

BOLETÍN N.º 01

DERECHO CONSTITUCIONAL Y PROCESAL CONSTITUCIONAL

Efectivización de la protección de los derechos fundamentales: entre la teoría legal y la burocracia práctica

Directores:

Anthony Julio Romero Casilla
Allen Martí Flores Zerpa
Frank J. Paucarchuco Gonzales

Coordinadoras:

Bianca Alexandra Zuñiga Siguas
Katherine Sofia Sánchez Muñoz

AÑO N.º 01 / DICIEMBRE 2021

Autores de esta edición:

Alfredo Orlando Curaca Kong

Asesor jurídico en Tribunal Constitucional

Rosa Isabel Sánchez Benites

Profesora en la Pontificia Universidad Católica del Perú

Mario Gonzalo Chávez Rabanal

Profesor de posgrado en los cursos de maestría de Derecho Constitucional y
Procesal Constitucional

Luis Benjamin Herrera Bustinza

Abogado en el Área Constitucional de la Procuraduría Pública del Poder
Judicial

Paola Brunet Ordoñez Rosales

Asesora jurisdiccional del Tribunal Constitucional

Ricardo Beaumont Callirgos

Profesor principal en Derecho Procesal Constitucional en la Maestría y
Doctorado de la UNMSM

Bruno Novoa Campos

Profesor de Derecho Constitucional de la Academia de la Magistratura y del
Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional

Nieves Lucana Mamani

Especialista en Justicia Constitucional e Interpretación por la Universidad
Castilla La Mancha de Toledo- España

Gerardo Eto Cruz

Doctor en Derecho Público por la Universidad Santiago de Compostela

Julio Tejada Aguirre

Magister por la Universidad Nacional Federico Villarreal con especialidad en
Derecho Constitucional

Directores

Anthony Julio Romero Casilla
Allen Martí Flores Zerpa
Frank James Paucarchuco Gonzales

Coordinadoras

Bianca Alexandra Zuñiga Sigwas
Katherine Sofía Sánchez Muñoz

BOLETÍN N.º 01

DERECHO CONSTITUCIONAL Y PROCESAL CONSTITUCIONAL

Efectivización de la protección de los
derechos fundamentales: entre la teoría
legal y la burocracia práctica

Autores de esta edición

Alfredo Curaca Kong
Isabel Sánchez Benites
Mario Chávez Rabanal
Luis Herrera Bustinza
Paola Ordoñez Rosales

Ricardo Beaumont Callirgos
Bruno Novoa Campos
Nieves Lucana Mamani
Gerardo Eto Cruz
Julio Tejada Aguirre



2021

LIMA – PERÚ

ISSN: 2810-8302

BOLETÍN DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y PROCESAL CONSTITUCIONAL

**EFFECTIVIZACIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES:
ENTRE LA TEORÍA LEGAL Y LA BUROCRACIA PRÁCTICA**

AÑO 01 – N.º 1 – DICIEMBRE 2021

EDITADO POR:

© **AMACHAQ ESCUELA JURÍDICA S.A.C.**

Jr. María Antonieta #399

amachaq.escuela.juridica@gmail.com

Lima – Perú

AUTORES EN ESTA EDICIÓN:

Curaca Kong, Alfredo Orlando
Sánchez Benites, Rosa Isabel
Chávez Rabanal, Mario Gonzalo
Herrena Bustinza, Luis Benjamin
Ordoñez Rosales, Paola Brunet
Beaumont Callirgos, Ricardo Arturo
Novoa Campos, Bruno
Lucana Mamani, Nieves
Eto Cruz, Gerardo
Tejada Aguirre, Julio Ernesto

DIRECTORES:

Romero Casilla, Anthony Julio
Flores Zerpa, Allen Martí
Paucarchuco Gonzales, Frank James

COORDINADORAS:

Zuñiga Siguas, Bianca Alexandra
Sánchez Muñoz, Katherine Sofia

COLABORADORES EN ESTA EDICIÓN:

Arias Aguila, Jesé David
Baldeon López, Nathaly Ximena
Hagei Meza, Mayli Midory

ISSN: 2810-8302

**Hecho el Depósito Legal en la
Biblioteca Nacional del Perú N° XXXXXXXXXX**

**SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN DICIEMBRE DEL 2021 EN:
AMACHAQ ESCUELA JURÍDICA S.A.C.**

Jr. María Antonieta #399

Urb. Palao 2da. etapa - San Martín de Porres

BOLETÍN N.º 01

"EFECTIVIZACIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: ENTRE LA TEORÍA LEGAL Y LA BUROCRACIA PRÁCTICA"

I. DIRECTORES

ANTHONY JULIO ROMERO CASILLA

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

ALLEN MARTÍ FLORES ZERPA

Bachiller por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

FRANK JAMES PAUCARCHUCO GONZALES

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

II. COORDINADORAS:

BIANCA ALEXANDRA ZUÑIGA SIGUAS

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

KATHERINE SOFIA SÁNCHEZ MUÑOZ

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

III. COLABORADORES EN ESTA EDICIÓN:

JESÉ DAVID ARIAS AGUILA

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

NATHALY XIMENA BALDEON LÓPEZ

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

MAYLI MIDORY HAGEI MEZA

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

IV. AUTORES EN ESTA EDICIÓN:

ALFREDO ORLANDO CURACA KONG

Asesor jurídico en Tribunal Constitucional

ROSA ISABEL SÁNCHEZ BENITES

Profesora en la Pontificia Universidad Católica del Perú

MARIO GONZALO CHÁVEZ RABANAL

Profesor de posgrado en los cursos de maestría de Derecho
Constitucional y Procesal Constitucional

LUIS BENJAMIN HERRENA BUSTINZA

Abogado en el Área Constitucional de la Procuraduría Pública del Poder
Judicial

PAOLA BRUNET ORDOÑEZ ROSALES

Asesora jurisdiccional del Tribunal Constitucional

RICARDO ARTURO BEAUMONT CALLIRGOS

Profesor Principal en Derecho Procesal Constitucional en la Maestría y
Doctorado de la UNMSM

BRUNO NOVOA CAMPOS

Profesor de Derecho Constitucional de la Academia de la Magistratura y
del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional

NIEVES LUCANA MAMANI

Especialista en Justicia Constitucional e Interpretación por la
Universidad Castilla La Mancha de Toledo- España

GERARDO ETO CRUZ

Doctor en Derecho Público por la Universidad Santiago de Compostela

JULIO ERNESTO TEJADA AGUIRRE

Magister por la Universidad Nacional Federico Villareal con especialidad
en Derecho Constitucional



BOLETÍN N°1

*Amachaq Escuela Jurídica
Área de Derecho Constitucional
y Procesal Constitucional*

Disponible en:

<https://bit.ly/boletin1-constitucional-amachaq>

Año: 2021

Edita:

*Amachaq Escuela Jurídica S.A.C.
amachaq.escuela.juridica@gmail.com*

El Boletín N° 1 de Derecho Constitucional y Procesal con eje temático "Efectivización de la protección de los derechos fundamentales: entre la teoría legal y la burocracia práctica" es publicado en formatos electrónicos que están disponibles para descarga en la página:

<https://bit.ly/boletin1-constitucional-amachaq>

Algunos derechos reservados.

ÍNDICE

PRÓLOGO	7
- Prejuicios sociales como obstáculo para la efectivización de los derechos fundamentales <i>Alfredo Orlando Curaca Kong</i>	11
- Participación de los grupos en especial situación de vulnerabilidad en la efectivización de sus derechos fundamentales <i>Rosa Isabel Sánchez Benites</i>	23
- Estabilidad y crisis: ¿afecta en la efectivización de los derechos fundamentales? <i>Mario Gonzalo Chávez Rabanal</i>	35
- ¿Es necesaria la inclusión explícita de los derechos fundamentales en la Constitución como paso necesario para su efectivización? <i>Luis Benjamin Herrena Bustinza</i>	49
- Uso de la técnica del estado de cosas inconstitucional como avance en la protección de los derechos fundamentales <i>Paola Brunet Ordoñez Rosales</i>	61

- **Nuevo Código Procesal Constitucional con demanda de inconstitucionalidad formulada por el Poder Ejecutivo: algunos temas de interés para el debate**
Ricardo Arturo Beaumont Callirgos..... 73

- **Aportes de la jurisprudencia interamericana de derechos humanos a la efectivización de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico nacional**
Bruno Novoa Campos..... 89

- **La acusación en el proceso penal constitucionalizado**
Nieves Lucana Mamani
Gerardo Eto Cruz
Julio Ernesto Tejada Aguirre 95

PRÓLOGO

Amachaq Escuela Jurídica buscó expandirse y abarcar el estudio de otras ramas del Derecho, es por ello que se implementó el Área de Derecho Constitucional y Procesal

Constitucional con el firme propósito de cultivar el conocimiento y ahondar en temas relacionados con el funcionamiento del Estado, derechos fundamentales, procesos constitucionales, reformas entre otras temáticas tan importantes dentro de un Estado democrático y respetuoso de los derechos humanos, así como poner en discusión nuevas perspectivas, retos y debates dentro de la materia porque consideramos importante no solo conocer sino también replantear estos conocimientos y fomentar espacios de discusión a fin de mantener vivo el espíritu crítico que nos caracteriza como sanmarquinos y estudiantes de Derecho.

Es así que, durante este tiempo, el Área Constitucional de Amachaq Escuela Jurídica ha venido trabajando arduamente en la realización de eventos académicos en aras de compartir y difundir el conocimiento constitucional de la mano de excelentes profesionales constitucionalistas y especialista en el ámbito que han depositado su confianza en nuestra institución para compartir con todos nosotros sus saberes y ser partícipes del desarrollo de estos proyectos.

De otro lado, no es suficiente para nosotros la realización de un evento académico-jurídico, sino que también consideramos necesario inmortalizar las enseñanzas y aprendizajes vertidos en tales eventos. Por ello, vimos necesario contar con un producto académico de calidad –como es consigna nuestra– que pueda continuar difundiéndose y llegando a más personas. Esperamos que el presente trabajo pueda servirle tanto a estudiantes, profesionales, académicos del Derecho y,

en general, a todo aquel interesado en la rama constitucional del Derecho.

Es de esta manera que nos complacemos en presentar a toda la comunidad el Boletín N°1 de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional. Este primer número recoge las ponencias realizadas en el Primer Curso de Alta Especialización en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional titulado *“Efectivización de la protección de los derechos fundamentales: entre la teoría legal y la burocracia práctica”* realizado del 09 al 13 de agosto de 2021 que tuvo el objetivo de profundizar entorno a los derechos fundamentales, su problemática, mejor tratamiento en el ordenamiento constitucional, así como críticas, reflexiones y aportes también de la jurisprudencia interamericana.

Este trabajo académico no hubiera sido posible sin la participación de tan excelentes profesores que amablemente decidieron compartir sus conocimientos y acompañarnos en el desarrollo del curso. En ese sentido, aprovechamos estas líneas para agradecer profundamente a los profesores Ricardo Arturo Beaumont Callirgos, Victor Otoya Jimenez, Alfredo Orlando Curaca Kong, Paola Brunet Ordoñez Rosales, Mario Gonzalo Chávez Rabanal, Luis Benjamin Herrera Bustinza, Bruno Novoa Campos, Rosa Isabel Sánchez Benites, Gerardo Eto Cruz, Julio Ernesto Tejada Aguirre y Nieves Lucana Mamani quienes hicieron posible tanto el Curso Especializado como el presente Boletín.

El Boletín N° 1 reúne aspectos relacionados con las problemáticas, cuestionamientos, tratamiento e influencia jurisprudencial de los derechos fundamentales en pro de su verdadera efectivización desde el ámbito constitucional y procesal constitucional.

Es importante abordar el Derecho desde la realidad, es por ello que el presente trabajo comienza abordando las problemáticas que amenazan y merman el goce de los derechos fundamentales; primero, desde una perspectiva social al abordar los prejuicios como obstáculos para ello, así como la discriminación que padecen los grupos en especial situación de vulnerabilidad y, luego desde la perspectiva política inherente al orden social que, por supuesto, influye en el tratamiento

de los derechos fundamentales, pues muchas veces suceden que los derechos se politizan.

Luego de haber revisado la realidad, se hace necesario cuestionar acerca de la manera en que los derechos fundamentales están contemplados en nuestra Constitución: ¿necesaria la inclusión expresa para lograr una verdadera materialización de estos derechos? o ¿es suficiente el artículo 3 de nuestra norma suprema? Asimismo, se analizan tanto las ventajas como desventajas de tener o no un catálogo cerrado de los derechos fundamentales, pues creemos importante visibilizar ambas posturas a fin de tener una vista completa del tema.

Seguidamente, comienzan a desarrollarse los temas procesales constitucionales abordando la temática desde la institución máxima de nuestro ordenamiento jurídico: el Tribunal Constitucional, pues este tiene la potestad de aplicar la técnica del *estado de cosas inconstitucional* al advertir una situación que merma el ejercicio de un derecho de determinado sector de la población; de esta manera, tutela conjuntamente los derechos de las personas que se encuentran en la misma situación vulnerable o discriminatoria en relación con sus derechos fundamentales. Asimismo, se aborda el rol de los jueces y tribunales en la aplicación de esta técnica y protección de los derechos.

Continuando con los temas procesales relacionados a la materia, se plantea la importancia de la celeridad procesal como paso necesario en el avance de una verdadera protección de los derechos fundamentales. De igual manera, y en aras de mantener siempre a la vanguardia a nuestra comunidad jurídica, se aborda la temática tomando en cuenta el Nuevo Código Procesal Constitucional recientemente implementado y al que el autor del artículo le reclama seguridad jurídica. De otro lado, trata la tutela de los derechos fundamentales desde los distintos procesos constitucionales, tales como el Proceso de Amparo, Hábeas Corpus, entre otros.

También somos conscientes de que el Estado peruano no es un ente aislado del mundo y, por ende, está sujeto al ordenamiento jurídico internacional y recibe influencia de este. Por ello, se optó por echar un vistazo al orden interamericano de los derechos humanos y revisar los aportes jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos

Humanos en la materia y conocer la importancia de esta en el ordenamiento jurídico interno.

Finalmente, este boletín cierra con una mesa de diálogo que combina el Derecho Constitucional y el Derecho Penal para abordar un tema que pone en entredicho la presunción de inocencia, así como el principio de legalidad: la acusación alternativa penal. Es sabido que un proceso debe respetar los derechos de la persona y las garantías de un debido proceso; es decir, el Derecho Constitucional debe ser transversal a todo el ordenamiento jurídico y el Derecho Penal no puede escapar de este.

De esta manera, reiteramos nuestro compromiso de continuar en la realización de eventos y trabajos académicos de calidad que mantengan a la vanguardia a la comunidad jurídica interesada en el Derecho Constitucional y Procesal Constitucional para contribuir con la formación académica en pro de un entendimiento para la mejor aplicación de las leyes en estas ramas del Derecho.

Bianca Alexandra Zuñiga Sigvas
Katherine Sofia Sánchez Muñoz

Prejuicios sociales como obstáculo para la efectivización de los derechos fundamentales*

Alfredo Orlando Curaca Kong**
Universidad de Lima

SUMARIO: 1. Principio-derecho de igualdad / 2. Prejuicios y estereotipos sociales / 3. Ejemplos de afectación de los derechos fundamentales / 4. Casuística nacional constitucional / 5. Respuestas a las preguntas del público

1. Principio-derecho de igualdad

En la actualidad, se reconoce que los Derechos Humanos tienen la característica de ser universales. Esto implica que todo ser humano tenga derechos por el solo hecho de serlo. En ese sentido, cada individuo nace igual en cuanto a derechos. La igualdad es, entonces, el denominador común.

El principio-derecho a la igualdad está plasmado en diversos instrumentos jurídicos internacionales, además de en la normativa interna. Por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 7, refiere que “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.

Aunado a ello, hay que recordar que esta Declaración, si bien no es la primera que contempla el derecho de igualdad, nace como producto de un hecho histórico muy duro para la humanidad: la Segunda Guerra mundial. En este período –específicamente durante el régimen nacionalsocialista de la Alemania nazi- no se respetaba el derecho a la igualdad, siendo los prin-

* Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso de Alta Especialización en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 09 al 13 de agosto del 2021.

