una sentencia motivada en derecho y el derecho al cumplimiento de lo decidido judicialmente.

## V. Recomendaciones

- a) En materia del derecho a la salud es necesario se adopten medidas urgentes a nivel del gobierno donde se incluyan no solo cuestiones presupuestarias y recursos humanos necesarios para garantizar el acceso al sistema de salud de la población, sino también que se establezcan una serie de medidas efectivas para el control preventivo de enfermedades, un protocolo de atención para pacientes distintos al COVID-19 que requieran atención urgente, un protocolo para aquellos casos de fallecimiento, a fin de garantizar el derecho a una muerte digna y los derechos morales de los familiares.
- b) En el ámbito del derecho al trabajo, es necesario también establecer



medidas adecuadas para el control, la supervisión y la fiscalización del trabajo remoto, donde se viene dando una serie de situaciones vulneratorias de los derechos laborales tanto en el ámbito público como privado.

- c) En relación al derecho de acceso a la justicia, es necesario establecer lineamientos de actuación y participación de los principales involucrados en el sistema de justicia como los Colegios de Abogados, los Ministerios, el Poder Judicial, Ministerio Público, Policía Nacional del Perú, entre otros, donde se capacite a las personas que no tiene conocimientos básicos para utilizar adecuadamente los sistemas digitales para el acceso y consulta a los procesos judiciales o para plantear nuevas pretensiones, donde además se establezcan centros provistos de equipos de cómputo, audio y video e internet, para que los interesados puedan tener facilidades del acceso y puedan además participar de las distintas audiencias virtuales que se vienen realizando.

## VI. Referencias bibliográficas

- ALBÁN PERALTA, Walter, *Estado de emergencia y Estado de derecho*, Lima: Derecho y Sociedad Asociación Civil, 2009.
- ANACLETO GUERRERO, Víctor, *Manual de derecho del trabajo*, Lima: Lex & Iuris, 2015
- BORRAJO CRUZ, Efrén, *Introducción al derecho del trabajo*, Madrid: Editorial Tecnos, 2002.
- CARRO IGELMO, Alberto, *Curso de derecho del trabajo*, Barcelona: Bosch, 1991.
- DIÁZ REVORIO, Francisco Javier, *Tecnología de la Información y la Comunicación y Nuevas Dimensiones de los derechos fundamentales*, Lima: Fondo Editorial PUCP, 2010.
- GARCÍA MORILLO, Joaquín, *El derecho a la libertad personal*, Valencia: Tirand lo Blanch, 1995.
- Gestión, “Poder Judicial contará con plataforma virtual para audiencias durante emergencia”, Lima: 27 de marzo del 2020.
- INEI, recuperado de <<https://bit.ly/3DfrQzm>>, consulta: 30 de Mayo del 2020.
- LANDA ARROYO, César, *El derecho del trabajo en el Perú y su proceso de constitucionalización. Análisis especial de caso de la mujer y la madre trabajadora*. Lima: Themis, 2014.
- LANDA ARROYO, César, *Los derechos fundamentales*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2017.
- SAGUES, Néstor, *Elementos del derecho constitucional*, Buenos Aires: Astrea, 1997.
- Radio Programas del Perú, “Chiclayo. Denuncian que entierran a fallecida por la COVID-19 sin avisar a sus familiares”, Recuperado de: <<https://bit.ly/3Bj084j>>. Lima: 2020.
- SÁNCHEZ, Fressia Y Mariapía SÁENZ, “Suspensión perfecta de labores. ¿En qué supuestos las empresas pueden aplicarla?”, Recuperado de: <<https://bit.ly/3abDSNx>>, 2020.



# JUECES QUE SE APARTAN DE LOS PRECEDENTES VINCULANTES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: UNA PROPUESTA DE RECONSTRUCCIÓN

Víctor García Yzaguirre\*

**SUMARIO:** I. Introducción.— II. Los precedentes del Tribunal Constitucional peruano.— 1. Jurisprudencia vinculante y precedentes vinculantes.— 2. Aplicabilidad de los precedentes.— III. Precedentes del Tribunal Constitucional ¿ineludibles?— 1. Modificación del alcance de un precedente.— 2. Pérdida de fuerza de un precedente.— IV. Conclusiones.— V. Bibliografía.

## I. Introducción

Desde que entró en vigencia el Código Procesal Constitucional en el Perú las prácticas argumentativas de los litigantes y de justificación de sentencias por parte de los aplicadores del derecho de este país han cambiado sustantivamente. Muchos de estos operadores del derecho consideran que la identificación de la premisa normativa de sus argumentaciones se justifica, de mejor manera, si se emplea una decisión pasada del Tribunal Constitucional o, por

lo menos, no se contradiga una decisión pasada del Tribunal Constitucional.

En el Perú, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es el tipo de aplicación del derecho más importante, tanto por razones prácticas como normativas. Por razones práctica, en tanto puede ser empíricamente verificado que los operadores del derecho consideran que una pretensión está mejor argumentada si se emplea jurisprudencia del Tribunal Constitucional a una argumentación que no la emplea.

---

\* Doctorando en cotutela de la Universidad Austral de Chile y de la Universidad de Génova. Este trabajo se enmarca como tesista del proyecto Fondecyt “Hacia una teoría del stare decisis” (n.º 1180494) concedido por el Conicyt chileno. Agradezco a Eulogio Peña Ginger, Astrid Cabezas Poma y a Víctor García Toma por sus comentarios a versiones previas de este artículo. Parte de este texto ha sido publicado en “Teoría del derecho y Jurisprudencia”, obra compilada por Hernel Perea y coeditada por la Universidad de Santiago de Cali, Colombia y la editorial Diké.

Por razones normativas, en tanto son decisiones jurisdiccionales sobre las que no es posible imponer recursos (son irrecurribles) y por regulación expresa de que el resto de operadores debe adecuar su comportamiento a la jurisprudencia de este Tribunal.

Si bien las decisiones de este Tribunal son irrevisables dentro del sistema de justicia peruano, no han sido pocos los casos en los que jueces de inferior jerarquía han considerado que son decisiones equivocadas. En algunos de estos casos los jueces, a efectos de evitar lo que consideraron sería imponer una consecuencia jurídica axiológicamente insoportable, se han apartado de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Es decir, han dado razones por las cuales una decisión pasada del Tribunal Constitucional, si bien aplicable, no debía ser usada para resolver el caso particular que están decidiendo.

El objetivo del presente artículo es ofrecer una propuesta de reconstrucción de qué es lo que hacen los jueces del Poder Judicial al momento de decidir que no deben usar en la justificación de sus decisiones un precedente aplicable del Tribunal Constitucional.

Para alcanzar este objetivo partiré por hacer una breve reconstrucción de los aspectos a analizar de cómo operan los precedentes del Tribunal Constitucional en el sistema normativo peruano. Tras ello, haré una breve reconstrucción del sentido que emplearé de aplicabilidad de normas jurídicas. Finalizadas

estas clarificaciones reconstruiré el razonamiento empleado en dos sentencias judiciales que justificaron por qué no debían usar las decisiones aplicables del Tribunal Constitucional. A partir de ellas sustentaré que son los jueces del Poder Judicial quienes determinan el contenido y deber de emplear los precedentes del Tribunal Constitucional.