**Abogado por la Universidad de Lima. Egresado de la Maestría en Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora de la República Argentina. Estudios de Maestría en Derechos Humanos por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Diplomado en Derecho Procesal Constitucional por el Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional. Adjunto de docencia en la Pontificia Universidad Católica del Perú, profesor contratado de la Academia de la Magistratura y miembro del gabinete de asesores jurisdiccionales del Tribunal Constitucional. Es autor de diversas publicaciones en materia Constitucional, Procesal Constitucional y Derechos Humanos. Actualmente es director de Estudios e Investigaciones del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional.

cipales afectados los judíos, quienes eran tratados de manera distinta y eran considerados seres inferiores.

Existía una regulación normativa especial para ellos. Por ejemplo, un judío no podía tener empleados de raza aria ni podían casarse con una persona de raza aria, entre otros aspectos, lo que después llegó a mayores. Estos sucesos son conocidos por los libros de historia y por la documentación de aquella época, a partir de los cuales hemos sabido del demencial plan de Adolfo Hitler, aquel que llegó a niveles inimaginables y causó muchas muertes.

En virtud del holocausto el mundo estuvo indignado; hecho que motivó que muchos países se reunieran y crearan la Organización de Naciones Unidas (ONU), la cual emitió esta Declaración tan importante que consagra el principio de igualdad y no discriminación.

A partir de este instrumento se fueron creando otros, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual refiere en su artículo 3 lo siguiente: *“Los Estados Parte se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto”*.

De otro lado, a nivel regional, se tiene la Declaración Americana de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, en cuyo preámbulo se establece que *“Todos los hombres nacen libres e iguales dice en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros”*.

Asimismo, podemos señalar a la Convención Americana de Derechos Humanos, la que, en relación a la igualdad, en el artículo 24 prescribe que *“Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a la igual protección de la ley”*.

Ahora bien, a nivel interno, el artículo 2 de la Constitución Política del Perú, que regula los derechos fundamentales de las personas, establece que *“Toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole”*.

A nivel infra constitucional también existen normas que hacen alusión al principio-derecho de igualdad, entre ellas, el artículo 37 del antiguo Código Procesal Constitucional y el Nuevo Código Procesal Constitucional que también lo replica.

En este orden de ideas, resulta muy importante saber que la igualdad es el valor supremo dentro de un Estado Constitucional y que debe estar siempre celosamente protegido; sin embargo, a pesar de que hay una normativa muy importante y copiosa en relación con el derecho a la igualdad, en el plano fáctico, no todas las personas gozan del ejercicio de los derechos fundamentales en condiciones de igualdad.

En línea de lo mencionado, es importante poner en conocimiento, antes de proseguir, una cita del profesor Francisco Eguiguren en la que se señala de la siguiente manera que la igualdad, desde una perspectiva constitucional, tiene una doble dimensión:

“Al abordar el tema de la igualdad desde una perspectiva constitucional, conviene empezar señalando que la conceptuamos en una doble dimensión: de un lado, como un principio rector de todo el ordenamiento jurídico del estado democrático de derecho, siendo un valor fundamental y una regla básica que éste debe garantizar y preservar. Y, de otro lado, como un derecho constitucional subjetivo, individualmente exigible, que confiere a toda persona el derecho de ser tratado con igualdad ante la ley y de no ser objeto de forma alguna de discriminación.” (Principio derecho a la igualdad y no discriminación, 1997)

En la década de los 60's, H.H.A Cooper, investigador inglés que estuvo de paso por el Perú, escribió varios artículos relacionados, por ejemplo, con el Hábeas Corpus peruano y otros temas de relevancia constitucional. Este autor sostenía que la Constitución era una suerte de caja fuerte porque en ella se guardan los valores más preciados y, una de las joyas más valiosas, cómo no, es el valor igualdad, que –según muchos autores- es el fundamento de los derechos humanos, de los derechos fundamentales de la persona.

En ese sentido, el valor de la igualdad está contemplado en nuestra Constitución como un principio y un derecho. Sobre el particular, es pertinente acotar que el Tribunal Constitucional, a lo largo de su jurisprudencia, también ha reconocido este doble aspecto de la igualdad: como derecho y principio.

Eguiguren -apoyándose en García Murillo-, en uno de sus trabajos sostiene que el derecho a la igualdad es un derecho relacional, es decir, se relaciona con otros derechos y resulta muy difícil concebir la violación de este derecho sin que esto comporte la vulneración de otros derechos igual de fundamentales (1997), por lo que podemos referir que la igualdad va aparejada a otros derechos.

De otro lado, la profesora Renata Bregaglio quien a su vez se apoya en Shelton (2008), determina cuándo estamos frente a actos discriminatorios. Así, en virtud del principio de igualdad, hay una suerte de mandato u orden de no discriminar que implica que no haya trato diferenciado entre las personas por motivos prohibidos que tienen por finalidad restringir derechos (2008).

El trato diferenciado implica tratar de modo desigual a dos personas que se encuentran en una misma situación jurídica. Modernamente, se entiende que también implica tratar a una persona igual cuando es objetivamente diferente a otra, por lo que, usualmente, se discrimina en atención a las características de la persona. Al respecto, hay *categorías sospechosas* (así es como son entendidas por la doctrina y por diversos pronunciamientos de los tribunales internos, como la Suprema Corte de los Estados Unidos, y supranacionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos – Corte IDH).

Las categorías sospechosas son una serie de factores o rasgos que se encuentran en una serie de personas que se utilizan para hacer diferencias arbitrarias y, por lo tanto, estas son históricamente discriminadas; o sea, que la discriminación en relación con este grupo de personas viene de larga data. Esas características sospechosas no solamente abarcan grupos minoritarios como personas afrodescendientes o la población LGTBIQ+, sino que también abarca grupos mayoritarios como las mujeres. Sabido es que existen más mujeres que hombres; sin embargo, hay mucha discriminación hacia ellas.

La principal consecuencia de la discriminación es la insatisfacción de los derechos fundamentales porque las personas no pueden realizar plenamente aquello que la normativa les ha otorgado, tal es el caso del acceso a la justicia o el derecho al matrimonio en el caso de las personas de la comunidad LBTBIQ+. De igual forma, ocurre que se discrimina a las personas o ciudadanos de un colectivo por una idea preconcebida; es decir, por un prejuicio, toda vez que se asignan roles que se consideran que siempre deben ser seguidos por las personas.

Por ejemplo, se supone que debe haber igualdad en las relaciones de pareja, pero en los hechos muchas veces no ocurre, y es así como situaciones de violencia y acoso contra la mujer se producen. Dentro de las causas puede mencionarse la preconcepción que indica la vinculación del hombre con ciertos roles sociales y características al igual que la mujer y si esta última sale de estos roles estaría saliendo de la normalidad y eso genera -muchas veces- situaciones discriminatorias, de acoso o violencia, las cuales podría

conllevar incluso al feminicidio, aquella figura catalogada como un delito por cuestiones de género.

De otro lado, hay discriminación directa que se presenta de manera clara o explícita cuando una persona recibe un trato desfavorable en situación similar (Bregaglio, s/f). Ocurre cuando una persona o un grupo de personas reciben un trato desigual e irrazonable por razones que no son objetivas. Asimismo, existe un tipo de discriminación indirecta, la cual es más difícil de identificar, ya que se presenta a partir de un motivo aparentemente neutro (Bregaglio, s/f), pero -en realidad- se perjudica a las personas, discriminándolas.

Por último, la doctrina y la jurisprudencia distinguen la discriminación interseccional, la cual se da en virtud de la confluencia simultánea de varias categorías sospechosas de discriminación. Tal es el caso de una mujer que puede ser afrodescendiente, niña y, además, vivir en pobreza extrema, por lo que está en una situación muy vulnerable y es pasible de ser una candidata a ser discriminada.

2. Prejuicios y estereotipos sociales

En principio, podemos señalar que el prejuicio es la opinión preconcebida que se tiene sobre un individuo o un determinado grupo de personas. Sucede que se forma un juicio determinado sobre alguien con determinadas características que pueden distinguir a esa persona. Generalmente esa opinión es negativa e implica la existencia de una actitud también negativa hacia la persona o grupo de personas por las ideas que se tiene de ellas (leioa.net, s/f).

En consecuencia, lo que pasa es que en tales casos se estereotipa a las personas, ya sea formándose una imagen mental de ellas o atribuyéndoles determinadas características. Tal es así que, mediante el estereotipo se generalizan cualidades de las personas, materializadas, por ejemplo, en las siguientes frases: "los judíos son todos avaros", "los gitanos son todos ladrones", "los gays son buenos peluqueros", "las mujeres deben estar en su casa" o "las mujeres no pueden vestirse provocativas"; frases que por sí mismas son prejuiciosas, dado que se asignan roles y patrones determinados y negativos a las personas.

Dichos estereotipos y prejuicios afectan las relaciones y la convivencia entre las personas, sobre todo, la de grupos minoritarios o aquellos históricamente discriminados y, vale mencionar, estos prejuicios son la base y/o sustento de actitudes discriminatorias que acarrear muchas consecuencias perniciosas. Adicional a ello, traen consigo comportamientos negativos

que no hacen más que acentuar las brechas sociales y perpetuar la desigualdad entre las personas.

Cabe señalar que tanto los estereotipos como los prejuicios se pueden manifestar a través de abusos verbales, acoso sexual en las calles, en el trabajo e, incluso, a través de agresión física que puede conllevar hasta genocidios como el caso del pueblo judío o gitano.

Autores como Rosales o Butler analizan la hegemonía masculina en la construcción del sujeto social, entendida como una hegemonía que naturaliza las relaciones jerárquicas de género y coloca al hombre por encima de la mujer, dando -esta hegemonía- un conjunto de mandatos sociales a los sujetos, tanto a hombres como mujeres (Rosales, 2021). A partir de esta ideología, señalan, el hombre resulta ser el referente en virtud del cual se construye todo y la mujer tiene el rol y el valor que el hombre le ha asignado en este mundo (2021).

Lo anterior es lo que Butler (1999) conoce como "modelo binario" o Derrida como "falocentrismo". Estos roles que se asignan -de acuerdo con Patricia Ruiz Bravo (una aproximación al concepto de género, s/f)- pueden llamarse como "expresiones culturales" que se establecen, por ejemplo, en función del género: el hombre, bajo el modelo binario, es el proveedor de los alimentos, es el que da sustento económico y la mujer resulta ser el ama de casa. Tiene un rol pasivo.

Siguiendo a Patricia Ruiz, se puede advertir que estas expresiones se pueden materializar en los espacios de acción. A modo de ejemplo, es factible subrayar la asignación dada a la mujer en relación a un espacio privado: el hogar o la casa; mientras que, al hombre, el espacio público, la calle. Por consiguiente, se evidencia que estas expresiones culturales se manifiestan en cuanto a las características de la personalidad que se atribuyen tanto a la mujer como al varón: a la mujer se le atribuye la debilidad emocional, la dulzura, la emoción, la debilidad física; mientras que al varón se le atribuye la agresividad, la fuerza, la razón (s/f).

En suma, este modelo propugna para estos roles y actitudes su permanencia en el tiempo y deviene en una concepción de las cosas que, si se escapa de esos roles, trae consigo violencia y actitudes discriminatorias generalizadas que merman los derechos fundamentales de las mujeres. Se trata de estereotipos de género.

Finamente, como refiere Julissa Mantilla -siguiendo a Cook-, el estereotipo de género puede ser conceptualizado como:

“Una visión generalizada o idea preconcebida sobre los atributos o características que tienen o deberían tener, o sobre los papeles que cumplen o deberían cumplir tanto hombres como mujeres. Noción que tiene un componente discriminatorio al ignorar las características individuales de las personas y asumir que existen cualidades obligatorias para quienes pertenecen a un determinado grupo” (2016)

3. Ejemplos de afectación de los derechos fundamentales

En virtud de este apartado, se debe precisar primero que uno de los derechos que se ve afectado frecuentemente es el acceso a la justicia frente a situaciones de violencia contra las mujeres. En concordancia con ello, se puede aludir que aquella mujer que ha sido ultrajada y violada en más de una ocasión, no tiene justicia precisamente debido a problemas de prejuicio y/o estereotipos.

El derecho de acceso a la justicia está regulado en diversos instrumentos internacionales, tales como el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, el cual, en la primera parte del artículo 14, establece que todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de Justicia, así como que toda persona tiene derecho a ser oída públicamente con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil.

Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 8, establece las llamadas “garantías judiciales” y, en su numeral 1, establece que:

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

Por ejemplo, en el caso *Cantos vs. Argentina*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que los Estados no deben poner trabas a las personas que acudan a jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean protegidos y que cualquier norma o medida que imponga dificultades y no esté justificada es contraria al precitado artículo 8 de la Convención.

Ante ello, es importante saber que todas las personas tienen derecho de

acceder y obtener justicia frente a actos de violencia, pero muchas veces ocurre que debido a los estereotipos las mujeres no tienen acceso pleno a la justicia debido a una discriminación que podría entenderse como histórica contra la mujer¹.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) -hace ya bastante tiempo- dio cuenta de esta situación a través de un informe del año 2008 llamado "*Acceso a la Justicia para las Mujeres y Víctimas de Violencia y Discriminación*" en el cual señaló que existen obstáculos ocasionados por el Poder Judicial, entre los cuales, pueden mencionarse la existencia de irregularidades, retrasos, vacíos, deficiencias en el juzgamiento y sanción, falta de efectividad de los mecanismos preventivos, barreras que enfrentan las víctimas al procurar justicia, problemas estructurales e inaccesibilidad a mujeres indígenas y afrodescendientes (CIDH, 2008).

Mediante otro informe, un informe para Mesoamérica, la Corte IDH agregó que hay desconocimiento de la norma internacional respecto de las víctimas de violencia y discriminación, falta de atención integral a la víctima y que no hay acceso a niñas o mujeres migrantes, entre otros.

En cuanto a irregularidades y vacíos en los casos de violencia contra las mujeres, se producen retrasos injustificados en la investigación y se presentan irregularidades y falta de diligencia que obstaculizan no solo el procesamiento sino también la sanción. Todo esto es por la influencia de patrones socioculturalmente discriminatorios que descalifican a la víctima y contribuyen a no priorizar estos delitos, lo cual deriva en una percepción de no tenerlos en cuenta (CIDH, 2008).

Cecilia Medina (s/f) -quien fue miembro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos- ha señalado que el primer gran obstáculo no tiene que ver con el Poder Judicial sino con el hecho de que, en muchos casos, llegar a juicio es infringir reglas básicas del género porque el género dice a las mujeres que ellas no deben reclamar porque les traerá consecuencias graves no sólo con relación al marido sino con los hijos e incluso con el resto de la familia. En este sentido, se quiebra la norma que impone a las mujeres una cierta norma en la vida que no se puede infringir.

En cuanto al punto previamente mencionado es conocido el caso de *María da Penha*, tramitado ante la CIDH: en ese caso se determinó la violación de varios artículos de la Convención Americana debido al retraso injus-

¹ Algunas ideas que aparecen en este apartado fueron desarrolladas por el autor, con la participación de sus compañeros de grupo, para el trabajo final del curso Género y Derechos Humanos de la Maestría en Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

tificado de 17 años en la investigación de hechos de violencia doméstica contra la víctima de nacionalidad brasileña. En cuanto a las deficiencias en el juzgamiento y la sanción, la Comisión Interamericana señaló que ciertos patrones socioculturales influyen en la actuación de los funcionarios en todos los niveles de la rama judicial lo que se traduce en un número ínfimo de juicios orales y de sentencias condenatorias, es decir, hay muchas denuncias y pocas sentencias condenatorias (CIDH, 2001).

Los funcionarios de la administración de Justicia se encuentran, de acuerdo con la Comisión, premunidos de prejuicios y ello influye en el tratamiento de los casos de violencia contra la mujer. Es así como existe la tendencia a considerar que estos conflictos "domésticos" deben ser resueltos en casa, mas no fuera de ella y en función a esto se considera que el Estado no debe intervenir. Este escenario trae como consecuencia que no haya un efectivo acceso a la justicia para las mujeres que son víctimas de violencia, evidenciando -claramente- la afectación de derechos fundamentales por estos tratos discriminatorios (CIDH, 2008).

Estos ejemplos recuerdan el caso de la trusa roja resuelto por una sala de Ica frente a un tema de agresión sexual en la que se menciona que quienes examinaron a la agraviada coincidieron en señalar que era una mujer tímida, pero también establecieron que solía vestir prendas interiores como la descrita por la bióloga forense Doris Matilde García Espinosa en su dictamen: "trusa femenina de color rojo con encaje en zona delantera y blondas en contorno de piernas". Y, a partir de esa descripción, la sala consideró extraño que la supuesta personalidad que presenta la víctima no guarde relación con la prenda íntima que utilizó el día de los hechos. Esa consideración, dijo la sala, parte de la máxima de la experiencia que indica que este tipo de atuendo interior femenino suele usarse en ocasiones especiales para momentos de intimidad, por lo que infirió que la agraviada se había preparado o estaba dispuesta a mantener relaciones sexuales con el imputado (noticia aparecida en lpderecho.pe, entre otros portales, de donde se extrae la información).