## II. Los precedentes del Tribunal Constitucional peruano

### 1. Jurisprudencia vinculante y precedentes vinculantes

El Tribunal Constitucional del Perú es un órgano constitucionalmente autónomo encargado de realizar: i) el control concentrado de constitucionalidad a normas con rango de ley; ii) resolver en última y definitiva instancia los procesos de protección de derechos fundamentales; y iii) resolver en instancia única los conflictos de competencia entre entidades públicas. En extrema síntesis, es el órgano competente para resolver, de manera irrecusable, controversias de aplicación de la Constitución.

Los procesos constitucionales y los efectos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional están regulados por el Código Procesal Constitucional. De todos estos, me voy a concentrar en los efectos vinculantes de las decisiones que resuelven procesos de protección de derechos fundamentales<sup>1</sup>. Ello, debido a

1 En términos más precisos, el Código Procesal Constitucional prevé el *stare decisis* o regla

que son procesos de toma de decisiones en materia de interpretación de la parte dogmática de la Constitución en el que están involucrados aplicadores del derecho del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional.

El Código Procesal Constitucional prescribe que todos los operadores del derecho del Perú deben interpretar las disposiciones normativas de la misma manera en que lo hace el Tribunal Constitucional<sup>2</sup>. La dogmática constitucional para dar cuenta de este deber llama a la jurisprudencia del Tribunal como “jurisprudencia vinculante”. Deber que se produce, cabe precisar, a partir de la reiteración de una misma decisión.

Asimismo, dicho cuerpo normativo introdujo, de manera innovadora, la figura del precedente vinculante<sup>3</sup>. De

manera breve, los precedentes vinculantes son todas aquellas sentencias en las que el Tribunal Constitucional en su parte resolutive establece, expresamente, los considerandos de su sentencia que todos los aplicadores del derecho (sean estos jurisdiccionales, administrativos o privados) tienen el deber de seguir<sup>4</sup>. En este sentido, son supuestos en los que el Tribunal Constitucional dicta, específicamente

---

apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente”.

4 En términos del propio Tribunal Constitucional “el precedente constitucional vinculante es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga. El precedente constitucional tiene, por su condición de tal, efectos similares a los de una ley. Es decir, la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanzar a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos”. Véase, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 0006-2003-AI/TC*, Lima: 1 de diciembre del 2003. Asimismo, “[c]omo consecuencia lógica de ello, los tribunales y jueces ordinarios no pueden contradecir ni desvincularse de las sentencias del Tribunal Constitucional, bajo riesgo de vulnerar no sólo los principios de supremacía y fuerza normativa de la Constitución, sino también el principio de unidad, inherente a todo ordenamiento jurídico. Aún más, si así fuera se habría producido un efecto funesto: la subversión del ordenamiento constitucional en su totalidad, por la introducción de elementos de anarquía en las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial”. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 006-2006-PC/TC*, Lima: 12 de febrero del 2007, f. j. n.º 43.

---

sobre los precedentes. Sobre este punto no profundizaré en este artículo. Sobre este punto, es recomendable ver la aproximación a esta regla como norma constitutiva propuesta en NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro, “Precedente en materia de hechos”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 31, n.º 1, 2018, pp. 51-78.

2 Ello conforme al tercer párrafo del artículo VI del Código Procesal Constitucional que señala: “Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional”.

3 Ello conforme al tercer párrafo del artículo VII que señala “Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva

camente, cuáles son las prescripciones que el resto de operadores jurídicos debe acatar<sup>5</sup>.

La diferencia entre la jurisprudencia vinculante y los precedentes vinculantes, considero, es solo de grado. Por un lado, para determinar el deber de los jueces del Poder Judicial de usar en sus justificaciones la jurisprudencia vinculante será necesario rastrear la reiteración en una decisión. Ello contrasta con el precedente vinculante, el cual tiene efecto vinculante al día siguiente de publicado. Por el otro lado, para establecer cuál es la jurisprudencia vinculante será necesario hacer una labor reconstructiva a partir de varias decisiones jurisdiccionales. Ello contrasta con que el precedente vinculante establece, de manera clara y precisa, el texto a partir del cual podemos identificar la prescripción dirigida al resto de aplicadores del derecho<sup>6</sup>.

5 Para un análisis sobre si los precedentes vulneran o no la independencia judicial, véase NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro, “¿Violan los precedentes la IJI? Desencuentros desde la incomprensión”, en *Derecho PUCP*, vol. 84, Lima: 2020, pp. 303-336.

6 Para un análisis más detallado de estas figuras desde la dogmática constitucionalista peruana, véase RODRÍGUEZ, Roger, “El precedente constitucional en el Perú: Entre el poder de la historia y la razón de los derechos”, en Pedro GRÁNDEZ y Edgar CARPIO (comps.), *Estudios al Precedente Constitucional*, Lima: Palestra, 2007, pp. 79-106; GRÁNDEZ, Pedro, “El precedente constitucional en el Perú: Entre el poder de la historia y la razón de los derechos”, en Pedro GRÁNDEZ y Edgar CARPIO (comps.), *Estudios al Precedente Constitucional*, Lima: Palestra, 2007, pp. 15-78; LANDA, César, “Los precedentes constitucionales: el caso del Perú”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia*

Ahora bien, la jurisprudencia vinculante y los precedentes vinculantes ¿son textos? Para enfrentar esta pregunta es oportuno diferenciar entre disposición y norma. Por disposición se da cuenta de los signos lingüísticos empleados para transmitir un mensaje. En el caso del derecho, están contenidos en una fuente del derecho (han sido creados por una autoridad normativa). Una norma, en cambio, es el significado que un intérprete le atribuye a una disposición<sup>7</sup>. De esta forma, una disposición es el objeto de la interpretación y la norma su resultado<sup>8</sup>.

Así, por norma jurídica entiendo el significado atribuido a una disposición normativa (una fuente escrita del derecho) compuesta por un antecedente correlacionado con un consecuente nor-

*Constitucional*, vol. 14, Madrid: 2010, pp. 193-233; y GARCIA YZAGUIRRE, José Víctor y Omar Alberto SAR, “La dinámica de la jurisprudencia y los precedentes vinculantes”, en ERNESTO ÁLVAREZ y Omar Alberto SAR (eds.), *Reporte de jurisprudencia. precedentes y jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional*, Arequipa: 2013, pp. 59-120.

7 GUASTINI lo presenta así: “la disposición es (parte de) un texto aún por interpretar; la norma es (parte de) un texto interpretado”. GUASTINI, Riccardo, “Disposición vs. Norma”, en S. POZZOLO, Susanna y R. ESCUDERO (eds.), *Disposición vs. norma*, Lima: Palestra, 2011, pp. 77.

8 La identificación de normas, como podemos ver, se refiere al problema del paso de las fuentes jurídicas a normas jurídicas, esto es, del proceso y resultado de interpretar. En este sentido, BULYGIN, Eugenio, “Dogmática jurídica y sistematización del derecho”, en A. NÚÑEZ VAQUERO (comp.), *Modelando la ciencia jurídica*, Lima: Palestra, 2014, pp. 53-86 y RAZ, Joseph, *El Concepto de Sistema Jurídico*, Ciudad de México: UNAM, 1986, p. 95.

mativo. El antecedente está compuesto por categorías de acciones o estados de cosas. Un consecuente normativo da cuenta de una acción o actividad deónticamente modalizada (obligatorio, prohibido, permitido, facultativo) que ha de ejecutarse tras verificarse el antecedente en un caso individual. De esta forma, las disposiciones no guían la conducta, pues son solo signos lingüísticos, ello solo se realiza mediante las normas o interpretaciones de las disposiciones.

Los legisladores son creadores de disposiciones, esto es, de enunciados lingüísticos que son objeto de la interpretación. Estas autoridades no crean normas, sino textos a los cuales podemos atribuirle un conjunto de normas<sup>9</sup> <sup>10</sup>. De ser esto así, entonces las nociones de jurisprudencia vinculante y la de precedente vinculante no tienen sentido si son entendidas como disposiciones o fragmentos de una sentencia, pues los signos lingüísticos, por sí mismos, no pueden guiar la conducta. Estas son mejor entendidas como normas, es decir,

como resultados de haber interpretado sentencias<sup>11</sup>.

Esto supone que la identificación de cuál es la jurisprudencia vinculante y cuál es el precedente vinculante es una pregunta sobre cuál es la interpretación “correcta” de las sentencias del Tribunal Constitucional<sup>12</sup>. En el caso de la jurisprudencia vinculante, esta identificación requiere ser realizada empleando más de una sentencia. En cambio, en el caso de los precedentes vinculantes esta identificación se llega a cabo a partir de fragmentos especificados por el propio Tribunal Constitucional en una sentencia<sup>13</sup>. Dado que ambas figuras comparten efectos y problemas de identificación, en adelante emplearé el término “precedentes” para dar cuenta de ambas.

Dado el objetivo del presente artículo, no profundizaré sobre las posibles maneras de interpretar una senten-

9 CHIASSONI, Perluigi, *Interpretation without truth*, Cham: Springer, 2019, p. 111.

10 En este mismo sentido Waldron al señalar “[w]ords do not determine meanings, people do. No amount of staring at the words of a rule, then staring at the world, then staring at the words again, will tell us when we have a proper application”. WALDRON, Jeremy, “Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues”, en *California Law Review*, vol. 82, n.º 3, California: 1994, p. 510.

11 Este punto ha sido analizado con mayor profundidad en NÚÑEZ VAQUERO, A., “Sin precedentes: una mirada escéptica a la regla del stare decisis”, en *Doxa*, vol. 39, Alicante: 2016, pp. 127-156.

12 Para una postura similar, véase ITURRALDE, Victoria, “El precedente como una fuente de interpretación (perspectiva desde el derecho continental)”, en C. BERNAL PULIDO y T. BUSTAMANTE (eds.), *Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015, pp. 231-262.

13 La ventaja de esta figura recae en la reducción de costos de información necesarios para identificar la fuente escrita sobre la cual identificar normas que han de operar como precedente vinculante.

cia del Tribunal Constitucional ni cual es la mejor forma. Esta distinción me servirá para mostrar que una manera que emplean los jueces del Poder Judicial para justificar el no uso de precedentes aplicables del Tribunal Constitucional es presentar una interpretación posible y argumentar por qué esta no debe ser usada (en términos más precisos, argumentar que, a efectos de satisfacer existencias valorativas, la sentencia debe ser reinterpretada de manera restrictiva). Sobre ello volveré más adelante.

## 2. Aplicabilidad de los precedentes

Como hemos podido ver, el Tribunal Constitucional es un agente productor de disposiciones normativas. Cada aplicador del derecho, a partir de dicha disposición, deberá identificar la norma aplicable que deba usar en sus decisiones jurisdiccionales. Ahora bien, ¿qué quiere decir esto?

Para clarificar este punto es oportuno analizar la noción de aplicabilidad. Señalar que una norma es aplicable da cuenta del deber del aplicador del derecho (por ejemplo, un juez) de usar una determinada norma N1 en la justificación de su decisión institucional para resolver un determinado caso. Deber que es impuesto por otra norma N2 del mismo sistema jurídico<sup>14 15</sup>.

14 RODRÍGUEZ, Jorge y Daniel VICENTE, “Aplicabilidad y validez de las normas del derecho internacional, en *Doxa*, vol. 32, Alicante: 2009, p. 186

15 FERRER, Jordi y Jorge Luis RODRÍGUEZ, *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*, Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 185.

Como podemos ver, bajo esta forma de entender la aplicabilidad se da cuenta de una prescripción de emplear otra norma cada vez que se verifique un caso individual que es subsumible en su antecedente. Esta relación implica, como bien han diferenciado Moreso y Navarro, dos nociones relacionadas entre sí: aplicabilidad interna y aplicabilidad externa de las normas generales a casos particulares<sup>16</sup>.

Una norma N1 es internamente aplicable en un espacio-tiempo determinado a un caso particular siempre que este sea una instanciación o ejemplificación del antecedente de la norma. Como podemos ver, con esta noción se describe la relación entre una norma y un caso individual (caso que es subsumible en el ámbito de aplicación de la norma general). Dicho en términos más precisos, la aplicabilidad interna da cuenta del alcance de las normas entendiendo dicho concepto como el conjunto de casos a los cuales la norma ha resuelto deductivamente<sup>17</sup>.

16 Esta distinción fue introducida inicialmente por MORESO, Juan José y Pablo NAVARRO, “Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas”, en *Isonomía*, vol. 5, Ciudad de México: 1996, pp. 119-139. En lo que sigue asumiré las reconstrucciones y críticas contenidas en NAVARRO, Pablo, “Acerca de la inevitabilidad de la interpretación”, en *Isonomía*, vol. 22, 2005, p. 107; y, RODRÍGUEZ y VICENTE, “Aplicabilidad y validez de las normas del derecho internacional, art. cit., pp. 190 y ss.

17 NAVARRO, “Acerca de la inevitabilidad de la interpretación”, art. cit., p. 118.



Una norma N1 es externamente aplicable en un espacio-tiempo determinado a un caso individual que es una ejemplificación del caso genérico C, siempre se satisfagan conjuntamente las siguientes condiciones: i) el caso genérico C esté previsto en el antecedente de la norma N1, es decir, sea internamente aplicable; y ii) otra norma N2, perteneciente al sistema jurídico, ordene al aplicador del derecho a emplear N1 en la justificación de sus decisiones cada vez que estén frente a una ejemplificación del caso genérico C<sup>18 19 20</sup>.

La aplicabilidad externa de las normas, en este sentido, es una noción descriptiva de la fuerza de una norma general, esto es, de la aptitud de las normas para operar como premisas normativas en la justificación de las decisiones institucionales. Para ser más preciso, da cuenta del deber que posee un aplicador

del derecho de tener en cuenta esta norma general en la solución del caso<sup>21</sup>. En este sentido, con este concepto podemos describir una relación triádica entre una norma N2 con una norma N1 (impone el deber de aplicarla) a y un caso individual que es una instanciación de un caso genérico C<sup>22</sup>.