En suma, los magistrados desacreditaron la versión de la víctima sobre el ataque que esta había sufrido porque debido a su prenda atrevida tenía una predisposición a mantener eventualmente relaciones sexuales. Si bien esa sentencia fue anulada más adelante, lo resalante en el caso es que la impunidad se debe a temas discriminatorios y en función de estereotipos sociales. Son los patrones socioculturales de género los que influyen en el accionar de los jueces. Se suele pensar que los casos de violencia contra la mujer deben ser resueltos en el ámbito familiar y no se llevan al ámbito judicial. Esto es lo que muchas veces ocurre.

También existen prejuicios contra otros grupos, como contra la comunidad LGTBIQ+ y contra las personas con discapacidad. En cuanto al tema de participación política de las personas con discapacidad, se calcula que en el Perú hay un 10% de personas con discapacidad, un porcentaje que no puede considerarse proporcionalmente representado en el Congreso. El ex congresista -ya fallecido- Giancarlo Vacchelli, fue una persona con discapacidad que propuso proyectos de ley muy importantes en esta materia, algunos de los cuales vieron la luz. La propuesta de estos proyectos de ley puede entenderse en función del conocimiento y la vivencia que tiene el legislador respecto a los prejuicios sociales. Pero se considera que las personas con discapacidad -quizá- no puedan ejercer una buena representación política, sin embargo, eso también es parte de un prejuicio que se tiene hacia ellas.

A modo de conclusión debe mencionarse que existen diversas formas de discriminación basada en prejuicios que impiden que determinados grupos puedan ejercer plenamente los derechos fundamentales que, se supone, son para todos de acuerdo con el principio-derecho de igualdad, antes desarrollado.

4. Casuística nacional constitucional

El caso *María Chura Arcata* -resuelto por el Tribunal Constitucional en su sentencia recaída en el expediente N.º STC 5157-2014-PA/TC- se trató de una señora octogenaria que solicitó un crédito al Banco de la Nación y le fue denegado debido a la avanzada edad que poseía, lo cual incrementaba el riesgo crediticio y la posibilidad de que no le pague al banco. La resolución del Tribunal Constitucional declaró fundada en parte la demanda por vulneración del derecho de igualdad. En esta sentencia se mencionan los estereotipos vinculados a la vejez.

El Tribunal Constitucional estableció que “...*existen distintos factores que comprueban la especial situación en la que se encuentran los adultos mayores. Uno de los mayores flagelos radica en la asignación de estereotipos vinculados a la vejez. Muchas veces se piensa que una avanzada edad es sinónimo de inoperancia o falta de capacidad para emprender actividades o proyectos. Del mismo modo, se le suele asociar con un estado de constante dependencia, y que termina por generar en el adulto mayor la sensación respecto de su falta de autonomía para el desarrollo de sus actividades diarias.*”

Otro caso es el de *Jhohana Rudas Guedes*, cuya sentencia fue emitida en el expediente N.º 2979-2019-PHC/TC; caso resuelto recientemente. Esta señorita había sido inscrita en el extranjero y tenía primero el apellido materno antes que el paterno. Cuando quiso cambiar su Documento Nacional

de Identidad (DNI) amarillo (para menores de edad) por el de personas mayores de edad (azul), el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) le dijo que primero debe ir el apellido paterno y, en segundo lugar, el apellido materno. Entonces, Jhojana Rudas demandó al RENIEC y peticionó la inaplicación del artículo 20 del Código Civil y, en consecuencia, solicitó la emisión del DNI anteponiendo el apellido de la madre sobre el del padre y sostuvo que siempre se identificó con ese nombre.

El Tribunal Constitucional desarrolló en su sentencia diversos tópicos importantes como el derecho al nombre, para lo cual se basó en lo establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos, en jurisprudencia de la Corte IDH, en el caso de las niñas *Yean y Bosico v.s. República Dominicana* y en la Opinión Consultiva 24/17. También, respecto del control difuso, se pronunció sobre el artículo 20 del Código Civil cuya inaplicación pidió la demandante, el cual señala que al hijo le corresponde el primer apellido del padre y el primero de la madre.

Además, desarrolló el derecho a la igualdad y la no discriminación de las mujeres por razón de sexo en la elección del nombre así como los tópicos de discriminación directa e indirecta y, emitió una sentencia interpretativa que es una herramienta hermenéutica emitida por el supremo intérprete del Tribunal Constitucional cuando encuentra que una disposición tiene dos normas, es decir, cuando encuentra que una que un dispositivo legal tiene más de una interpretación, algunas de las cuales pueden ser armónicas con la Constitución.

Al analizar el artículo 20 del Código Civil, el Tribunal Constitucional consideró que en este caso había dos interpretaciones posibles: una que fundamenta el RENIEC por la cual al hijo le corresponde que en primer lugar vaya el apellido del padre y en segundo lugar el apellido de la madre. Y la otra que puede entenderse de la siguiente manera: que al hijo le corresponde el primer apellido del padre y el primero de la madre pero que no se establece un orden de prioridad de los apellidos; por lo tanto, una interpretación que es armónica con la Constitución es la que debe entenderse, es decir, que al hijo le deben corresponder el primer apellido del padre y el primero de la madre sin que haya prevalencia de uno u otro, dejando de lado, por lo tanto, mediante la emisión de esta sentencia interpretativa aquella interpretación que no es acorde con la Constitución (que es la que el RENIEC argumentaba).

De ese modo, el Tribunal declaró inaplicable la interpretación de la entidad y estableció un nuevo sentido interpretativo que es más acorde con

nuestros tiempos y que no obedece a esta construcción social, que algunos llaman heteropatriarcal, que considera que siempre el apellido paterno tiene que estar primero. Es así que le da una posición de igualdad a la mujer en relación con padre para que puedan establecer qué apellido va primero en relación con los nombres de su hijo.

5. Respuestas a las preguntas del público

5.1 ¿Cuál sería el punto de inicio para comenzar a romper los prejuicios sociales? ¿Y cómo articular el trabajo del Estado con la misma ciudadanía?

Para eso tenemos que cambiar el chip, es decir, cambiar nosotros, cambiar nuestra forma de pensar. Tenemos dejar de estereotipar a la gente para poder alcanzar eso, es muy difícil

Cuando se elaboró este informe de la CIDH, Silvia Pimentel, que es una de las que participó, señaló:

“...las mujeres solo tendrán igualdad de acceso a la justicia y, la violencia contra la mujer sólo será eliminada cuando se construya una mentalidad que las conocidas como iguales y no como inferiores, pues esta es la causa estructural de la violencia contra las mujeres.”

5.2 ¿Cuál es el rol de las políticas públicas frente los estereotipos y prejuicios sociales en relación con estos grupos históricamente vulnerados y como frenar la revictimización muchas veces por parte de los mismos funcionarios y autoridades públicas?

Me parece muy importante el tema de una política pública. Una política pública es un mecanismo que utiliza el Estado para cambiar una situación y mejorar las cosas. Podría haber muchos tipos de políticas públicas en estos temas de discriminación contra la mujer, personas con discapacidad, grupos LGBTIQ+ o niñas en extrema pobreza.

De hecho, que las políticas públicas pueden influir en un cambio, pero hay que recordar también que el Estado peruano ha suscrito compromisos internacionales que lo obligan a respetar el principio de derecho a la igualdad y no discriminación.

Esto lo puede hacer a través de las políticas públicas emitidas o aprobadas en determinados sectores, pero no termina ni acaba sino hasta que no exista más discriminación en el país, lo cual es bien complicado, pero sobre sí las políticas públicas ayudan, pues sí.

Efectivización de los derechos fundamentales de los grupos en especial situación de vulnerabilidad ante las Altas Cortes*

Rosa Isabel Sánchez Benites**
Pontificia Universidad Católica del Perú

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Aproximaciones al concepto de vulnerabilidad / 3. Sentencias del Tribunal Constitucional / 3.1. Derecho de las personas con discapacidad / 3.2. Derecho a la educación de las mujeres en el ámbito rural / 4. Conclusiones / 5. Respuestas a las preguntas del público.

1. Introducción

En primer lugar, en relación a la efectivización de los derechos fundamentales de los grupos en situación de especial vulnerabilidad, se han expedido diversos pronunciamientos de las altas Cortes respecto a su tutela, lo que se ha realizado con distinto alcance, en el ámbito nacional e internacional.

Ello conlleva a preguntarnos por su definición o, en todo caso, a examinar bajo qué concepto de vulnerabilidad los jueces de dichas Cortes resuelven los casos relativos a los derechos de tales colectivos, protegidos por la Constitución y por diversos tratados internacionales ratificados por el Estado peruano.

Ahora bien, muchas veces, en tales sentencias no resulta del todo esclarecido el concepto de vulnerabilidad que se emplea. No obstante, en ellos sí se suele desarrollar una vinculación directa de lo discutido en la controversia con el principio-derecho de igualdad y, en concreto, con el mandato de no discriminación, establecido en el artículo 2.2 de la Constitución.

* Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso de Alta Especialización en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional organizado por “Amachaq Escuela Jurídica” del 09 al 13 de agosto del 2021.

** Abogada de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Investigadora en Derecho Constitucional, integrante del Equipo DEMOS-UNMSM, dirigido por Joan Lara Amat y León. Asesora jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú. Exasesora del Congreso de la República.

Por ello, es importante intentar definir con la mayor precisión posible el concepto de vulnerabilidad y, sobre todo, considerar que desde la perspectiva jurídica pueden existir diversas aproximaciones.

En consecuencia, resultaría esclarecedor destacar –cuando menos– aspectos centrales o medulares respecto a las diversas formas de comprender la *vulnerabilidad*, para contar con mayores elementos que permitan identificar cuáles serían los grupos que se encontrarían en dicha situación y qué alcances debería tener la tutela de sus derechos fundamentales por las Altas Cortes de justicia.

2. Aproximaciones al concepto de vulnerabilidad

Entre las aproximaciones al concepto de vulnerabilidad, se encuentra el de vulnerabilidad ontológica, referida a una condición compartida por los seres humanos y, en concreto, a la potencialidad de ser dañados; lo que se encontraría, a su vez, relacionado con su origen etimológico “*vulnos*”, que proviene del latín y que significa “golpe”, “desgracia” o “aflicción”¹.

Por otro lado, el concepto de vulnerabilidad social surge ante una posible “distribución desigual de recursos o capacidades”² y considera los contextos de desigualdad estructural que expresan realidades comunes en el Perú.

Además, existe también un criterio operativo de vulnerabilidad, que se refiere a la *gestión del riesgo*, a la eficiencia en el uso de los recursos limitados, a la previsión de ciertos riesgos o a la minimización de daños cuando las amenazas o peligros se materializan, entre otros; y también al concepto de resiliencia, entendido como la capacidad de afrontar un riesgo y adaptarse al producirse el daño³.

Más allá de estas primeras aproximaciones, es importante destacar que la vulnerabilidad es –en realidad– un concepto empleado en otras disciplinas, es decir, no es un concepto exclusivo del Derecho; por ello, considerar el análisis interdisciplinar de la vulnerabilidad permitiría tener mayores alcances sobre la forma de comprender jurídicamente a un grupo en dicha situación⁴.

1 Liedo, Belén (2021). “Vulnerabilidad”. En Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad, 20, pp. 244-245.

2 Íd., pp. 245-247.

3 Morondo, Dolores (2016). “¿Un nuevo paradigma para la igualdad? La vulnerabilidad entre condición humana y situación de indefensión. En Cuadernos Electrónicos de Filosofía de Derecho N° 34, p. 209.

4 Estupiñán-Silva, Rosmerlin (2014). “La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: esbozo de una tipología”, pp. 194-195.

Asimismo, se ha definido a la vulnerabilidad como indefensión, perspectiva que abona a una mejor comprensión de los grupos vulnerables. Dicha vulnerabilidad se refiere a esta condición que se advierte en determinados grupos sociales que carecen de la cobertura de sistemas, de instituciones y de redes que la sociedad sí facilita a otros grupos que no se encuentran expuestos a determinados riesgos o, por lo menos, no con la misma intensidad⁵.

Ahora bien, tener en cuenta estos elementos conceptuales abona a una adecuada identificación jurídica de los grupos vulnerables; sin embargo, ello no es suficiente.

Por tales consideraciones, es importante detenerse en estas particularidades y en las diversas aproximaciones existentes al concepto de vulnerabilidad. Así, se podría construir nociones cada vez más robustas -a nivel jurídico- de este concepto.

En tal sentido, corresponde mencionar que distintos juristas han intentado analizar el tratamiento de la jurisprudencia de Altas Cortes respecto de la vulnerabilidad y a partir de tales investigaciones se han podido establecer determinadas categorías.

Ejemplo de ello son los estudios existentes respecto a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Así pues, Estupiñán Silva (2014), en un trabajo sobre la vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte IDH, ha esbozado una tipología considerando varios elementos que le han permitido identificar cómo es que la Corte se ha referido a determinados grupos, bajo criterios que permiten comprender mejor su identificación, como la condición personal y lo que denomina la situación específica⁶.

Así, según plantea dicha autora, con base en el criterio de condición personal, se encontrarían los siguientes grupos: a) los niños, b) las mujeres, c) las minorías sexuales, d) los pueblos indígenas y tribales, y e) personas con discapacidad; en cambio, el criterio de la situación específica corresponde a los siguientes grupos: a) los migrantes, b) los detenidos, c) los líderes políticos de oposición y sus grupos respectivos, d) los defensores de derechos humanos, e) los desplazados forzados y f) los periodistas⁷.

5 Morondo, Dolores (2016). “¿Un nuevo paradigma para la igualdad? La vulnerabilidad entre condición humana y situación de indefensión...”, *Óp. cit.*, p. 217.

6 Estupiñán-Silva, Rosmerlin (2014). “La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: esbozo de una tipología”, p. 215.

7 *Íd.*, p. 216.

Más allá de ello, lo cierto es que el esfuerzo de definir el concepto de vulnerabilidad, así como el desarrollo de criterios que conlleven a identificar a los grupos que se encuentran en dicha situación aporta elementos de juicio para examinar cómo se viene construyendo la jurisprudencia de las Altas Cortes respecto a los derechos fundamentales de estos colectivos.

En ese sentido, en los trabajos académicos se pueden encontrar esfuerzos por pensar la vulnerabilidad, así como aportaciones que permiten, examinar desde una perspectiva crítica la jurisprudencia de Altas Cortes, como el Tribunal Constitucional peruano y la Corte IDH, con la finalidad de determinar en qué aspectos encontramos avances y cuáles ameritarían nuevas miradas o incluso replanteamientos.

3. Sentencias del Tribunal Constitucional

En el caso peruano, se puede encontrar -en realidad- variada jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de tutela de derechos, como es el caso de los derechos de las personas con discapacidad, de los derechos de los pueblos indígenas, entre otros.

Asimismo, en los últimos años, se aprecia una mayor cantidad de causas vinculadas con la tutela los derechos de las mujeres y, especialmente, de aquellas que se encuentran en situaciones de discriminación estructural, como es el caso de las niñas y adolescentes en el ámbito rural, que no pueden acceder a la educación básica por falta de disponibilidad de centros educativos.

En todo caso, en la jurisprudencia de dicho Tribunal, referida a la tutela de grupos vulnerables, se suele relacionar a la vulnerabilidad con situaciones desventajosas para dichos colectivos, generadas por prácticas discriminatorias de hondo arraigo.

En efecto, en tales sentencias, puede evidenciarse la referencia o la relación directa entre el grupo vulnerable y la vulneración sistemática de sus derechos causada por estructuras de desigualdad, proscritas por la Constitución. A ello debe añadirse que dicho Tribunal ha desarrollado determinados criterios y principios que resultan plenamente aplicables para garantizar la tutela reforzada de los derechos fundamentales de tales grupos.

3.1. Derechos de las personas con discapacidad (Sentencia 00194-2014-PHC/TC)

Respecto a las personas con discapacidad, el Tribunal Constitucional ha expedido distintos pronunciamientos en los cuales no solo ha tutelado

los derechos de los demandantes en casos concretos, sino que también ha construido razones jurídicas plenamente aplicables a casos similares y que, además, brindan pautas orientadoras para la aplicación de las normas en el ordenamiento jurídico.

Uno de dichos pronunciamientos fue el que se emitió en el marco de un proceso de *habeas corpus* (Sentencia 00194-2014-HC/TC, caso Juan José Guillen Domínguez). En este caso, el padre de *Juan José Guillén Domínguez*⁸ inició dicho proceso en favor de su hijo e interpuso la demanda contra la madre de Juan José, quien había sido declarada judicialmente como su curadora.

En dicho proceso, el recurrente cuestionó, entre otros aspectos, que su hijo -una persona con discapacidad- se encuentre encerrado en una habitación con rejas metálicas y con las ventanas tapiadas.

Tras el análisis correspondiente, el Tribunal Constitucional, en la parte resolutive de la sentencia, no solo dispuso el retiro de esas rejas y del tapiado, sino que también desarrolló mandatos concretos respecto al juez que conoció el proceso de interdicción del favorecido en dicho proceso constitucional.

También estableció disposiciones para ser cumplidas por otros poderes públicos -como el Ministerio Público-, sobre temas relacionados con la puesta en peligro de la vida o integridad de las personas con discapacidad.

Es importante destacar que en esta sentencia se establecieron diversas consideraciones relacionadas con el modelo social de discapacidad. Asimismo, dicho Tribunal desarrolló las ideas básicas o centrales de pronunciamientos emblemáticos en dicha materia a nivel internacional y, a partir de ello, también analizó la situación jurídica de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico peruano, para así dejar establecidos criterios en relación a la aplicación de la normativa correspondiente.

A mayor abundamiento, el Tribunal se pronunció sobre el sistema de apoyos y salvaguardias para las personas con discapacidad, teniendo en consideración el cambio normativo producido en el ordenamiento jurídico peruano a partir de la aprobación del Decreto Legislativo 1384.

Asimismo, en este caso, el Tribunal estableció que está proscrita la posibilidad de restringir el goce efectivo del derecho a la libertad personal únicamente por motivos de su discapacidad, lo cual -de acuerdo con lo señalado por el Tribunal Constitucional en dicha sentencia- es independiente de

8 Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia 00194-2014-HC/TC, de 30 de abril de 2019.

que se trate de una discapacidad real o de una percibida (fundamento 60), entre otros aspectos analizados en dicho extremo de la sentencia.

En suma, el caso *Juan José Guillen Domínguez* merece ser destacado, sobre todo, por los criterios desarrollados en la sentencia y que permiten comprender, en clave constitucional, las implicancias del modelo social de discapacidad en el ordenamiento jurídico para el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad.

3.2. Derecho a la educación de las mujeres en el ámbito rural (Sentencia N° 0853-2015-PA/TC)

El segundo tema que planteamos está relacionado con la exigibilidad del derecho a la educación de las mujeres en el ámbito rural. Como ya se ha mencionado previamente, el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia más reciente, ha explicitado la necesidad de un enfoque integral para hacer frente a aquellos obstáculos estructurales que impiden u obstaculizan la efectividad de los derechos fundamentales de las mujeres.

En primer lugar, esta necesidad conlleva a pensar en la importancia de materializar el principio de igualdad a partir de la remoción de obstáculos que han impedido que las mujeres -históricamente- puedan ejercer sus derechos en igualdad de condiciones. En segundo lugar, dicha necesidad ha devenido en el reconocimiento de nuevos derechos como el de una vida libre de violencia, el cual se ha desarrollado en la vía jurisprudencial. A su vez, ello ha determinado que en ciertos casos se ponga el acento en la tutela de derechos sociales de mujeres que se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad por distintas causas.

Respecto del último punto, corresponde destacar el *caso de las hermanas Cieza* (Sentencia 0853-2015-PA/TC⁹). Las demandantes -dos hermanas mayores de edad- optaron por continuar sus estudios en un centro de Educación Básica Regular (EBR) ante la inexistencia de una institución cercana correspondiente dirigida a estudiantes mayores de edad, es decir, en la modalidad de la Educación Básica Alternativa (EBA).

A pesar de las dificultades que se les presentaron, las recurrentes intentaron continuar con su formación, pero las autoridades de la Unidad de Gestión Educativa Local (UGEL) correspondiente no se lo permitieron. Aun cuando al interponer la demanda de amparo las hermanas lograron una sentencia favorable en primer grado, esta fue revocada en segundo grado y, por eso, la demanda llegó -a través de un recurso de agravio constitucional (RAC)- al Tribunal Constitucional.

⁹ Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia 0853-2015-PA/TC, de fecha 14 de marzo de 2017.

Al resolver la sentencia, el Tribunal no solamente declaró fundada la demanda, sino que también estableció un *Estado de Cosas Inconstitucional* en cuanto a la disponibilidad y accesibilidad del derecho a la educación en el ámbito rural. La sentencia del caso de las hermanas Cieza también estableció una serie de mandatos hacia el Ministerio de Educación que debían ser cumplidos hasta julio de 2021, justamente el mes en que se conmemoró el Bicentenario.

Esta sentencia fue expedida en el 2017 y, por eso, en ese plazo de cuatro años se tuvo como objetivo que el Ministerio de Educación pudiera cumplir con el conjunto de mandatos que Tribunal Constitucional había establecido.

En atención a los alcances de dicha sentencia, algunos autores consideran que esta sentencia es propiamente una de tipo estructural, la cual permite visibilizar la tutela reforzada que requieren y a la que tienen derecho las niñas, niños y adolescentes en el ámbito rural. Dado que –según cifras oficiales que se emplean en las sentencias– existe propiamente una brecha no solamente entre la educación en el ámbito urbano y rural, sino también en el acceso a la educación entre niños y niñas.

Es así que el caso presentado es especialmente relevante en tanto aborda la problemática de la educación como un derecho social, considerando otras causales que nos remiten al ámbito de las estructuras de discriminación. En efecto, fluye de las razones desarrolladas en la sentencia la consideración de la especial situación de las niñas y adolescentes en el ámbito rural y su repercusión para el ejercicio de otros derechos fundamentales.

El caso de las hermanas Cieza visibiliza la falta de atención, aún hoy, de los derechos sociales de ciudadanas históricamente discriminadas. Así, el análisis desarrollado en esta sentencia ha tenido en consideración la situación desventajosa en la que históricamente se encuentran los estudiantes del ámbito rural, a quienes el Estado no ha terminado de garantizar la *disponibilidad y accesibilidad* a la educación pese a tratarse de características indispensables del proceso educativo, la cuales se constituyen como elementos propios de conformidad con la Constitución y con obligaciones internacionales que el Estado ha asumido.

4. Conclusiones

A modo de conclusión, es importante señalar que se debe intentar desarrollar elementos que permitan identificar o establecer puntos de encuentro con aquellos grupos en especial situación de vulnerabilidad. En esa línea, resulta medular advertir la situación de desigualdad estructural en la que

se encuentran los colectivos particularmente vulnerables como un primer paso.

No obstante, aún es necesario un esfuerzo mayor para poder establecer aquellos elementos que permitan construir una categoría más robusta sobre los grupos vulnerables y, además, que esto tenga relación directa con la tutela que se pueda brindar en las sentencias constitucionales.

En el marco de distintos procesos constitucionales, el Tribunal Constitucional ha podido brindar la tutela reforzada que corresponden a estos derechos. El Alto Colegiado también ha empleado distintas técnicas que han hecho posible que los efectos de lo decidido no solamente sean inter partes sino que se extiendan a otros casos en análoga situación, con mandatos de actuación hacia los poderes públicos, a través de la expedición de sentencias estructurales.

5. Respuestas a las preguntas del público

5.1. Un grupo social en estado de vulnerabilidad está conformado por niños, niñas y adolescentes. Sabemos que en este grupo los niños -en general- no siempre tienen conocimiento sobre sus derechos, pues se considera que aún no están listos para temas que los propios padres consideran que necesitan saber cuándo sean más grandes. ¿Cómo podrían ser partícipes y materializar sus derechos?

Existen estrategias que van más allá del ámbito jurisprudencial o del escenario propiamente judicial y que son indispensables para articular verdaderos esfuerzos en aras de una efectiva tutela, al ser una obligación del Estado garantizar todos los ámbitos posibles de protección.

Una de las estrategias extra jurisprudenciales es la educación en ciudadanía, la cual no recibe en la actualidad la atención que amerita, pese a la relevancia de esta institución para la vida en democracia, como explica Lara Amat y León en sus investigaciones sobre ciudadanía y crisis de la democracia liberal y el papel de la ética y los valores en la educación¹⁰.

En primer lugar, considero que la educación en ciudadanía va a posibilitar

10 Lara Amat y León, Joan (2020). “Entre siervos y ciudadanos: transformaciones de la ciudadanía contemporánea”. En Lara Amat y León, Joan (Ed.). *La ciudadanía y lo político. Ciudadanía y crisis de la democracia liberal en un mundo en transformación*. Lima: Equipo de Investigación Demos. Sección de Filosofía Práctica, Facultad de Letras y Ciencias Humanas y Escuela de Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM)/ONPE, pp. 73-79; y, también, del mismo autor, “Ética y valores en la educación, una reflexión contextual necesaria”. En *Horizonte de la Ciencia*, Vol. 3, Núm. 5, pp. 15-19.

que los niños, niñas, y adolescentes comprendan, como futuros ciudadanos, que toda persona debe respetar la Constitución y la ley.

En segundo lugar, ello permitirá que los niños, niñas y adolescentes comprendan que son titulares de derechos fundamentales y que estos son exigibles y oponibles frente al Estado y a los particulares, incluso en el marco del propio proceso educativo en el que ellos se encuentran.

En suma, considero indispensable replantear y afianzar la educación en ciudadanía. Esta es una tarea que compromete no solo al Estado, sino también a los padres de familia, a todos aquellos actores del sistema educativo, a aquellos que son promotores de centros educativos y a quienes dirigen centros educativos.

No obstante, el Estado ostenta un papel rector en ese ámbito, por lo cual es esencial que la educación en ciudadanía sea reforzada en el currículo escolar y no sea un contenido meramente complementario -como lo es actualmente- sino un espacio completamente articulado y transversal en el currículo.

Solamente a través de la educación ciudadana se podrá garantizar tanto en los centros públicos como privados que los niños, niñas y adolescentes puedan tomar conciencia no solo de los deberes que les asisten como futuros ciudadanos y ciudadanas, sino también de los derechos de los que son titulares desde ya y que van a poder ejercer a mayor plenitud cuando tengan la mayoría de edad.

5.2. Según la Constitución, un derecho fundamental es la igualdad ante la ley; por tanto, no se puede ser discriminado por ninguna razón. En este contexto, se encuentra la comunidad LGBTQ que se considera grupo vulnerable según la Ley N° 30364. Pero, a pesar de las políticas inclusivas que se dan, son constantes las noticias de discriminación a transexuales u homosexuales. Si ellos ya tomaron iniciativa al realizar marchas a nivel nacional para exigir respeto a sus derechos, ¿qué otras alternativas pueden tener para que se logre una efectivización real?

Un primer elemento o un presupuesto para la defensa de todos los derechos es el *fortalecimiento de la educación en ciudadanía*, como he explicado anteriormente.

En segundo lugar, debería apostarse también por el litigio estratégico que en ordenamientos de otros países ha ameritado pronunciamientos impor-

tantes. A través del litigio estratégico, las causas podrían llegar a tribunales o altas Cortes donde se ventilan discusiones –muchas veces– decisivas respecto al ejercicio de los derechos fundamentales.

Así, las partes del proceso pueden lograr una tutela efectiva de sus derechos, así como el establecimiento de criterios o alcances sobre cómo aplicar e interpretar las normas relacionadas con dicha protección en todo el ordenamiento jurídico.

5.3 Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura, tratos inhumanos o humillantes. Este es un derecho poco respetado en las personas mayores –que son vulnerables– pues es conocido que incluso en albergues se dan malos tratos hacia ellos y no pueden hacer nada para contrarrestarlo. ¿Cómo pueden estas personas mayores participar activamente si viven en una situación de violencia e incluso encierro absoluto?

En primer lugar, considero que el abandono que padecen los adultos mayores no es solo a causa de sus familiares, sino, muchas veces, por las propias omisiones del Estado. Si bien, en nuestro ordenamiento existen normas específicas relacionadas con la defensa de sus derechos, ello no resulta suficiente, sobre todo en el caso particular de quienes padecen el abandono de sus familiares, cuya protección queda a cargo del Estado a través de sus instituciones competentes.

Teniendo en cuenta que se trata de una situación en la cual se van a requerir de determinadas actuaciones en un sentido positivo, como prestaciones y dotaciones presupuestarias, es indispensable que el Estado cumpla a cabalidad con las responsabilidades que corresponden en torno a la atención de los derechos de las personas adultas mayores.

Debe destacarse de manera particular el derecho a la salud –relacionado a la atención oportuna del derecho fundamental a la atención– respecto al cual es indispensable la atención a partir de reformas normativas concretas a efectos de paliar determinadas situaciones de injusticia. Entre las principales situaciones de desigualdad que se venían padeciendo pueden mencionarse las que se generan bajo determinados regímenes pensionarios en razón de la forma en que han venido operando, las cuales deben ser superadas a efectos de tutelar el derecho fundamental a la pensión de las personas adultas mayores.

5.4. El caso de las hermanas Cieza resuelto por el Tribunal Constitucional fue muy conocido y representó para estas poblaciones marginadas la oportunidad de acceder a una educación de calidad. ¿Cuáles cree que son los motivos por los que no se visibiliza a estas poblaciones que se encuentran en situaciones vulnerables, específicamente hablando de las mujeres del ámbito rural?

Las razones por las que no se visibilizan estas situaciones son -en realidad- las mismas que subyacen a falta de oportunidades para la realización de esos derechos. Una de ellas es la discriminación, la cual consiste en la ausencia de igualdad de condiciones para que estos colectivos en especial situación de vulnerabilidad puedan ejercer sus derechos de manera efectiva.

La discriminación es un problema que además conlleva a que los esfuerzos que puedan darse en un determinado momento resulten insuficientes; a lo que corresponde hacer frente a través de un cambio en las estructuras de desigualdad que involucre, como aspecto básico, la articulación de diversas políticas en los distintos niveles del Estado.

De hecho, la sentencia del caso de las hermanas Cieza resulta emblemático, no solo en cuanto a lo que dispuso o en la técnica que empleó, sino también por lo que significó como mensaje ante la sociedad. Al analizar más a fondo la sentencia, se pueden advertir cómo estos esfuerzos siempre invitan a pensar en que es menester la actuación integral pero también oportuna de las entidades involucradas.

Esa necesidad se hace más patente si se repara en que, el tiempo que pasó entre la interposición y la resolución de la demanda por parte del Tribunal Constitucional, fue de un promedio de cuatro años. El retraso fue tal, que al momento en que se expide la sentencia las hermanas Cieza ya habían terminado sus estudios porque habían dejado su localidad y habían viajado a Lima, lo cual refleja también que los esfuerzos institucionales no bastan si es que propiamente no se brinda una respuesta integral por parte del Estado.

En conclusión, la visibilización judicial de la discriminación es indispensable a efectos de reclamar un esfuerzo integral de los poderes públicos con miras al logro de una igualdad de posiciones, antes que, únicamente, la igualdad de oportunidades.

5.5. Debido a que aún no se han podido implementar las políticas públicas por parte del Estado y debido a que esto toma

tiempo, ¿de qué manera, siendo nosotros estudiantes de Derecho y también los mismos ciudadanos podríamos ayudar a fomentar de manera activa el apoyo a las poblaciones vulnerables?

En el caso de los estudiantes de Derecho, el conocimiento que van adquiriendo durante su formación universitaria respecto de la Constitución, de la tutela que brindan las leyes y determinadas normas a estos grupos vulnerables, permite también que se vayan comprometiendo y encontrando distintos caminos mediante los cuales puedan contribuir a estas causas.

Uno de los caminos cuya importancia y efectividad deben ser reconocidas es el constituido por la esfera académica mediante la realización de actividades en aras de visibilizar jurisprudencia, casos y normas que –en distintas materias– pueden contribuir en el ámbito de la tutela reforzada de los grupos vulnerables.

Asimismo, debe fomentarse el desarrollo de clínicas jurídicas y del litigio estratégico a fin de contribuir con esos conocimientos jurídicos a las poblaciones vulnerables.

Por otro lado, también se debería apostar por iniciativas que no solamente impliquen actuaciones en el corto plazo, sino que además involucre a la organización de los ciudadanos para participar a través de distintas iniciativas. Debe recordarse que la Constitución reconoce a todos los ciudadanos el derecho a participar en los asuntos públicos de manera organizada pudiendo participar institucionalmente, políticamente, culturalmente, entre otras modalidades.