Considerada esta forma de entender la aplicabilidad, ahora es posible aclarar la distinción entre seguir una norma y aplicar una norma. Bajo esta perspectiva, ambas nociones dan cuenta de operaciones diferentes. Seguir una norma refiere que nuestras acciones u omisiones alcanzan el estado de cosas deseado previsto por la norma. Supongamos que tenemos una norma que prescribe una acción (p → Oq). La verificación de que una regla ha sido seguida se da si vivimos en un mundo donde concurren p y q (es un mundo p.q). Para alcanzar dicho estado de cosas hemos de seguir la regla, es decir, si estamos en un mundo p realizamos actos para sea un mundo p.q. También puede ser el caso que seguimos las reglas cuando realizamos acciones

18 *Ibid.*, p. 129.

19 FERRER y RODRÍGUEZ, *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*, ob. cit., p. 61.

20 Cabe anotar que, bajo esta reconstrucción que vengo siguiendo de la noción de aplicabilidad, esta definición de aplicabilidad externa es coincidente con la forma en que Bulygin ha propuesto entender la aplicabilidad. Al respecto, “decir que una norma es válida en este sentido no es dictar una prescripción, sino afirmar la existencia de una prescripción de acuerdo a la cual la norma en cuestión debe ser aplicada a un cierto caso. Aquí la oración “p es válida” es una proposición descriptiva, si bien esta proposición hace referencia a una norma. Usaré el término “aplicabilidad” para referirme a este tercer concepto de validez”. BULYGIN, Eugenio, “Tiempo y validez en *Análisis lógico y derecho*”, Madrid: CEPC, 1991, p. 196.

21 NAVARRO, “Acerca de la inevitabilidad de la interpretación”, art. cit., pp. 108-109.

22 Empleo, a efectos de exposición clara y directa, la referencia a normas específicas, sin perjuicio a que la aplicabilidad puede ser predicada a clases de normas. Para ser más preciso, la aplicabilidad externa puede ser empleada para describir tanto de una relación triádica compuesta por normas específicas y un caso individual, como una relación triádica compuesta por clases de normas y una clase de casos. Esta misma precisión debe ser considerada para las relaciones entre normas y casos esclarecida por la aplicabilidad interna.

para evitar que el mundo sea  $\neg q$ . Bajo este entendido, entonces, violamos las reglas si vivimos en un mundo  $p$  y no realizamos acciones para conseguir  $q$ , o cuando estamos en un mundo  $p \cdot q$  y realizamos acciones para  $\neg q$ . En este sentido, seguir una regla refiere a un acto de conformidad de los resultados de nuestras acciones en la realización de un estado de cosas que coincide con el prescrito por las normas (no hace falta que sea un seguimiento consciente de las reglas, de hecho, usualmente seguimos las reglas y no nos damos cuenta de ello).

Aplicar una regla, en cambio, refiere a una decisión institucional que emplea dicha norma como premisa normativa a efectos de imponer su consecuencia jurídica a sus destinatarios. Conforme a lo expuesto, la aplicabilidad de una norma es una descripción del deber del aplicador del derecho de usar dicha norma como premisa normativa para calificar ciertos hechos que se le presenten.

### III. Precedentes del Tribunal Constitucional ¿ineludibles?

Lo señalado hasta el momento nos permite introducir dos modalidades por las cuales un juez del Poder Judicial puede no emplear un precedente del Tribunal Constitucional. Por un lado, puede modificar la aplicabilidad interna de la norma, de manera que se varía el antecedente a efectos de excluir un supuesto de hecho. Por el otro lado, puede crear un criterio de preferencia que le permita determinar, entre dos normas

interna y externamente aplicables, cuál de estas dos posee aplicabilidad externa una vez considerados todos los aspectos relevantes del caso individual (y cuál la pierde). Veamos un ejemplo de cada una de estas:

#### 1. Modificación del alcance de un precedente

Uno de los casos más famosos de apartamiento de un precedente vinculante del Tribunal Constitucional fue el denominado por la dogmática constitucionalista peruana como “el precedente Huatuco” (creado mediante la Sentencia N.º 5057-2013-PA/TC). A efectos de una adecuada presentación debo partir con algunas precisiones previas sobre el fondo de la discusión.

El sistema normativo peruano prevé que los trabajadores públicos al ser despedidos arbitrariamente puedan requerir ante un juez que sean, o bien repuestos al puesto de trabajo que ocupaban, o bien indemnizados.

Ahora bien, para trabajar en el Estado, una persona puede ser contratada bajo una multiplicidad de modalidades contractuales (concurso público, designación directa, contratos civiles, entre muchos otros). En este contexto, el Tribunal Constitucional entró a resolver la discusión sobre cómo proteger a los trabajadores públicos que hayan sido despedidos de manera arbitraria y que no hayan ingresado al Estado por concurso público.

Si interpretamos de manera literal la sentencia del Tribunal Constitucional que emitió el precedente Huatuco, dicho fuero estableció la siguiente regla: “si la persona despedida de manera arbitraria no ingresó al Estado mediante concurso público, entonces está prohibido que sea repuesta al puesto que ocupó”.

¿Cuál fue el resultado de esta regla? Un grupo de jueces laborales empezaron a decidir que todos los trabajadores del Estado que fueron contratados sin concurso público y despedidos arbitrariamente no deberían ser repuestos (solo se les podía conceder una indemnización). Frente a ellos, otro grupo de jueces consideraron que tal regla producía un resultado equivocado.

De todas las voces discrepantes del precedente vinculante es oportuno resaltar la decisión de la Corte Suprema mediante Casación Laboral N.º 12475-2014-Moquegua. Lo que la Suprema sostuvo fue que si la decisión del Tribunal Constitucional era leída bajo una interpretación literal, ella producía inconsistencias con decisiones judiciales previas de la propia Corte Suprema y con ciertas normas laborales.

Lo que realizó la Corte Suprema fue una interpretación conjunta de todas estas decisiones (lo llamó “unificación de jurisprudencia”). En atención a ello, identificó una serie de supuestos de trabajadores públicos no contratados por concurso público que, por otras razones jurídicas (jurisprudencia de la Corte Suprema o normas laborales),

tenían derecho a poder solicitar y que se les otorgue la reposición.

¿Qué hizo la Corte Suprema peruana y qué nos dice sobre la identificación y aplicabilidad de los precedentes? Algunos podrían señalar que la Corte Suprema, de esta forma, inaplicó el precedente a ciertos casos. Esta expresión es un tanto oscura. Me parece que la mejor manera de clarificar sus operaciones es como una forma de reinterpretación. Para aclarar este punto debo hacer algunas precisiones sobre cómo reconstruir el proceso interpretativo de los jueces.

Un juez al momento de resolver un problema normativo<sup>23</sup> ha de considerar una o varias disposiciones. A estas disposiciones los intérpretes les atribuyen un primer (y provisional) significado, uno que usualmente resulta de una comprensión semántica del texto. A esta, siguiendo la terminología de Guastini, la llamaremos “significado *prima facie*”<sup>24</sup>. Tras ello, los intérpretes suelen realizar una reflexión posterior, con base en lo cual se decide atribuir un “significado todo considerado”. Esta decisión bien

23 Dicho de manera muy breve, un problema normativo es una pregunta sobre cuál es la calificación jurídica de un conjunto de acciones o de una acción, es decir, es un pedido para determinar si una acción, conforme al sistema jurídico, es obligatoria, prohibida, permitida o es facultativa. En el presente caso, cuál es la calificación normativa a los pedidos de reposición de trabajadores despedidos arbitrariamente y que no fueron contratados por concurso público.