En esa línea, se trata de fomentar la participación ciudadana organizada y que los estudiantes de Derecho –tomando en cuenta los conocimientos jurídicos que poseen– puedan coadyuvar al ejercicio de determinadas iniciativas ciudadanas que puedan, luego, materializarse en cambios concretos. Cabe recordar que en el ordenamiento jurídico peruano rige la Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos (Ley 26300), que establece distintos mecanismos a través de los cuales los ciudadanos pueden ejercer sus derechos de participación.

Estabilidad y crisis: ¿afecta en la efectivización de los derechos fundamentales?*

Mario Gonzalo Chavez Rabanal**
Universidad Nacional Mayor de San Marcos

SUMARIO: 1. Introducción / 2. El ordenamiento jurídico / 3. La configuración jurídica y política del Estado / 4. Los derechos fundamentales / 5. La eficacia de los derechos fundamentales / 6. Respuestas a las preguntas del público.

1. Introducción

Para abordar el tema de la efectivización de los derechos fundamentales resulta necesario -en primer lugar- hacer una diferenciación entre los conceptos de vigencia de los derechos fundamentales, legalidad, validez y legitimidad, así como el concepto de eficacia. A partir de estos conceptos se podrá entender el concepto de efectivización de los derechos fundamentales, objeto del presente artículo, el cual será entendido como eficacia en el presente caso. De esta manera, se desarrolla el tema de la efectividad en contextos de crisis que se pueden presentar en un ordenamiento jurídico determinado.

2. El ordenamiento jurídico

En cuanto al ordenamiento jurídico debe señalarse inicialmente que este se encuentra dotado de diversas características y particularidades, entre las que se puede hacer mención al principio de plenitud del ordenamiento jurídico. Este principio implica que todos los hechos, acontecimientos, eventos, sucesos, acciones, conductas y comportamientos que surjan dentro del ordenamiento jurídico quedan supeditados a la regulación de las normas jurídicas; de manera que -dentro del referido orden- no hay ningún hecho ni circunstancia que pueda estar ajena a la voluntad del Derecho.

* Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso de Alta Especialización en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 09 al 13 de agosto del 2021.

** Abogado y Magíster en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Docente de Pregrado de los cursos de Teoría del Estado, Derecho Constitucional Económico, Derecho Constitucional Comparado, Estructura del Estado y Legislación Electoral de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Docente Asociado de la Academia de la Magistratura. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

La plenitud es una característica de lo que se conoce ahora como Estado moderno o Estado de Derecho, cuya aparición implica que el Estado se ha juridizado. La juridización implica que las normas jurídicas son las que regulan toda la voluntad y la organización del Estado, además se constituye como un principio de suma importancia en función del cual se encuentran las particularidades de un Estado. En esa línea, todo lo que acontezca dentro del aparato estatal quedará enmarcado dentro de lo establecido en las normas del Derecho.

Del concepto de plenitud se desprende el concepto de vigencia del ordenamiento jurídico, a partir del cual todas las conductas, acciones y comportamientos tanto de los ciudadanos como de los funcionarios del Estado se realizan acatando mandatos de normas que tienen la condición de ser vigentes. Los mandatos de autoridad son establecidos -por ejemplo- por el Congreso a través de una Ley, los que ordene el Poder Ejecutivo a través de un decreto supremo o el mandato de autoridad que puede realizar un juez a través de una sentencia judicial, van a surtir sus efectos; de modo que despliegan sus consecuencias jurídicas en tanto y cuanto estén vigentes.

Respecto al principio de vigencia del ordenamiento jurídico debe señalarse que, para que esta se configure requiere de la publicidad, la cual surge como requisito esencial, cuya existencia implica que todos los actos jurídicos y mandatos de autoridad de los órganos del Estado tienen que ser publicados. En el caso particular de las decisiones judiciales, estas son vinculantes desde el momento en que se notifican la decisión a las partes del proceso. En función de lo mencionado, cuando se hace referencia a los elementos de la vigencia se debe tomar en cuenta la publicidad y la notificación.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la publicidad es esencial para la validez, es necesaria la reconducción a otro concepto que se relaciona con la obligatoriedad de las leyes o de actos normativos con carácter general. Cuando se hace referencia a la vigencia aplicada a los derechos, es decir, cuando se indica cuáles son los derechos vigentes es necesaria la remisión hacia aquellas normas que regulan los derechos de las personas. De acuerdo con la tradición y evolución de los derechos, actualmente existen dos formas en que estos pueden ser incorporados en las naciones.

La primera forma en la que los derechos fundamentales se positivizan es a través de las Constituciones, es así como surge el término *derechos fundamentales* vigentes; reciben esa denominación porque están consagrados en una Constitución. Este término surge del constitucionalismo norteamericano a partir de la realización de las diez primeras enmiendas para

completar su organización y estructura de Estado. Durante el desarrollo de dichas enmiendas aparece la exigencia de superar el iusnaturalismo, es decir, la comprensión de que estos derechos esenciales del hombre basados en el orden natural requieren una positivización. Entonces, el primer momento de la vigencia de estos derechos fundamentales se encuentra en la Constitución americana en la cual estos son reconocidos para todos los ciudadanos y ciudadanas norteamericanos.

La otra tradición es la que ahora se conoce como Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la cual proviene de la doctrina francesa imperante en el momento de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789). En dicha época también hay un salto del puro naturalismo hacia el positivismo, pero este se da mediante una declaración en términos universales, ya que no solo se reconocen derechos de un grupo determinado de personas (que tienen en común la historia, cultura, idioma o territorio) sino que se reconoce los derechos de la especie humana. Esta segunda tradición a la que se ha hecho referencia trata la vigencia de los derechos humanos desde un ámbito universal porque son reconocidos a todos por la sola condición de seres humanos.

Los mencionados son los dos caminos que han ido insertándose a partir del siglo XVIII, consolidándose en el siglo XIX y -por supuesto- desarrollándose en conceptos como la eficacia de los derechos. Consiguientemente, el siglo XX fue una época donde el iusnaturalismo dejó de ser suficientemente garantista en el sentido de promover la vigencia de los derechos y de establecer mandatos de obligaciones con la finalidad de proteger al individuo. En dicha época resultó necesario establecer otros mecanismos que puedan brindarle verdadera titularidad de derechos a las personas, así como goce y disfrute de los mismos

Se evidencia -en función de lo anteriormente mencionado- la evolución desde una tradición que reconoce derechos fundamentales en una Constitución (los cuales van a ser vigentes en un territorio y para una población determinada en donde el Estado asume deberes y obligaciones para esa población específicamente) hacia una tradición que impone deberes y obligaciones, no a individuos particulares sino a sujetos de la comunidad internacional.

Cabe señalar, entonces, que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos vincula y obliga a los Estados de la comunidad internacional con un mandato: el mandato de no dañar, lastimar o lesionar los derechos fundamentales propios de cada individuo. Cuando los Estados ingresan a este orden internacional reconocen estas normas -denominadas de *ius cogens*-

imperativas que les exigen garantizar la paz, la seguridad y los derechos humanos a todos los individuos que están bajo su jurisdicción; obligaciones que deben ser cumplidas independientemente de la nacionalidad de los individuos beneficiados. Resulta importante mencionar que en la tradición francesa hay una relación directa entre el individuo (que organiza, integra y configura la voluntad del Estado) y el Estado como cuerpo político que asume un deber en función del primero.

Hay otro elemento que se relaciona de manera bastante estrecha con el concepto de validez: el concepto de fuentes, el cual alude a los procedimientos para confeccionar el Derecho y también a los órganos y autoridades facultados para crear normas jurídicas. Y es que se debe tener en cuenta que el Estado puede caer en la elaboración de normas inválidas, lo cual -valga la precisión- en algún momento era prácticamente inconcebible: se entendía que toda la producción estatal normativa era válida por el simple hecho de que el Estado lo hacía, de tal modo que no se podía cuestionar la validez de la voluntad estatal.

La consideración previamente mencionada tiene un entramado jurídico y político que la sostiene, el cual se relaciona con las raíces de la organización actual del Estado que empieza a consolidarse desde la Revolución Gloriosa (Inglaterra, siglo XVII) donde aparece el órgano que hace que actualmente se tenga el modelo de Estado vigente: el Parlamento.

Es en Inglaterra donde se instaura por primera vez este concepto de Estado de Derecho, *rule of Law* ("las reglas de la ley") que implica la sustitución de un gobernante (de una forma de organización basada en justificaciones de tipo tradicionales y divinas) para luego explicarlo y justificarlo desde presupuestos republicanos y democráticos. Es en este preciso momento de transición de la Revolución Inglesa la que origina esta nueva forma de Estado que viene a ser la *monarquía constitucional*, asentando -de esta manera- una forma de gobierno parlamentario donde el primer poder del Estado está ubicado y consolidado en el Parlamento, dejando de lado la figura del rey.

De esta manera, la nueva voluntad que va a ordenar la sociedad y será válida es la voluntad del Parlamento, mas no la voluntad del rey como lo era en el gobierno monárquico. En otras palabras, los actos que van a ser válidos serán los emanados del órgano parlamentario y este será el que represente los intereses de un concepto que cobra vida desde la época romana: el *pueblo*, el cual le dará el fundamento político a los actos del parlamento. Es en este punto que aparece el concepto de *legitimidad* para imponer voluntades que han de ser cumplidas, acatadas y obedecidas.

La idea del surgimiento del Parlamento y que lo que se ha de acatar es lo ordenado por este organismo, encuentra lugar en la nueva forma de organizar a la colectividad mediante un Estado Legal, lo que comúnmente se llama *Estado decimonónico*. Bajo esta primera idea, lo que haga el Parlamento se entiende como válido. Posteriormente, en los siglos XVIII, XIX y XX se consolidó como *democracia parlamentaria*.

De la misma manera en que los inspiradores y auspiciadores de la fórmula de Estado de Derecho democrático liberal reconocieron al monarca como enemigo durante el siglo XX, se reconoce -respecto al término de la validez- que existen actos válidos hechos por el Parlamento que pueden resultar ilegítimos bajo ciertas circunstancias.

Sucede también que el Parlamento exprese la voluntad de un grupo o partido político que represente una mayoría o se puede aceptar la concertación de agrupaciones políticas para la elaboración de una ley, pero también puede resultar incompatible o contradictoria respecto de otros actos normativos si se afecta derechos o principios en los cuales se asienta la sociedad y; por ende, el mismo Derecho vinculado a la justicia.

La idea de validez se vincula al proceso parlamentario reconociendo que lo que hace el Parlamento es válido y; por ende, de obligatorio cumplimiento por parte de los destinatarios de la norma. De esta manera se hacen sinónimos el acto obligatorio, el acto parlamentario y la validez. La idea de la validez de las normas jurídicas tiene, por supuesto, toda una estructura organizacional que ha sido aportada por diversos juristas del derecho moderno y contemporáneo. Este concepto está referido -principalmente- a un procedimiento formal de elaboración de normas y de órganos competentes para hacerlo, que -luego- entrará en contradicción con el concepto de legitimidad.

Por otro lado, el concepto de legitimidad promueve el acercamiento a criterios y parámetros distintos de la mera formalidad, toma en cuenta parámetros que -en su momento- se dejaron de lado: por ejemplo, el del iusnaturalismo. Los parámetros del iusnaturalismo se entienden como mandatos de orden natural que no pueden estar a merced de voluntades transitorias como el Parlamento; en otras palabras, puede que un partido político represente una mayoría, pero eso no le faculta disminuir, eliminar o privar de derechos a las minorías. Estas mayorías por más representación y autorización democrática popular que tengan no están autorizadas para legislar en contra de las minorías o en contra de ciertos principios que se reconocen como básicos de la sociedad, como la justicia. El Derecho se basa justamente en ella.

El Derecho es un elemento que tiene que ver con la justicia, en ese sentido, hay ciertos conceptos que vienen desde el derecho romano. Entre dichos conceptos puede mencionarse el *principio de no dañar al otro*, a partir del cual una norma que faculte dañar o lesionar a otros se aleja de la justicia. También puede hacerse mención al *principio de vivir honestamente*, a partir del cual la norma que permita actos de corrupción o que genere impunidad se aleja del Derecho porque este busca una convivencia honesta de la colectividad. Otro ejemplo es el *principio de dar a cada uno lo suyo*, el cual indica que si alguien ha lesionado a otro debe responder por lo que ha generado; si alguien ha vulnerado derechos fundamentales le corresponderá la sanción correspondiente por el daño ocasionado.

Partiendo de lo anterior, puede presentarse el caso de que un legislador cumpla el mandato por la voluntad política, partidaria y transitoria; ya sea porque tiene suficientes votos o suficiente decisión política para -por ejemplo- no castigar a aquellos han vulnerado derechos fundamentales o para promover normas que no contribuyan con una vida honesta o que no responsabilice por el daño generado. Estos conceptos no han sido descubiertos por ilustres de la modernidad, sino que basta con repasar y conocer los orígenes del Derecho para encontrar que muchos de estos elementos se expresan en la realidad, pero acorde a los términos actuales.

A partir de conceptos como el de justicia, se cuestiona el elemento de validez en tanto que una norma puede ser válida pero ilegítima por ser injusta, lo cual -en términos actuales y modernos- se expresaría como inconstitucional.

3. La configuración jurídica y política del Estado

El siglo XX es el siglo de colisión entre dos tipos de normas dentro del ordenamiento jurídico: un enfrentamiento entre la Ley y la Constitución, lo cual genera una superación del Estado Legal de Derecho al el Estado Constitucional de Derecho. El siglo XX fue la época de la crisis del Derecho, que no fue otra cosa que la crisis del principio de legalidad debido al surgimiento del principio de supremacía constitucional. En otras palabras, se transita de la crisis del principio de legalidad (en que las normas son válidas en tanto son hechas por el Parlamento y, por lo tanto, vigentes) a un momento en el que para que la norma tenga efecto de obligatoriedad no basta la legalidad, sino que debe adecuarse a los principios y mandatos de la Constitución.

Se habla de crisis del principio de legalidad porque lo que se entendía en el ordenamiento jurídico era que este iniciaba con la Ley (principio de legalidad), pero luego esta pasa a un segundo nivel y es sustituida o derrocada

por el principio de supremacía constitucional. En función del principio de supremacía constitucional las órdenes cuentan con obligatoriedad definitiva en tanto y en cuanto sean conformes a la Constitución. Es en este contexto cuando surge el órgano que defiende como norma suprema a la Constitución: el Tribunal Constitucional (en adelante TC). Con el surgimiento de este órgano aparece un tercer elemento: *la eficacia*.

El TC es el órgano que va a permitir controlar y ejercer las garantías de validez y legitimidad de los actos del Parlamento. El surgimiento de esta instancia cambia y transforma totalmente el Estado, incluso podría señalarse que el TC generó el paso de un régimen democrático a uno con características "aristocráticas". Resulta importante redefinir estos términos y señalar que vienen desde las formas de gobierno de los griegos. Lo aristocrático se relaciona con un *gobierno de los mejores*, pero que defiende el bienestar común y general. Por otro lado, la oligarquía es el *gobierno de los pocos* para defender sus propios intereses, no tiene fundamento popular o un soporte de elección, pero sí un elemento meritocrático.

Al analizar las configuraciones de los Tribunales Supremos de otros países se encuentra que -por más que muchos tengan una configuración de elección popular- tienen insertado un requisito meritocrático que va de la mano con la profesión ejercida por los juristas, no solo de constitucionalistas sino más bien de científicos del Derecho, los cuales pueden integrar y conocer el Derecho desde los presupuestos de la ciencia.

A partir de ello se pueden explicar situaciones como la potestad que el Tribunal Constitucional tiene para declarar la inconstitucionalidad de una Ley. Aquí conviene recordar la polémica surgida en el siglo XX entre Kelsen y Smith sobre quién es el guardián o defensor de la Constitución. Por un lado, Smith consideraba que el defensor de la Constitución es el mismo jefe de Estado que mantiene la unidad del Estado y; por otro, Kelsen sostenía que el guardián es un órgano especializado jurisdiccional que ejerza la defensa de la Constitución y que tenga la potestad de dejar sin efecto normas parlamentarias por no ser actos de creación y reproducción de la Constitución. Como se conoce, el Parlamento es el encargado de hacer las leyes y también es el poder que tiene representación democrática porque es elegido por el pueblo.

Se tiene entonces que el TC tiene la potestad de dejar sin efecto la voluntad del pueblo, lo que sucede cuando este órgano declara la inconstitucionalidad de una Ley. Además, el Tribunal Constitucional tiene la potestad de revisar la reforma constitucional, facultad que ha sido concedida del poder constituyente al poder constituido (Parlamento). La aplicación de la

potestad de reforma se presenta cuando la reforma ha trastocado pilares básicos y elementales. Es así que el Tribunal Constitucional la facultad de imponer su voluntad sobre la voluntad del Parlamento que es el que expresa la voluntad popular.

Ahora bien, estamos en pleno proceso de transformación de las fórmulas democráticas como sustento del Estado moderno, en tanto que las normas que resultan ser impuestas a las personas para regular las conductas y comportamientos se encuentran finalmente determinadas en su validez y legitimidad por las sentencias del TC y no tanto -o exclusivamente- por el pueblo.

A ello es a lo que se hace referencia cuando se hace mención del concepto de *Estado con características 'aristocráticas'* puesto que el Tribunal Constitucional es un órgano colegiado elegido en base al mérito y en base a las cualidades de los magistrados para ejercer el cargo y decidir en base al bien común. La noción de bien común es ahora entendida en base a la Constitución: ella es el bien común, es la voluntad popular, es lo que el pueblo quiere jurídicamente.

Así se entiende cuando un gobernante manifiesta que va a gobernar para el pueblo, lo cual se entiende jurídicamente como el hecho de que ese gobernante va a gobernar conforme manda la Constitución porque esa es la voluntad imperativa y obligatoria, no en tanto la voluntad de los electores ni la voluntad de los periodos electorales, ni de las encuestas.

4. Los derechos fundamentales

Corresponde ahora proceder al siguiente punto: el de los derechos fundamentales. El contexto del Estado, de vigencia, validez y legitimidad tanto de las normas como de los órganos que se encargan de la configuración de estas que rigen la sociedad es -principalmente- el que rige en el modelo peruano actual del Parlamento y el TC. En este contexto es que aparecen los derechos fundamentales, los cuales tienen una doble concepción: por un lado, la de ser derechos humanos que están positivizados en la Constitución y, por otro, que están reconocidos como aquellos derechos inalienables y consustanciales de las personas. Esto no dice mucho porque cuando se habla de la eficacia de los derechos se tiene que diferenciar dos aspectos: la titularidad del derecho y el ejercicio de derecho.

Desde la visión de los derechos fundamentales estos son concebidos como atributos inalienables de la persona y vinculantes para el Estado; por ejemplo, vida, libertad, igualdad e integridad. Estos derechos pueden estar plasmados en la Constitución de forma expresa y positivizados tanto en

el artículo 2 como la cláusula de *numerus apertus* del artículo 3. Asimismo, se pueden desprender de la Cuarta Disposición Final y Transitoria, los cuales son conocidos como derechos fundamentales por remisión. Así las cosas, existen derechos fundamentales expresos, no enumerados y por remisión.

Los derechos expresos son los que se encuentran plasmados en la Constitución y que son atributos inalienables, esa es la condición de los derechos fundamentales. Estos se diferencian de los constitucionales, los cuales son -simplemente- aquellos que se encuentran positivizados en la Constitución, pero que no necesariamente son atributos inalienables, sino que tienen más bien una relación con lo que se tenía en un régimen monárquico con las prerrogativas sobre los cargos o funciones que ejercían determinadas personas.

En otras palabras, la forma en la que se entendían los "derechos fundamentales" en el régimen monárquico no permite concebir que en esa época se tenían -propiamente- derechos fundamentales; sino que se tenían prerrogativas, concesiones o mandatos que el monarca daba a determinadas personas por las funciones que ejercían. En función del ejercicio de determinadas atribuciones se le reconocía ciertos atributos que dejaba de tener cuando ya no lo ostentaba.

Esta noción ha quedado relegada en el propio funcionamiento del Estado. Por ejemplo, algunos ciudadanos y ciudadanas cuando empiezan a ejercer algunos cargos en el Estado adquieren ciertos atributos que los demás ciudadanos no cuentan, los cuales están señalados en la Constitución. Por estar reconocidos en la Carta Magna es que también se pueden considerar como derechos constitucionales.

Si bien la noción ha quedado relegada, su presencia aún puede evidenciarse en prerrogativas que cuentan -principalmente- los altos funcionarios del Estado. Ejemplos de esas concesiones son el *antejuicio político* y la *inmunidad* que -si bien ha quedado reducida- aún sigue existiendo para algunos funcionarios del Estado. Esas prerrogativas constituyen típicos derechos constitucionales de los que no gozan todos los ciudadanos en tanto que el *antejuicio político* o la *inmunidad* no son atributos esenciales, sino solo en tanto se ejerza un alto cargo público.

Ahora bien, los derechos fundamentales como la vida, libertad o igualdad son presupuestos del Estado moderno, en el cual se encuentran derechos que pueden estar expresos que se fundan en la dignidad de la persona humana. También se pueden encontrar derechos humanos no enumerados -los cuales se encuentran en la cláusula tercera de la Constitución perua-

na- que provienen de las enmiendas de la Constitución norteamericana como síntesis de la concepción iusnaturalista y positivista de los derechos.

Durante la mencionada síntesis, con la finalidad de que los derechos no se agoten en los que están expresos, se llegó a un consenso que parecía inagotable entre estas disputas positivistas o iusnaturalistas de los derechos: se prefirió una cláusula abierta de los derechos en la cual se establezca que los derechos no terminan en los que están escritos, sino que puede haber más que se funden en ciertos principios elementales de la sociedad y del Estado, estos son los no numerados.

También existen -como se mencionó- otros derechos que son por remisión, los cuales son aquellos en los que la propia Constitución remite a los tratados en materia de derechos humanos de los cuales el Estado peruano es parte. Estos derechos también pueden ser tutelados y protegidos por el ordenamiento jurídico.

5. La eficacia de los derechos fundamentales

Todo lo vertido hasta el momento permite llegar al concepto de eficacia de los derechos fundamentales. Cuando se habla de eficacia se hace referencia al cumplimiento de las normas jurídicas en la realidad, es decir, el derecho regula el acontecer de la realidad. Al analizar la realidad a la que se hace mención, se encuentra que esta se va a subsumir dentro de supuestos normativos. Entonces, cuando se hace remisión a la eficacia o efectividad en general de las normas jurídicas queda implícito que estas cuentan con asidero en la realidad.

Las normas jurídicas se acatan y con ello se cumple la estructura normativa que tiene la forma de silogismo. Ello quiere decir que tiene una premisa mayor, una premisa menor y, conjuntamente con la participación del nexo hay un consecuente. Esto se plasma con claridad en las normas penales: por ejemplo, si la norma dicta que aquella persona que comete un determinado delito será privada de su libertad, y la comisión del delito sucede en la realidad, entonces, la persona será sancionada con pena privativa de la libertad. A esto se hace referencia con la noción de eficacia jurídica: lo que ha dispuesto la norma se está cumpliendo en la realidad.

Cuando la *eficacia* jurídica es trasladada al plano de los derechos fundamentales es necesario hacer una diferencia entre ese concepto y el de *vigencia*. Los derechos fundamentales en realidad están vigentes, lo cual permite colegir que -tal vez- el problema en el que estos se encuentran involucrados no es -mayoritariamente- sobre su vigencia puesto que cuando son consagrados también se reconoce a su titular y se le protege en sus

atributos inalienables. Al tener este tipo de derechos se pueden encontrar un abanico amplio de normas jurídicas que dotan y protegen a la persona en estos atributos.

Por eso es particularmente interesante leer las constituciones. Por ejemplo, la Constitución dice "toda persona tiene" no dice "toda persona goza" o "toda persona ejerce" o "toda persona efectiviza". Es así que la Constitución -simplemente- reconoce declarativamente que toda persona tiene derechos. Es decir, reconoce a las personas como titulares de los derechos. Esto se relaciona con el propio origen de los derechos, el cual se encuentra basado en la propiedad de acuerdo con lo señalado por los propios fundadores del Estado moderno, en tanto se reconoce este derecho como el principal y el primero de todos (Locke). Se reconoce a la propiedad antes que la propia vida y antes que la propia libertad, pero la propiedad en términos de la propia existencia, es decir, en términos de sí mismo, uno es dueño de sí, es dueño de su vida, de su trabajo, etc. En el régimen monárquico el individuo le pertenecía al rey, no así mismo. Y ese es el cambio que ha permitido la construcción de la sociedad moderna. El cambio estuvo en que se concibió el individuo como dueño de sí mismo, y por ende de todos sus atributos.

Ello explica que cuando se habla de derechos fundamentales, se habla en términos de propiedad: "las personas tienen derechos". Cosa distinta son los atributos que ostenta la sociedad y otra el disfrute y el goce de los mismos. En esa línea, cuando se hace referencia al ejercicio de los derechos, se está hablando del goce y disfrute de los derechos. Aquí resulta relevante mencionar que cuando -por ejemplo- en el Código Procesal Constitucional se establece que los procesos constitucionales tienen como finalidad la vigencia efectiva de los derechos; lo que se busca -en última instancia- es llegar a la eficacia y no quedar en el mero reconocimiento de los derechos. Esta última característica es una de las condiciones para declarar la improcedencia de la instauración de un proceso constitucional, en tanto que estos no son procesos declarativos sino procesos restaurativos.

A partir de los elementos de la titularidad y ejercicio es que se encuentran diferencias entre el goce y el ejercicio de los derechos, las que son prerrogativas que dependen de la propia estructura que caracteriza a los mismos; en otras palabras, ya no se habla solo de dispositivos iusfundamentales (es decir, derechos escritos) sino de normas de derechos fundamentales que se obtienen vía interpretación. Esto lleva a las posiciones o situaciones de los derechos fundamentales que tiene la estructura triadica: a) titular de derecho, b) objeto-relación y c) sujeto obligado. Cuando se cumpla con estos tres elementos se podrá hablar de eficacia.

Para finalizar, es relevante mencionar el caso de la Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria que fue resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), hechos que iniciaron en 1993, donde se les reconoció a estas personas como titulares de derechos pensionarios. El reconocimiento no se dió a través de un mandato normativo de la Ley o de la Constitución, sino mediante un mandato emitido por un órgano jurisdiccional (Corte Suprema y Tribunal Constitucional).

Luego de transcurrido veintitrés años de emitida la sentencia que reconocía sus derechos y el sujeto obligado -habiendo incluso fallecido muchos pensionistas- resultaba que muchos de los beneficiarios no habían logrado hacer efectivo sus pensiones, es decir, se les reconocía el derecho y estaba identificado el sujeto obligado; pero no se hacía efectiva la contraprestación: el abono de la pensión y devengados, faltó la situación o posición de derecho fundamental.

Esto quiere decir que la eficacia tiene que ver con elementos distintos y diferentes de la vigencia, validez y legitimidad del derecho, por ejemplo, el valor justicia guiado por el Derecho. En ese sentido, la Corte IDH señaló que lograr la ejecución de las sentencias judiciales es un aspecto fundamental del Estado de Derecho, es decir, eficacia no solo de Derecho sino de las decisiones judiciales, las cuales deben ser cumplidas para lograr esta eficacia de los derechos. Ya sea de forma voluntaria cumpliendo los compromisos que el Estado asumió al momento de ingresar a la comunidad internacional o de manera coercitiva en los casos que corresponda.

En el caso concreto, los órganos jurisdiccionales debieron haber adoptado las medidas necesarias para exigir a las autoridades el cumplimiento de la sentencia en favor de los pensionarios. Sobre este caso no solo hubo un pronunciamiento de la Corte Suprema, sino que también había una sentencia del Tribunal Constitucional del año 2001; sin embargo, no se hizo eficaz los derechos de estas personas. Se reconoció la titularidad, pero no se garantizó la eficacia.

En ese sentido la Corte estableció algunas recomendaciones para evitar la repetición de las violaciones declaradas en la sentencia, por ejemplo, indica que el Estado peruano debe asegurar que las entidades estatales cumplan con los fallos judiciales que reconocen derechos de pensionarios a extrabajadores. También de asegurar que los procesos de ejecución de sentencias cumplan con el estándar convencional de sencillez y rapidez. Además, asegurar que las autoridades judiciales que conocen estos procesos se encuentren facultados legalmente para aplicar mecanismos coercitivos necesarios

para garantizar el cumplimiento de los fallos judiciales.

En conclusión, no basta las normas jurídicas o las decisiones judiciales para que los derechos se tornen eficaces, ya que la eficacia va más allá de la mera vigencia, de la mera legitimidad y tiene que ver más con un compromiso del Estado de cumplir sus obligaciones bajo el valor de la justicia.

6. Respuestas a las preguntas del público

6.1 En atención a la crisis política del Perú entre los poderes ejecutivo y legislativo del Estado, ¿cómo podrían afectar en la efectivización de los derechos fundamentales? Esto teniendo en cuenta que las tensiones son por desacuerdos sobre los derechos de determinadas comunidades que se encuentran en especial situación de vulnerabilidad como la comunidad LGBTIQ+ y los pueblos andinos en donde muchas veces el Poder Ejecutivo plantea una ley a favor de ellos, pero el Poder Legislativo las rechaza.

El nivel de eficacia de las normas y; por ende, de los derechos tiene que verse de forma gradual, ya que muchas veces el incumplimiento o falta de protección de los mismos puede deberse a la falta de la norma -como es el caso del matrimonio igualitario en el que no existe el reconocimiento del matrimonio entre las personas del mismo sexo- pero a partir del reconocimiento legal de los derechos, la eficacia puede ir presentándose gradualmente.

La insuficiencia en el nivel de eficacia de los derechos fundamentales también puede deberse a causas institucionales, es decir, que falten garantías institucionales capaces de tornar eficaz los derechos. Un ejemplo puede evidenciarse en el tema del derecho a la salud, respecto del cual no hay una buena infraestructura ni hay centros necesarios, adecuados y suficientes para la atención; además, falta implementar temas logísticos y solucionar problemas presupuestarios.

Debe recordarse -también- que el Perú ha sido escenario de crisis constantes; de hecho, recién desde el año 2000 la democracia ha ido consolidándose, pero por el poco tiempo de su existencia resulta fácil dejarla de lado. No obstante; lo que resulta verdaderamente importante no es que las crisis entre ambos poderes del Estado sean constantes, sino que la institucionalidad existente en el país es sumamente débil. En esa línea es que resulta necesario que el Estado pueda brindar las respuestas adecuadas y suficientes para que dentro de las instituciones se resuelvan estas tensiones.

También hay que señalar que muchos de los derechos fundamentales son usados en momentos específicos -por ejemplo, en momentos electorales como parte de campañas políticas-, pero una vez que se llega al gobierno son dejados de lado si es que no coadyuvan al sostenimiento del poder. Debe dejarse en claro que los derechos no pueden estar supeditados a cambios políticas partidarias porque son elementos básicos de la organización del Estado

6.2 ¿Cuáles son los riesgos de la politización de los derechos fundamentales?

Los riesgos son muy altos porque cuando los derechos se politizan también se instrumentalizan y; en consecuencia, el artículo 1 de nuestra Constitución termina siendo solamente un "slogan" retórico.

Ahora bien, cuando los derechos ingresan a la escena política para perseguir el objetivo -que es hacerse del poder-, los derechos se convierten en meros instrumentos que como tal pueden resultar desechables. El desear derechos fundamentales significa que valores como la vida, la dignidad -entre otros- no se respetan ni garantizan y se encuentran justificaciones en la seguridad del Estado para vulnerar estos derechos o para no permitir a ciertos grupos minoritarios el reconocimiento de sus derechos que como personas les corresponde.

6.3 ¿Cuál sería un ejemplo de politización de los derechos fundamentales?

Un ejemplo puede encontrarse en el escenario del siglo XX, donde el Estado de Derecho comenzó a tener retos en cuanto a los regímenes extremistas que se presentaron en esa época en la que muchos de los partidos fascistas llegaron al poder en base a una politización de los derechos. El hecho de decir que un grupo de personas son las causantes de las desgracias del país y basarse en esa causal para hacerse del poder es -simplemente- una politización de los derechos. En conclusión, una de las principales consecuencias de la politización de los derechos es la instrumentalización de los derechos.

¿Es necesaria la inclusión explícita de los derechos fundamentales en la Constitución como paso necesario para su efectivización?*

Luis Benjamín Herrera Bustinza**

Universidad Católica de Santa María

SUMARIO: 1. Introducción / 2. El control de constitucionalidad / 3. La interpretación constitucional / 4. Los derechos no numerados o implícitos / 5. El Derecho Constitucional Latinoamericano / 6. ¿Es necesaria la inclusión de los derechos fundamentales para lograr su efectivización? / 7. Respuestas a las preguntas del público.