24 GUASTINI, Riccardo, *Interpretar y Argumentar*, Madrid: CEPC, 2014, p. 108.

puede confirmar atribuir el significado *prima facie*, o bien puede no preferirlo a efectos de elegir otro de los significados posibles (o crear uno nuevo).

La actividad interpretativa, en este sentido, da cuenta de los actos justificativos de los intérpretes sobre si este decidirá o no atribuir a la disposición el significado *prima facie*. De esta forma, el intérprete puede confirmar que atribuirá dicho significado, ampliarlo, reducirlo, o dejarlo de lado por completo y elegir un significado completamente diferente. El intérprete habrá reinterpretado una disposición en aquellos supuestos en los que haya considerado no elegir el significado *prima facie*, a efectos de reemplazarlo por otro significado<sup>25</sup>, esto es, lo pueden reinterpretar.

25 Siguiendo a Chiassoni, en un primer momento los intérpretes realizan dos actividades: i) identifican disposiciones a ser objeto de la interpretación; y ii) adscriben, de manera tentativa, un primer significado. El resultado de este primer momento es un enunciado interpretativo con la estructura «en una primera interpretación, la disposición D significa N1 en el contexto C». Tras realizar un proceso interpretativo (el cual describiré en el texto principal líneas más adelante), el resultado de haber considerado dicha primera interpretación y otras posibles interpretaciones (considerando las identificadas vía interpretación cognitiva o creadas mediante una interpretación creativa), puede que tengamos un resultado reinterpretativo. Este tendrá la estructura “todas las cosas consideradas (en la situación en cuestión), la disposición D significa N2 en el contexto C”. Véase, CHIASSONI, Perluigi, “Los juegos interpretativos. La interpretación de la ley desde un enfoque griceano”, en P. NAVARRO y M.C. REDONDO (comps.), *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, mo-*

Por “reinterpretación” doy cuenta de la actividad compleja compuesta por: i) volver a interpretar una disposición normativa (es posterior a la identificación del significado *prima facie*); y ii) atribuir a la disposición un significado (total o parcialmente) diferente al significado *prima facie*. En otros términos, por reinterpretación entiendo el conjunto de interpretaciones correctivas<sup>26</sup>, las cuales pueden ser: restrictiva, extensiva o modificativa.

Una reinterpretación extensiva se refiere a que el intérprete ha decidido atribuir un significado todo considerado que se diferencia del significado *prima facie* por contener supuestos que originalmente no estaban incluidos dentro del alcance. En este sentido, la aplicabilidad interna de la norma es ampliada

*nal y política*, Barcelona: Gedisa, 2002, pp. 199-200. En este mismo sentido, siguiendo a Ratti en RATTI, Giovanni, “An Analysis of Some Juristic Techniques for Handling Systematic Defects in the Law”, en Thomas BUSTAMANTE y Christian DAHALMAN (eds.), *Argument Types and Fallacies in Legal Argumentation*, Cham: Springer, 2015, p. 155), la actividad reinterpretativa implica:

- i. Evaluación de resultados de la primera interpretación (el significado *prima facie*);
- ii. Enumeración de otras opciones interpretativas;
- iii. Elegir una de las opciones o crear una nueva opción interpretativa; y
- iv. Generar un contenido más preciso de la interpretación elegida.

26 GUASTINI, Riccardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona: Gedisa, 1999, pp. 217 y ss.

a efectos de cubrir más acciones o más estados de cosas<sup>27 28</sup>.

Por ejemplo, si hemos de interpretar la disposición “si funcionario público, entonces debe regirse por el Código de Ética de la Función Pública”, un significado *prima facie* posible es interpretar que están obligas todas aquellas personas que poseen un contrato de trabajo con el Estado a actuar conforme al Código de Ética. Una reinterpretación extensiva (atribuir un significado todo considerado) es considerar que “funcionario público” es un término que refiere a toda persona que tiene un contrato de trabajo con el Estado y/o que proveen un servicio público. Bajo esta interpretación se entiende que están regidos por el Código de Ética de la Función Pública, además de los subordinados laboralmente del Estado, estarán incluidos, por ejemplo, los trabajadores de universidades privadas o los controladores aéreos de aeropuertos

27 Por ejemplo, supongamos que tenemos un significado *prima facie* “si domicilio, entonces prohibido ingresar sin permiso o autorización judicial” y entendemos por “domicilio” a la residencia habitual. En este escenario un significado todo considerado extensivo sería considerar que “domicilio” incluye, por razones de semejanza (argumento analógico), que ello incluye las habitaciones de hotel (o, en otros términos, las residencias temporales), de manera que se incluye dentro del alcance de la norma tanto la casa donde uno vive regularmente, como los lugares donde uno se hospeda por unos días.

28 GUASTINI, *Distiguendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, ob. cit., p. 219.

privados (asumiendo que educación y control aéreo son servicios públicos).

Por su parte, una reinterpretación restrictiva refiere a que el intérprete ha decidido atribuir un significado todo considerado que se diferencia del significado *prima facie* por tener un alcance más reducido. Dicho resultado puede ser logrado introduciendo más propiedades en el antecedente.

Por ejemplo, si tenemos un significado *prima facie* “si trabajador, entonces obligatorio presentar una constancia de pago de impuesto a la renta al momento de firmar contrato”, un significado todo considerado restrictivo sería “si trabajador del sector público, entonces obligatorio presentar una constancia de pago de impuesto a la renta al momento de firmar contrato”.

Al momento de incluir “del sector público” como propiedad en el antecedente, lo que hace el intérprete es restringir el alcance de la norma: de todos los trabajadores a solo los trabajadores del sector público<sup>29</sup>.

En cambio, una reinterpretación modificativa consiste en que el intérprete ha decidido atribuir un significado todo considerado que se diferencia del significado *prima facie* por ser un signi-

29 En este sentido, si disponemos de un significado *prima facie* del tipo (p Oq), una posible reinterpretación restrictiva podría ser (p.r Oq). De esta forma, la sola verificación de p deja de ser una condición suficiente para que se siga el consecuente. Para que sea obligatorio q, tendrá que darse conjuntamente p y r.

ficado completamente diferente. En este sentido, al cambiar de sentido, lo que se produce es un completo apartamiento del significado *prima facie*.

Por ejemplo, si tenemos una disposición que exige como requerimiento “ser ciudadano en ejercicio”, un significado *prima facie* posible puede ser “persona que tiene la cualidad de ciudadano”. Una reinterpretación modificativa nos puede dar como significado todo considerado “persona con residencia permanente en el país que no está reclusa en un centro penitenciario”<sup>30</sup>.

Con estas nociones ya podemos clarificar qué hizo la Corte Suprema peruana al momento de dejar de lado el precedente vinculante del Tribunal Constitucional para determinar cómo se deben resolver cierto tipo de casos. En un primer momento determinó las disposiciones aplicables a cierto tipo de casos individuales y les atribuyó un significado *prima facie*. Luego verificó que esos significados *prima facie* producían inconsistencias entre sí. Para evitar dichos conflictos empleó una interpretación sistemática a efectos de determinar un significado todo considerado que no produjese tales inconsistencias.