1. Introducción

Este tema es muy particular toda vez que es un debate que, si bien por las coyunturas propias de las últimas décadas no ha estado en vilo, es una circunstancia latente. En sí es un problema de conocimiento entre dos posturas: unas más rígidas y otras más flexibles. Para entender el *kit* del asunto es necesario entender, en primer lugar, qué es el control de constitucionalidad; luego la interpretación constitucional; consiguientemente qué son los derechos no numerados y, por último, qué es el derecho constitucional latinoamericano.

2. El control de constitucionalidad

El control de constitucionalidad es un sistema de principios, reglas e instituciones jurídicas que tienen como finalidad garantizar la supremacía de la Constitución como cúspide de la pirámide normativa, posicionándose por sobre todo componente normativo en determinada comunidad política.

Otra forma de comprender el control de constitucionalidad, tal vez desde una perspectiva mucho más pragmática o funcional, parte de entender a

* Conferencia virtual llevada a cabo en el a cabo en el Curso de Alta Especialización en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 09 al 13 de agosto del 2021

**Abogado por la Universidad Católica de Santa María. Especialista en Derecho Procesal Constitucional y Administrativo por la Universidad Católica de Santa María. Magister en Derecho con mención en Política Jurisdiccional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado especialista en derecho constitucional Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

este como un tipo específico de control del poder que, en contraste con los otros tipos, se caracteriza, más que por su actividad misma, por el parámetro de verificación o control utilizado: la Constitución. A diferencia del control de legalidad, que tiene como parámetro de control a la Ley, el control de constitucionalidad se caracteriza por la compleja naturaleza de la constitución como parámetro de verificación.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el control de constitucionalidad tiene un problema en tanto que el parámetro de control empleado es difuso, amplio e impreciso y puede admitir a primera vista más de una interpretación, siendo insuficiente la interpretación literal, por lo cual se sirve de otras técnicas o criterios interpretativos para adquirir un sentido adecuado. En suma, el problema del control constitucional es sumamente complejo debido a la indeterminación de sus parámetros de control.

3. La interpretación constitucional

Para esbozar un concepto de interpretación constitucional conviene recurrir al concepto propuesto por García Toma en su Diccionario de Derecho Constitucional, en el cual define a la interpretación constitucional como el proceso mediante el cual se determina o asigna un sentido a las normas contenidas en el texto fundamental. Es decir, mediante el uso de la interpretación constitucional se extrae o se asigna un sentido al contenido incluido en la Carta Magna.

Para tener más claro este concepto es necesario comprender la definición de la interpretación como un proceso cognoscitivo realizado a través del uso de diversos recursos para extraer u otorgarle un sentido a una disposición normativa de la cual se extrae una norma. Se llega a esta noción apelando a los conceptos que el cientificismo procesal o europeo ha dado y sobre todo a los desarrollados por la Escuela Genovesa.

La Constitución normalmente es un texto escrito y en función de esa característica adquiere también rigidez y la tiene, en cierto punto, porque es un texto -al menos dentro de la realidad latinoamericana- expresado o emanado de un órgano legitimado para ello y que contiene disposiciones, principios y prescripciones normativas que interactúan entre ellas.

Siguiendo la línea de Zagrebelsky se puede entender la interpretación como el proceso intelectual (en el entendido que se usa el conocimiento) a través del cual se busca llegar al sentido del contenido de las proscipciones que la Constitución como texto normativo incorpora en su texto. Dicho proceso intelectual se realiza partiendo de los enunciados normativos, los cuales son fórmulas lingüísticas. De otro lado, de acuerdo con Konrad

Hesse, para llegar al resultado correcto de la interpretación se debe acudir a diversos métodos entre los que se encuentran el método sistemático, el teleológico, el histórico y el evolutivo.

El *método sistemático* considera al texto constitucional como un sistema armónico en el cual, por más que las posiciones constitucionales presenten una contradicción, estas finalmente se armonizan. El *método teleológico* es el que extrae el sentido normativo de acuerdo con el contexto histórico, es decir, apelando a las intenciones del legislador al momento de establecer dicha norma. El *método histórico* es el que se sirve de los hechos, toda vez que el Derecho como conocimiento está influenciado fuertemente por el contexto histórico-social, por el pensamiento propio de los legisladores, por el pensamiento o idiosincrasia de cada pueblo y por los demás elementos propios de la cultura.

Por último, en el *método evolutivo* la interpretación de la Constitución se aparta un poco más de estas cargas del propio legislador, se corta el “cordón umbilical” y se admite que la Constitución se independiza y evoluciona con el tiempo. A modo de ejemplo puede mencionarse la figura de incapacidad moral, la cual se entendía como la falta de salud mental y se encontraba referida al déficit de las habilidades intelectivas del mandatario. La evolución de dicha figura ha devenido en que ahora se le entienda como un juicio moral-ético propio de la interpretación de las últimas dos Constituciones. En conclusión, bajo este último criterio la Constitución va adquiriendo -como un ser vivo- nuevos significados de acuerdo con los cambios de la sociedad en el tiempo.

Además de los métodos también se tienen en cuenta algunos criterios, por ejemplo, la *unidad de la Constitución*, la cual trata a esta norma suprema como un cuerpo sin división; la *función integradora* y la *fuerza normativa de la Constitución*.

Ahora bien, el parámetro para una adecuada interpretación es la propia Constitución, pero fuera de ella también se desarrollan otros parámetros que sirven de guía para dicho proceso. Entre dichos parámetros cabe señalar al *bloque de constitucionalidad*, a las *leyes de desarrollo*, a los *precedentes vinculantes*, a los tratados de Derechos Humanos y a la jurisprudencia de la Corte IDH; los cuales integran y enriquecen el parámetro constitucional. La existencia de los parámetros previamente mencionados lleva a entender a la Constitución no solo como un instrumento normativo aislado, sino como un parámetro de constitucionalidad integrado por más elementos.

En ese sentido, cabría señalar que la labor interpretativa judicial es una actividad reciente que empieza a surgir a partir del Siglo XIX; lo cual se

debió a los rasgos propios de épocas anteriores, sobre todo del Derecho europeo y de manera particular en Francia. En ese entonces, en Francia, había muy poca confianza de la sociedad hacia la actividad de los jueces debido a sus propios hechos históricos como la Revolución Francesa, no se confiaba en los jueces y; por ende, se limitaba su accionar toda vez que habían sido desprestigiadas las instituciones judiciales en la época del Antiguo Régimen. Durante dicho régimen los cargos que ejercían los jueces eran hereditarios y también se compraban oficios, lo que era una forma de perpetuar el ejercicio del poder. Es así como otorgarle una labor interpretativa a la institución judicial no era algo que ellos pudieran concebir dada la historia de abuso que habían sufrido por parte de los jueces de la época.

El cambio de paradigma hacia la soberanía popular y la idea de que el poder supremo emana del pueblo y no de autoridades constituidas configura una realidad jurídica distinta, por lo cual la interpretación constitucional -derivada de la interpretación judicial- penetró en Latinoamérica de manera poco rauda y tuvo resistencias, pero luego la incorporación de características del Derecho Constitucional latinoamericano ha ganado más terreno.

Ahora bien, la realidad francesa fue una tendencia contraria a la del Derecho anglosajón; en la realidad inglesa los jueces sí gozaban de gran prestigio, respeto y consideración, así como las instituciones a la que estos pertenecían, pues había servido o apelado por los intereses del pueblo y velado por la tutela de los derechos de esa época. Por ejemplo, el *caso Bonham*, están los primeros antecedentes del control de constitucionalidad en el modelo difuso, influencia que fue trasladada -luego- a Estados Unidos en casos como el de la Constitución de Virginia, también influenciando los textos de Alexander Hamilton como “El federalista” que se llegó a instalar como una doctrina judicial la cual llegó a configurar parte del Common Law norteamericano que también tuvo gran influencia en Latinoamérica, sobre todo en países como Argentina y México que asumieron una estructura federal, un sistema de fuentes de Derecho basado en la casuística, la interpretación judicial y -posteriormente- constitucional.

4. Los derechos no numerados o implícitos

La Constitución como cuerpo normativo, incorpora disposiciones normativas expresas como el artículo 2 el artículo 139 donde están conglomerados el reconocimiento y la garantía de diversos derechos. Por ejemplo, en el artículo 139 están contenidos derechos y principios de la administración de justicia como el debido proceso y también la propia administración. Es

así que existen diversas disposiciones que reconocen de manera directa en el texto constitucional varios derechos.

Por otro lado, en el artículo 3 están los derechos no numerados, estos son derechos que nacen o son concebidos a partir de la interpretación, es decir, del contenido indirecto, del contenido implícito o propio que pueda tener otro derecho. Es decir, hay derechos que emanan de otros y que con el tiempo van adquiriendo una configuración propia. Tal es el caso, por ejemplo, del derecho al agua potable que fue incorporado en la Constitución no hace mucho, el cual previamente había sido desarrollado en base a este artículo 3 (*numerus apertus*) de la Constitución, el cual dice que fuera de los derechos reconocidos en el artículo 2 también se reconocen derechos que nacen o se derivan de la dignidad del hombre o que nazcan de nuevas realidades, por ejemplo, el derecho a la autotutela, es decir, el derecho que todos tienen de poder controlar información nuestra que exista en los registros públicos, instituciones gubernamentales o también en registros privados.

Este derecho, en su primera manifestación era parte integrante del derecho a la privacidad, pero debido al adelanto de la tecnología, la nueva era, la nueva organización social fue adquiriendo mayor importancia y tan particular personalidad que consiguió una entidad propia y se separó del derecho a la privacidad y, actualmente, es reconocido como un derecho de era informática.

En resumen, estos derechos adquieren personalidad propia y se independizan del derecho que los originó. Al menos son los que la doctrina y la jurisprudencia ha admitido hasta la fecha cuando su tutela es muy urgente. Por ejemplo, el derecho al agua potable que antes era parte del derecho a la salud tenía como una de sus condiciones mínimas acceder al agua potable, pero a fin de reforzar su cumplimiento y darle mayor eficacia se optó por incorporarlo explícitamente en la Constitución.

Entonces, es la urgencia y los cambios o avances tecnológicos los que generan nuevas posibilidades en los derechos porque estos se configuran de manera particular: consiguen una nueva entidad y son derechos nuevos, no explícitos. Ahora bien, los derechos implícitos tienen muchas ventajas porque responden a la realidad de manera mucho más dinámica y rápida, pero también tienen inconvenientes porque al no estar expresados de manera clara en la Constitución requieren, para su efectivización, una mayor carga en la argumentación de los jueces.

Por ejemplo, hay casos pioneros que marcan un parteaguas entre el reconocimiento de un derecho y otro. Por ejemplo, el derecho a la salud. Todos

entienden que el derecho a la salud es un derecho de carácter estacional que el Estado tiene que garantizar a todos los ciudadanos y, estuvo en debate -hace unos años- si es que este derecho comprende el acceso a los medicamentos y dispositivos médicos. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional reaccionó de manera rápida y reconoció que -efectivamente- el acceso a los medicamentos sí está comprendido en el derecho a la salud. En ese sentido, los Tribunales son -digamos- mucho más rápidos para tutelar estas nuevas realidades a diferencia del legislador que mediante el procedimiento deliberativo tarda en generar consensos.

Entonces, como los tribunales innovan estas realidades actuando como agentes creadores de derechos implícitos se les atribuye una mayor carga argumentativa que legitime esta nueva concepción del derecho, más aún cuando alcanzan o implican mayores obligaciones para el Estado, por ejemplo, obligaciones prestacionales que pueden requerir la ejecución de políticas públicas o un marco normativo específico para su disfrute pleno.

A la sazón, los derechos no numerados tienen el beneficio de adaptarse rápidamente a la realidad gracias a que la Constitución tiene este artículo 3 *numerus apertus* que permite los derechos surgidos en cualquier cambio social o ámbito de desarrollo sea tutelado. Por ejemplo, los DESCA (Derechos Económicos, Sociales y Culturales) aún siguen en crecimiento y evolución.

Entonces, si bien el legislador tiene mayor legitimidad democrática porque -en efecto- han sido elegidos de manera representativa por la población y, por ende, tienen mayor legitimidad para la incorporación de derechos, los jueces se encuentran en mejor posición para responder a las necesidades de los cambios sociales, tienen mayor conocimiento técnico de la justicia y ante un caso determinado tienen la posibilidad de hacer control constitucional de la normativa y los actos que haya realizado el Estado.

5. El Derecho Constitucional Latinoamericano

El Derecho Constitucional latinoamericano es una derivación o una versión tropicalizada del Derecho Constitucional, toda vez que el Derecho como fenómeno social y como conocimiento no solo es un fenómeno técnico, sino que es un producto cultural. Es un producto cultural porque está influenciado de manera previa por la realidad, es decir, responde a un tiempo y momento histórico. Es técnico porque depende de la inteligencia, de la cultura y del sistema de valores de determinada sociedad. Entonces, el Derecho Constitucional tiene muchas características que marcan su personalidad.

Ahora bien, el Derecho Constitucional nace como una respuesta independista de la revolución; particularmente el Derecho Constitucional latinoamericano encuentra sus principales influencias en la Constitución de Filadelfia, en la Constitución de Querétaro (1907) en la cual se crea el Constitucionalismo Social, en el juicio de amparo como mecanismo de defensa para los titulares de los derechos y en el Hábeas Data que tiene un desarrollo científico más riguroso influenciado por el procesalismo. De hecho, el Constitucionalismo Latinoamericano también da a luz a una disciplina reciente como el Derecho Procesal Constitucional que propugna la coherencia, la sistematización del Derecho Procesal.

Sucede que la mayoría de las legislaciones tiene sus dispositivos normativos de carácter adjetivo dispersos, como sucede en México o Chile -por ejemplo- en donde la tutela es regulada a través un acta emitida por la propia Corte, no a través de un dispositivo con rango de ley; como en el caso del Hábeas Corpus, el cual se encuentra regulado en su Código Penal.

También se tienen muchos casos de dispersión, como sucede en Colombia, en donde se presenta la figura de la acción de cumplimiento es un cuerpo normativo distinto y regula otra acción de cumplimiento para casos de material ambiental. Este predominio del derecho romano-germánico -el cual se encuentra influenciado fuertemente por el Derecho Canónico- en Latinoamérica se manifiesta a través del Hispanismo, el cual dejó también la tendencia de codificación para el propio Derecho Constitucional. También existe influencia de la vertiente que viene desde Estados Unidos y que ingresa por Argentina, la cual introduce la figura del control de constitucionalidad incidental.

Las dos vertientes previamente referidas se mezclan y generan el sistema mixto que rige en el caso de Perú, un sistema sinérgico o dual en el cual conviven dos sistemas de control de constitucionalidad judicial (uno concentrado y otro incidental) perfectamente armonizados. Es así como -en este contexto de independencia- el cambio de paradigma hacia la soberanía popular, democrática y constitucional social mexicana; el paradigma sobre el Derecho Romano y el sincretismo con el Derecho Anglosajón crean este producto que es un Derecho Constitucional altamente tecnificado y creador. Este derecho; el cual recibe también una fuerte influencia de la escuela alemana, de Oskar Von Bülow, del procesalismo italiano de Chiovenda, etc.; tiene sus propias creaciones procesales, a diferencia de otros sistemas.

De otro lado, cabe anotar la idea de la elasticidad y flexibilidad de los derechos frente a la realidad, toda vez que los derechos no se crean, sino que se reconocen. Si se acude al concepto propio del pensamiento contemporáneo de los derechos, se encontrará que bajo este esquema los derechos en sí

no son conquistas sino reconocimientos que el Estado hace sobre las nuevas realidades, necesidades y garantías que exige la población. Esto en la medida que la legitimidad del Estado descansa en la renuncia total de los ciudadanos sobre la libertad que tienen para vivir en un entorno seguro con determinadas garantías que se desprenden de este poder que le ha sido otorgado al Estado, el cual es dirigido por un determinado gobierno.

El conocimiento de las nuevas realidades y los derechos que de estas surgen ha sido tratado por el Tribunal Constitucional en su sentencia recaída en el expediente N° 895-2001-AA/TC. En el fundamento 5 de dicha sentencia se precisa que es posible identificar, dentro de un derecho expresamente reconocido, otro derecho que, aunque susceptible de entenderse como parte de aquel, se configura autónomamente por razones de urgencia de su tutela o por la adquisición de características propias que permitan configurarlo de manera independiente.