Cabe anotar que “interpretación sistemática” es un argumento interpretativo problemático dado que el término

“sistema” es ambiguo<sup>31</sup>. Entre todas sus posibilidades, la más apropiada para el

31 Siguiendo a Velluzzi en VELLUZZI, Vito, “Interpretación sistemática: ¿Un concepto realmente útil? Consideraciones acerca del sistema jurídico como factor de interpretación”, en *Doxa*, vol. 21-I, Alicante: 1998, pp. 77) la interpretación sistemática puede ser entendida de las siguientes maneras:

- i) Como argumento *sedes materiae*: las disposiciones deben ser interpretadas tomando en consideración el conjunto de disposiciones del que forma parte. En otros términos, se debe interpretar en función al contexto literal-textual en el que está inserta una disposición.
- ii) Como argumento de disposición combinada: identificamos normas tomando en consideración diversas disposiciones. En otros términos, una norma es el resultado de haber considerado diversas disposiciones.
- iii) Como argumento de la constancia terminológica: un término debe ser interpretado siempre de la misma manera. En otros términos, siempre que se emplee una determinada palabra hemos de entenderla de la misma manera, sin considerar el contexto literal-textual donde esté.
- iv) Como argumento de la inconstancia terminológica: un término debe ser interpretado de la misma manera dentro de un determinado subsistema. En otros términos, siempre que dentro de una determinada *sedes materiae* se emplee un término hemos de entenderlo de la misma manera, pero si cambiamos de contexto normativo (otra *sedes materiae*) puede que el significado varíe.
- v) Como argumento de la coherencia, interpretación adaptativa y de las construcciones dogmáticas: las disposiciones deben ser interpretadas de manera que no generen un conflicto con normas previamente identificadas. En otros términos, tras haber adoptado una norma, cualquier otra norma a ser identificada posteriormente tiene que tener un contenido que no produzca una antinomia.

30 En ese sentido, si disponemos de un significado *prima facie* del tipo  $(p \rightarrow Oq)$ , una posible reinterpretación modificativa podrá ser  $(r \rightarrow Oq)$ . De esta forma,  $p$  deja de ser una condición para el consecuente y pasa a serlo  $r$ .

presente caso es entenderla como una forma de producir resultados interpretativos que no generen inconsistencias con otras normas del sistema normativo. Esto supone, por lo menos, dos pasos: i) seleccionar un conjunto de normas aplicables al caso; y ii) modificar todas aquellas normas que creen inconsistencias con otras normas.

Como podemos ver, esto implica dos decisiones valorativas. Por un lado, dependerá de cada intérprete determinar qué normas son relevantes para dicha operación y cuáles no. Por el otro lado, dependerá de las preferencias de los intérpretes qué normas deben ser modificadas a efectos de evitar una inconsistencia normativa.

En el presente caso, la Corte Suprema consideró que eran relevantes los significados *prima facie* atribuidos a la sentencia del Tribunal Constitucional, otras decisiones que este fuere había emitido previamente y a algunas disposiciones legales. Entre todas estas, estimó, había que identificarse el significado todo considerado que generará un mayor grado de protección a los derechos laborales de los trabajadores públicos despedidos arbitrariamente. De esta forma, al identificar cuál era el contenido del precedente Huatuco, lo hizo tomando en consideración todas las normas disponibles.

De esta forma, la Corte Suprema no inaplicó el precedente Huatuco, sino que determinó cuál era su alcance. Esto es, decidió que la sentencia del Tribunal

Constitucional no fuese leída de manera literal, sino que se leyera tomando en cuenta el sistema de normas del cual forma parte. En este sentido, lo que hizo la Suprema fue decidir cual era su aplicabilidad interna.

A partir de este supuesto podemos poner de relieve algunos puntos relevantes: i) interpretar las sentencias del Tribunal Constitucional de forma literal es una opción interpretativa entre muchas otras; ii) si los precedentes son normas, entonces quienes identifican los precedentes del Tribunal Constitucional son los jueces del Poder Judicial; y iii) son los jueces del Poder Judicial quienes determinan a qué casos está justificado aplicar el precedente y a cuáles no.

## 2. Pérdida de fuerza de un precedente

Otro de los casos más famosos de apartamiento de un precedente del Tribunal Constitucional fue el caso denominado por la dogmática constitucionalista peruana como “precedente píldora del día siguiente”. A efectos de una adecuada presentación debo partir con algunas precisiones previas sobre el fondo de la discusión.

El Tribunal Constitucional, mediante la Sentencia N.º 2005-2009-PA/TC, estableció la prohibición al Estado de distribuir gratuitamente el anticonceptivo oral de emergencia Levonorgestrel, comúnmente conocido como “píldora del día siguiente”. Ello sobre la premisa de que el inicio de la vida humana se identifica al momento de la

concepción y que uno de los efectos de la píldora del día siguiente era impedir la anidación del óvulo fecundado, lo que fue entendido como una modalidad abortiva (y, por tanto, a no ser promovida por el Estado). De manera breve, podemos reconstruir la decisión del Tribunal en la siguiente norma: “si un anticonceptivo tiene efectos abortivos, entonces prohibida su distribución gratuita”.

En el año 2012 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) resolvió el caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*. En dicha decisión la Corte decidió que la teoría de la fecundación debía ser descartada y que se debía adoptar la teoría de la anidación, es decir, la vida humana inicia al momento en el que un ovulo fecundado se anida en el útero de la mujer.

Esta decisión en el Perú fue interpretada a manera de que ella justificaba el deber del Estado de distribuir de forma gratuita de la píldora del día siguiente. Ello debido a que: i) la píldora del día siguiente era una forma de proteger el derecho a la autonomía reproductiva de las mujeres; y ii) la Corte IDH, al prescribir adoptar la teoría de la anidación, había cerrado la discusión sobre el posible efecto abortivo de la píldora, habiendo decidido que no lo tenía.

Como podemos ver, a partir de la decisión de la Corte IDH (las cuales son vinculantes para los jueces peruanos) se generaba un conflicto respecto a si distribuir gratuitamente o no la píldora

del día siguiente. En efecto, por un lado, tenían el deber de cumplir las decisiones del Tribunal Constitucional y, por el otro, el deber de cumplir las decisiones de la Corte IDH.

Al respecto, el Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima (en adelante el Juzgado) en su Sentencia N.º 30541-2014-0-1801-JR-CI-01 resolvió que, frente a estos deberes, debía tomar decisiones de manera conforme a la Corte IDH, pues de esa manera se protegía de mejor manera el derecho a la autonomía reproductiva de las mujeres. En este sentido, ordenó al Estado la distribución gratuita de la píldora del día.

¿Qué fue lo que hizo el Juzgado al momento de no usar la regla ordenada por el Tribunal Constitucional? Para reconstruir y presentar este supuesto emplearé el lenguaje de la lógica de preferencias.

Estamos frente a un caso en el que el juez tiene que resolver un caso, pero tiene dos normas interna y externamente aplicables, cada una de estas con consecuencias normativas diferentes y contradictorias entre sí. En estos casos debemos resolver el caso determinando cuál de estas dos es la norma que el juez debe aplicar al caso. Para ello hemos de crear una relación de preferencia entre ambas normas.

Una relación de preferencia entre normas refiere a los criterios por los cuales una norma es privilegiada respecto de otra en caso ambas sean aplicables a



un mismo caso. Dichos criterios pueden ser interpretados de dos formas: i) como criterios de preferencia que inciden en la pertenencia de una norma (se emplean estos criterios a efectos de rechazar el ingreso de una nueva norma en el sistema debido a que estas, de ingresar, producirían una situación de inconsistencia normativa); o ii) como criterios de preferencia que inciden en la aplicabilidad (externa) de una norma (se emplean estos criterios como directivas dirigidas al aplicador del derecho a efectos de determinar qué norma deben aplicar en caso de conflicto y cuál no, sin que ello implique que la norma no aplicada deje de pertenecer al sistema normativo).

Entre las normas que forman parte del sistema de normas aplicables podemos identificar o crear criterios de preferencia. Ello quiere decir que las normas de dicho sistema están relacionadas de manera que unas normas tienen prevalencia de unas respecto de otras. Entre las normas que forman parte del sistema de normas aplicables podemos identificar criterios de preferencia. Dichos criterios pueden ser identificados, por lo menos, de las siguientes formas<sup>32 33</sup>:

i. Identificadas de una disposición normativa empleando una direc-

tiva interpretativa literal<sup>34</sup>. Este es el caso que se hayan regulado expresamente en el sistema jurídico normas que prescriben relaciones de preferencia entre otros enunciados que también forman parte del sistema jurídico;

ii. Identificadas empleando directivas interpretativas no literalistas. Este es el caso que el aplicador del derecho identifica una norma que introduce una ordenación jerárquica entre dos normas que guardan una relación mediante criterios de

34 Alchourrón, Bulygin, Ferrer y Rodríguez consideran que este es un caso en el que el propio legislador ha creado una relación de preferencia. He preferido variar los términos de la presentación a efectos de evitar confusiones que puedan producirse a partir de cómo entendamos la interpretación jurídica. En efecto, si asumimos una concepción escéptica entonces el legislador solo introduce textos a ser interpretados y no normas, de manera que no es el legislador, finalmente, quien construye el criterio de preferencia, sino el intérprete. Caso contrario, desde una concepción no escéptica, se puede atribuir al legislador haber introducido una norma en el sentido de que ha incorporado un enunciado lingüístico a mérito de los significados de las palabras empleadas. En otros términos, se asume una interpretación literal de la disposición introducida, de manera que resulta un sistema normativo conformado por normas identificadas por ser casos claros (en un sentido semántico). Sobre este punto no es oportuno profundizar en este momento, pero a efectos de precisión entenderé la expresión «el legislador ha creado esta preferencia» en el sentido de que el intérprete ha elegido una interpretación literal de la disposición creada legislativamente (o, incluso, judicialmente si entendemos que la preferencia ha sido introducida mediante un precedente con efecto vinculante para toda la judicatura).

32 ALCHOURRÓN, Carlos y Eugenio BULYGIN, "La concepción expresiva de las normas", en *Análisis lógico y derecho*, Madrid: CEPC, 1991, p. 144.

33 FERRER y RODRÍGUEZ, *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*, ob. cit., p. 150.

preferencia. Estos criterios toman como relevante algún rasgo de la relación entre estas dos normas, por ejemplo: la competencia que poseen las autoridades que crearon la disposición interpretada (*lex superior*); la relación de especialidad entre las dos normas (*lex specialis*); o preferencias construidas a partir de criterios valorativos (ponderación, por ejemplo).

En este sentido, los criterios de preferencia pueden ser producto de la interpretación de disposiciones o el aplicador del derecho puede crear uno<sup>35</sup>.

Las relaciones de preferencia entre normas nos permiten resolver conflictos entre normas. Ante dos normas aplicables a un caso que prescriben consecuencias jurídicas lógicamente incompatibles entre sí será una tercera norma la que determine cuál de estas elegir a ser aplicada para el caso concreto.

Las relaciones de preferencia entre normas pueden ser presentadas de dos maneras: como preferencias

incondicionales o como preferencias condicionales<sup>36</sup>. Las relaciones de preferencia incondicionales refieren a que la preferencia de una norma (o tipo de norma) supera a la otra norma (o tipo de norma) con la que se relaciona en todo caso de conflicto posible. En otros términos, se ha establecido una relación de prioridad de una norma para todos los casos supuestos en los que entren en conflicto entre sí. Un ejemplo de esta idea es considerar que cada vez que el criterio de *lex superior* entre en conflicto con el criterio de *lex posterior* debemos, en todo caso, preferir el criterio de *lex superior*.

En cambio, las relaciones de preferencia condicionales refieren a que la preferencia de una norma (o tipo de norma) supera a la otra norma (o tipo de norma) con la que se relaciona en el caso de conflicto que se esté resolviendo, pero frente a nuevos supuestos de conflicto dicha preferencia puede ser invertida. En términos de Rodríguez, “queda preestablecida la prioridad de una de las normas sobre la otra para todos los casos individuales subsumibles en una cierta subclase de los supuestos de colisión”<sup>37</sup>. Un ejemplo de esta idea es considerar un caso de conflicto entre derechos en el cual, a la luz de los hechos de la controversia, en algunos supuestos se preferirá un derecho sobre otro, pero ante diferentes premisas fácticas se resuelva de manera inversa.

---

35 En términos de Bulygin: “la creación judicial del derecho se produce tanto en los casos de lagunas normativas como en los de conflictos normativos [...] cuando hay normas generales que correlacionan un caso genérico con dos o más soluciones incompatibles, el caso individual no puede ser resuelto, sin modificar las normas existentes. La técnica usada por los jueces consiste en establecer un orden jerárquico entre las normas en conflicto y no aplicar en el caso la norma menos importante”. BULYGIN, Eugenio, “Creación y aplicación del derecho”, en *Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*, Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 43.

---

36 RODRÍGUEZ, 2003, p. 234.

37 RODRÍGUEZ, 2003, p. 234.

Con estas nociones ya podemos reconstruir de manera clara qué es lo que hizo el Juzgado al momento de ordenar la distribución gratuita de la píldora del día siguiente, a pesar de que ello contradecía el precedente del Tribunal Constitucional.

El Juzgado se enfrentaba a dos deberes incompatibles entre sí. Por un lado, el deber de prohibir la distribución gratuita de la píldora del día siguiente, conforme a la decisión del Tribunal Constitucional. Por el otro lado, el deber de ordenar la distribución gratuita de la píldora del día siguiente, conforme a la decisión de la Corte IDH.

Frente a tal conflicto de deberes, el Juzgado introdujo un criterio de preferencia condicional que puede ser reconstruido de dos maneras. Por un lado, se debe optar por el deber que ofrezca un mayor grado de protección a los derechos de las mujeres.

Por el otro lado, se debe optar el deber que sea dictado por la autoridad con mayor jerarquía (en este caso, se consideró que la Corte IDH, por su carácter supranacional, es jerárquicamente superior al Tribunal Constitucional).

Sin perjuicio a cuál sea la mejor reconstrucción de la preferencia condicional introducida, el Juzgado introdujo una nueva norma que determinó que el deber de ordenar la distribución gratuita mantenía su aplicabilidad externa y que el deber de prohibir la distribución gratuita había perdido su aplicabilidad externa.

Cabe precisar que esta operación no supone que el juzgado haya expulsado del sistema normativo el deber de prohibir la distribución gratuita. Únicamente ha decidido que, para resolver el caso individual que tenía al frente, no tenía el deber de usarla. Esto no supone modificar el alcance del precedente ni que otros jueces deban seguirla, únicamente supone determinar la aplicabilidad del precedente para el caso concreto.

#### IV. Conclusiones

Los jueces del Poder Judicial al momento de apartarse de un precedente del Tribunal Constitucional pueden estar realizando una de dos operaciones: i) realizan una reinterpretación de la sentencia (o sentencias) donde se ha establecido (por reiteración o expresa indicación) la disposición que servirá para identificar el precedente; o ii) introducen una norma de preferencia condicional para resolver un conflicto normativo con otra norma (por ejemplo, a efectos de preferir las decisiones de una autoridad considerada superior o para proteger, en un mayor grado, el contenido protegido de un derecho).

Ambas operaciones comparten un rasgo: la presencia de un conflicto. En primer supuesto se realiza una reinterpretación a efectos de evitar un conflicto entre el precedente y otra norma, de manera que se modifica la interpretación que se hace de la sentencia del Tribunal Constitucional. En el segundo supuesto se introduce una preferencia a efectos de

resolver un conflicto entre el precedente y otra norma.

Esta idea permite ahora, a manera de conclusión, clarificar una expresión un tanto oscura. Usualmente se sostiene que los jueces pueden apartarse de un precedente a causa de un hecho, pero ello es impreciso o, por lo menos, entimemático. Los hechos no son por sí mismos normativamente relevantes, lo que necesitamos es que una norma los califique como tales. En este sentido, cada vez que consideramos que un hecho debería no ser regulado por la norma lo que estamos haciendo es señalar que una norma califica dicho estado de cosas o acción con un modalizador deóntico diferente e incompatible, que es aplicable al caso de manera que se crea un conflicto normativo. Lo que hacemos al momento de apartarnos de un precedente es dar cuenta de un conflicto entre dos normas: entre la norma prevista en el precedente y otra norma (del propio sistema jurídico o de la moral o de cualquier otro, siempre que sea externamente aplicable) y sucede que consideramos que debemos aplicar, para el caso a ser resuelto, la solución prevista en esa otra norma. El resultado de dar preferencia a esa otra norma es que el ámbito de aplicación del precedente o su supuesto de hecho ha sido acertado o delimitado.

Asimismo, nos permite clarificar que son los jueces del Poder Judicial quienes identifican el contenido de los precedentes del Tribunal Constitucional y son ellos, además, quienes deciden

que estos han entrado en conflicto con otra norma. En este sentido, los jueces determinan las condiciones para dejar de lado (por modificación del alcance o pérdida de aplicabilidad externa) estos precedentes y deciden, conforme a sus preferencias, si lo hacen. Si tal decisión deba ser o no revocada por un órgano superior (o por el propio Tribunal Constitucional), ello solo dependerá de si la entidad está valorativamente de acuerdo o no con la decisión de dejar de lado el precedente.

## V. Bibliografía

- ALCHOURRÓN, Carlos y Eugenio BULYGIN, “La concepción expresiva de las normas”, en *Análisis lógico y derecho*, Madrid: CEPC, 1991.
- BULYGIN, Eugenio, “Tiempo y validez en *Análisis lógico y derecho*, Madrid: CEPC, 1991.
- BULYGIN, Eugenio, “Creación y aplicación del derecho”, en *Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*, Madrid: Marcial Pons, 2005.
- BULYGIN, Eugenio, “Dogmática jurídica y sistematización del derecho”, en A. NÚÑEZ VAQUERO (comp.), *Modelando la ciencia jurídica*, Lima: Palestra, 2014.
- CHIASSONI, Perluigi, “Los juegos interpretativos. La interpretación de la ley desde un enfoque griceano”, en P. NAVARRO y M.C. REDONDO (comps.), *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Barcelona: Gedisa, 2002.
- CHIASSONI, Perluigi, *Interpretation without truth*, Cham: Springer, 2019.
- FERRER, Jordi y Jorge Luis RODRÍGUEZ, *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*, Madrid: Marcial Pons, 2011.
- GARCIA YZAGUIRRE, José Víctor y Omar Alberto SAR, “La dinámica de la jurisprudencia y los precedentes vinculantes”, en Ernesto

- ÁLVAREZ y Omar Alberto SAR (eds.), *Reporte de jurisprudencia. precedentes y jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional*, Arequipa: 2013.
- GRÁNDEZ, Pedro, “El precedente constitucional en el Perú: Entre el poder de la historia y la razón de los derechos”, en Pedro GRÁNDEZ y Edgar CARPIO (comps.), *Estudios al Precedente Constitucional*, Lima: Palestra, 2007.
- GUASTINI, Riccardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona: Gedisa, 1999.
- GUASTINI, Riccardo, “Disposición vs. Norma”, en S. POZZOLO, Susanna y R. ESCUDERO (eds.), *Disposición vs. norma*, Lima: Palestra, 2011.
- GUASTINI, Riccardo, *Interpretar y Argumentar*, Madrid: CEPC, 2014.
- ITURRALDE, Victoria, “El precedente como una fuente de interpretación (perspectiva desde el derecho continental)”, en C. BERNAL PULIDO y T. BUSTAMANTE (eds.), *Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.
- LANDA, César, “Los precedentes constitucionales: el caso del Perú”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, vol. 14, Madrid: 2010.
- MORESO, Juan José y Pablo NAVARRO, “Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas”, en *Isonomía*, vol. 5, Ciudad de México: 1996.
- NAVARRO, Pablo, “Acerca de la inevitabilidad de la interpretación”, en *Isonomía*, vol. 22, 2005, pp. 99-122.
- NAVARRO, Pablo y Jorge RODRÍGUEZ, *Deontic logic and legal systems*, Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro, “Sin precedentes: una mirada escéptica a la regla del stare decisis”, en *Doxa*, vol. 39, Alicante: 2016.
- NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro, “Precedente en materia de hechos”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 31, n.º 1, 2018.
- NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro, “¿Violan los precedentes la IJI? Desencuentros desde la incompreensión”, en *Derecho PUCP*, vol. 84, Lima: 2020.
- RAZ, Joseph, *El Concepto de Sistema Jurídico*, Ciudad de México: UNAM, 1986.
- RATTI, Giovanni, “An Analysis of Some Juristic Techniques for Handling Systematic Defects in the Law”, en Thomas BUSTAMANTE y Christian DAHALMAN (eds.), *Argument Types and Fallacies in Legal Argumentation*, Cham: Springer, 2015.
- RODRÍGUEZ, Roger, “El precedente constitucional en el Perú: Entre el poder de la historia y la razón de los derechos”, en Pedro GRÁNDEZ y Edgar CARPIO (comps.), *Estudios al Precedente Constitucional*, Lima: Palestra, 2007.
- RODRÍGUEZ, Jorge y Daniel VICENTE, “Aplicabilidad y validez de las normas del derecho internacional”, en *Doxa*, vol. 32, Alicante: 2009.
- VELLUZZI, Vito, “Interpretación sistemática: ¿Un concepto realmente útil? Consideraciones acerca del sistema jurídico como factor de interpretación”, en *Doxa*, vol. 21-I, Alicante: 1998.
- WALDRON, Jeremy, “Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues”, en *California Law Review*, vol. 82, n.º 3, California: 1994.