Algunos ejemplos de las creaciones o derivaciones jurisprudenciales de estos derechos en base a la autonomía de estos o del avance de la sociedad a las nuevas realidades son el derecho a la intimidad, el derecho de autotutela, el derecho a la salud y el derecho a los medicamentos y dispositivos médicos. Respecto de este último es importante señalar que no se puede concretar totalmente porque es un medio de satisfacción de ese derecho, por lo cual cabe diferenciar entre el concepto de derecho y medio de satisfacción. El derecho es aquel estándar de exigencia o de capacidad que cada individuo tiene por el hecho de pertenecer a la raza humana que deviene de su dignidad y no puede ser perdido.

Por otro lado, un medio de satisfacción de ese derecho es distinto; por ejemplo, el derecho de gozar de un sistema de pensión puede ser satisfecho a través de un sistema de ahorro, de pensiones, etc., pero el medio de satisfacción puede variar. El derecho a la salud -a modo de ejemplo- puede tener como medio de satisfacción el derecho de acceso a la alimentación y el derecho de acceso a los dispositivos médicos; derechos que dado su propia autonomía o concreción de acuerdo con las circunstancias encuentran su propia autonomía al ser trascendentes e importantes para la comprensión de otros derechos.

6. ¿Es necesaria la inclusión de los derechos fundamentales para lograr su efectivización?

Con todo lo desarrollado hasta el momento se presentan las condiciones para responder el siguiente cuestionamiento: *¿es necesaria la inclusión necesaria la inclusión explícita de los derechos fundamentales en la Constitución como paso necesario para su efectivización?* La respuesta es negativa; la inclusión

no es necesaria, pero brinda diversas ventajas. De hecho, cada perspectiva, sea sumamente pragmática o reglamentarista, que se ha abordado proponen ciertas características, pero no una superioridad entre estos dos pensamientos.

Por un lado, algunas posturas consideran que los derechos implícitos serían más ágiles si se confía una mayor intervención creativa a los jueces, mayor capacidad de respuesta y, por otro lado, existen posturas que siguen el constitucionalismo latinoamericano popular contemporáneo. Un ejemplo de la aplicación de esta última postura se presenta en el caso de las constituciones de Venezuela, Ecuador o Bolivia, las que han incorporado casi reglamentariamente la mayor cantidad de derechos fundamentales posibles que puedan ser concebidos en su realidad, lo que por sí mismo no dota de efectividad a los derechos si es que no tiene como correlato mecanismos de tutela o instituciones tutelares que efectivicen los mismos.

Finalmente, es necesario hacer un repaso de los pros y contras en base a lo que se ha señalado anteriormente. De un lado se encuentran las Constituciones flexibles con *numerus apertus* y pocos derechos incorporados permiten una gran respuesta, una gran flexibilidad; de otro, las Constituciones más rígidas y reglamentarias que incorporan todas las manifestaciones de derechos que puedan concebirse. En el primer caso, los jueces responden de una manera más rápida, pero no tienen legitimidad democrática porque no son elegidos por la voluntad popular. Para ocupar estos cargos los jueces requieren de un alto grado de formación y necesitan una alta carga argumentativa para poder brindar tutela a estos nuevos derechos. En el segundo caso, el legislador sí tiene legitimidad democrática pero la tutela que le brinda a los derechos es lenta producto de un proceso deliberativo del Congreso, permite a todo ciudadano conocer el contenido constitucionalmente protegido del derecho, es decir, estar en contacto directo con el texto de la Constitución porque pueden remitirse al reconocimiento expreso de los derechos en la norma suprema, lo que conlleva a una exoneración del operador jurídico de la carga argumentativa.

7. Respuestas a las preguntas del público

7.1. ¿Qué mecanismos serían los adecuados a fin de lograr un equilibrio entre la explicitación de los derechos (que nunca está demás en la Constitución) y la interpretación de los mismos a fin de no tener - en última instancia - un catálogo extenso de derechos que, a final de cuentas, podría no cumplirse o no ser garantizados?

Para determinar los mecanismos adecuados hay que recurrir a otro producto del constitucionalismo latinoamericano: el *constitucionalismo dialógico* (impulsado por Roberto Gargarella) el cual armoniza la actividad judicial y la actuación política con base en la concreción del diálogo institucional, del principio de colaboración entre poderes. Producto de estas ideas y de estos nuevos paradigmas son las sentencias exhortativas. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional conoce un proceso de amparo en el cual se está cuestionando la constitucionalidad de determinada exposición normativa y, por ejemplo, antes de dejarla sin efecto tiene a bien armonizar el criterio en base a una interpretación conforme a la Constitución o, por ejemplo, en los casos de control concentrado, solicitar al propio Poder Legislativo la modificación de esta norma antes de expulsarla del ordenamiento jurídico.

Sobre todo, se resalta el rol de los tribunales, los cuales muchas veces en el reconocimiento de nuevos derechos son la punta de lanza para el cambio porque muchas de sus resoluciones judiciales se convierten en materia prima para la deliberación política y permiten al legislador reaccionar ante una nueva realidad. De esta manera, las sentencias de los tribunales se convierten en sendas por las que puede seguir. En ese sentido, también las resoluciones judiciales legitiman ciertos criterios, ciertos cambios de paradigma en el pensamiento.

En conclusión, el camino está en no solo incorporar los derechos en la Constitución. Si bien dicha inclusión es positiva porque permite al ciudadano más desprovisto de conocimiento técnico conocer la exigibilidad de sus derechos, pero también son necesarios mecanismos adecuados que permitan que estos sean exigibles. Uno de esos puede ser la instauración de procesos constitucionales efectivos, es decir, que se lleven a cabo dentro de una jurisdicción constitucional autónoma, también adecuados medios de ejecución de las resoluciones, fortalecimiento de la jurisdicción constitucional, o sea, que la normativa procesal permita dotar a estos derechos de garantías necesarias para su tutela.

7.2. ¿Podría decirse que los derechos se cumplen más que los sub-derechos o los que se desprenden de la interpretación misma?

En primer lugar, como se mencionó anteriormente, estos derechos que son extraídos de otros de mayor envergadura -generalmente- gozan de poca aceptación. No obstante, en base a la jurisprudencia se van cimentando líneas jurisprudenciales que con el tiempo consolidan al mismo derecho en base a sistema de precedentes y en función del sistema de jurisprudencia germánico-románico es que dichos sub-derechos también se vuelven parte

del bloque de interpretación judicial.

Si bien en un primer momento se podría requerir de mayor carga argumentativa, cuando se consolida una línea especial de jurisprudencia, esos derechos que se desprenden comienzan a ganar mayor identidad y; por ende, exigen o demandan mayor cumplimiento y mayor efectivización por parte de los operadores del Derecho y también a todos los poderes públicos.

Esta también es una de las desventajas: que si el reconocimiento o el cambio de paradigma no proviene de un tribunal de vértice como lo es el Tribunal Constitucional sino de una primera o segunda instancia, es muy probable que esta realidad que esta demanda no se concrete. Muchas veces; por ejemplo, las sentencias de primera instancia en casos que buscan la salvaguarda de derechos no reconocidos no son ejecutadas y al final del tramo -es decir, recién en última instancia- recién llegan a serlo. A propósito de esto, está el caso de los altos cobros de las copias de documentos de los Registro Públicos lo cual vulnera el acceso al derecho de información. En primera instancia se admitió esta postura, pero en segunda se revocó la decisión y fue en el Tribunal Constitucional donde finalmente se brindó tutela de este derecho.

7.3. Muchas veces el Tribunal Constitucional cuando en sus sentencias delimita el contenido constitucionalmente protegido de los derechos parte -como es lógico- de la misma Constitución, de manera que lo que muchas personas alegan para poder defender la necesidad de la inclusión en la Constitución de determinados derechos esa factibilidad de poder exigirlos de una manera más sólida, porque muchas veces lo que se alega es que si bien hay derechos que se reconocen de una manera -podría decirse- consuetudinaria el problema está luego en la exigibilidad de los mismos, ¿qué opinión le merece ello?

El reconocimiento expreso no siempre es sinónimo de efectivización del derecho porque sin procedimientos adecuados y jurisdicción constitucional fuerte esos derechos escritos no se traducen a la realidad. Por otro lado, sistemas con jueces con mayor actividad, con jurisdicción constitucional tecnicada, por ejemplo, desarrollada en constituciones menos reglamentarias, en realidad también tienen los instrumentos para efectivizar esos derechos no numerados.

Es cierto que la exigibilidad a nivel de la administración de justicia es más tortuosa cuando los derechos no están reconocidos explícitamente porque las autoridades van a pedir que se opte primero por un procedi-

miento judicial previo. Sobre esto, hay pros y contras. En algunos sistemas no comporta mayor dificultad la falta de escrituralidad de la norma; sin embargo, también considero que la incorporación de los derechos en los catálogos extensos o reglamentarios para nada es óbice de que se pueda tener tribunales de avance, activos o activistas que permitan desarrollar las realidades.

De otro lado, no abandonar la fórmula de _____ y, de igual modo, seguir incorporando en el catálogo derechos fundamentales permite a la gente que no está dotada de conocimiento técnico del Derecho conocerlos expresamente y exigirlos ante la administración pública, por ese lado, es un punto a favor de las constituciones reglamentarias.

7.4. ¿Qué otros mecanismos además de los mencionados serían adecuados a fin de lograr una verdadera efectividad en la práctica teniendo en cuenta que la sola letra nunca es suficiente para lograr la realización del escrito?

La incorporación es primer mecanismo que podría utilizarse, el segundo mecanismo que se puede implementar es dotar de una norma adjetiva. En esa línea, una norma procesal adecuada es otro de los mecanismos que puede permitir la reforma de la estructura orgánica de la administración de Justicia a fin de dotarla de independencia.

Un segundo mecanismo puede ser dotar de capacidad y coerción adecuados a los jueces contra los poderes públicos. Por ejemplo, muchos de los casos en los cuales se han reconocido derechos o se han salvaguardado derechos de las agresiones realizadas por el propio Estado son frustrados por la ausencia de presupuesto y mecanismos de coerción del juez contra las autoridades públicas o políticas al respecto. Entonces, son varios elementos que sumados a la incorporación salvaguardan de mejor manera los derechos fundamentales y permiten su efectivización. En todo caso, la sola incorporación o extensión del catálogo de manera reglamentaria no es garantía de nada.

Uso de la técnica estado de cosas inconstitucional como avance en la protección de los derechos fundamentales*

Paola Brunet Ordoñez Rosales**
Universidad Nacional Mayor de San Marcos

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Rol de los jueces constitucionales / 3. Funcionamiento del Tribunal Constitucional actual / 4. Proceso aplicado al *estado de cosas inconstitucional*/ 5. La sentencia que declara el *estado de cosas inconstitucional* / 6. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional / 7. El sistema de supervisión de cumplimiento.

1. Introducción

En principio debe dejarse sentado que el tema a tratar es sumamente interesante en tanto que siempre resulta necesario el análisis y desarrollo de la técnica del *estado de cosas inconstitucional*, así como conocer el contexto y el escenario en los que puede resultar esperable su aplicación.

2. Rol de los jueces constitucionales

La declaratoria de *estado de cosas inconstitucional* (en adelante, ECI) es una institución y figura jurídica que se plasma a través de sentencias de los órganos jurisdiccionales. En algunos casos se puede declarar un ECI a través de sentencias emitidas por tribunales constitucionales, y en otros casos—como el colombiano—puede ser declarado a través de sentencias de una Corte Constitucional.

Ahora bien, debe señalarse de manera inicial que la declaración de un ECI como avance en la protección de los derechos fundamentales puede y debe ser discutido en tanto que el uso de esta figura no está exenta de críticas,

* Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso de Alta Especialización en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 09 al 13 de agosto del 2021.

**Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Magister con mención en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asesora jurisdiccional del Tribunal Constitucional.

de observaciones y de cuestionamientos. No obstante, –a consideración personal– puede afirmarse que el uso de esta técnica permite una mayor protección de los derechos fundamentales que surge de una advertencia realizada por parte de los jueces constitucionales o del Poder Judicial. En el caso peruano, la observación realizada por los magistrados resulta bastante importante porque permite que muchos peruanos, quienes en algunos casos constituyen grupos minoritarios, pero en otros no – como es el caso de las mujeres –, puedan contar con mecanismos que ayuden a revertir una situación de desventaja o de desigualdad que vienen padeciendo de manera histórica.

En este punto resulta necesario recordar el rol de los jueces constitucionales y el funcionamiento del Tribunal Constitucional, así como los conceptos, características y fundamentos del ECI para lograr comprender la jurisprudencia de este Órgano Colegiado peruano dentro de la cual se ha presentado el uso de esta figura.

Cabe resaltar, que el pleno del Tribunal Constitucional actual se encuentra presidido por una mujer sanmarquina, quien ejerce dicho cargo de manera histórica dentro de una alta corte: la doctora Marianella Ledesma Narváez. De otro lado, la vicepresidencia es ejercida por el doctor Augusto Ferrero Costa, quien también es sanmarquino. También forma parte del actual Tribunal Constitucional el doctor Manuel Miranda Canales, quien también pertenece a esta casa de estudios.

En suma, en relación a la declaración de estado de cosas inconstitucional, se debe determinar cuál es el rol de los jueces o magistrados constitucionales.

3. Funcionamiento del Tribunal Constitucional actual

En función del importante rol que los magistrados del Tribunal Constitucional ejercen en cuanto al ECI, resulta esencial saber cuál es el funcionamiento de dicho órgano colegiado. No obstante, se hará especial referencia al rol de los jueces en un *Estado Constitucional de Derecho* (producto del salto del *Estado de Derecho Legal*) debido a que actualmente se concibe a la Constitución como norma jurídica con fuerza normativa pero no en la misma calidad del resto de instrumentos jurídicos, sino en calidad de norma suprema. Ello se evidencia en los artículos 38 y 51 de nuestra Carta Magna, en los cuales se le reconoce la supremacía constitucional. Ambos artículos son reconocidos de manera expresa en el Nuevo Código Procesal Constitucional cuya entrada en vigor es de reciente data.

Entonces, resulta necesario conocer el rol que los jueces constitucionales desempeñan en el Estado Constitucional vigente, para lo cual es importante recordar que el paso del Estado de Derecho al régimen actual implica – además de prescindir de la soberanía parlamentaria – dejar de lado la soberanía popular y reconocer el rol protagónico de la Constitución dejando a la Ley en una jerarquía menor. Otra implicancia derivada del cambio de paradigma a nivel constitucional es el reconocimiento pleno del ser humano como finalidad de la organización estatal.

Además del reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución y del principio de supremacía constitucional también se debe tener en cuenta que siendo una norma jurídica no deja de ser un pacto político; sin embargo, debe dejar de ser entendida más que un documento programático como la norma suprema. Esto último implica que la Constitución es el parámetro a partir del cual se va a contrastar la validez de cualquier norma jurídica.

En cuanto a técnica interpretativa, la fuerza normativa de la Constitución expresada en los artículos 38 y 51, conlleva a que los jueces tengan acceso no solo a sentidos interpretativos de los dispositivos constitucionales conformes a esta norma suprema (que es la elección es más sencilla), sino también a interpretaciones dirigidas hacia la Constitución. Ambos tipos de interpretaciones serán válidas y constitucionales en tanto se fundamenten en ella, pero al momento de realizar la interpretación se debe optar por uno de ellos. La elección entre una u otra opción debe hacerse tomando en cuenta el ofrecimiento de una mayor utilización de dispositivos constitucionales.

Es decir, el juez constitucional tendrá un rol protagónico en tanto su actividad interpretativa y aplicativa de la Constitución a casos concretos, el cual resulta sumamente relevante en el régimen peruano a diferencia del modelo europeo. Por ejemplo, para los italianos resulta sorprendente y extraña la noción de *proceso de amparo* debido a que en su sistema no existen dichos mecanismos de tutela directa a diferencia del modelo peruano. En ese sentido, los jueces constitucionales en estos mecanismos de tutela directa, que son los procesos constitucionales, deberán actuar o recurrir a los mismos, ante la amenaza o vulneración, ya sea por acción u omisión, de un derecho fundamental.

Siendo las cosas de este modo, al juez constitucional – dentro de un Estado Constitucional de Derecho – le corresponde resolver controversias constitucionales y, en ocasiones, poner límites al poder político para salvaguardar derechos fundamentales. Dentro del sistema constitucional peruano

los magistrados tienen la facultad de resolver procesos de Acción de Amparo, Hábeas Corpus, Hábeas Data, Acción de Cumplimiento, conflictos de competencia y procesos de inconstitucionalidad. Dichos procesos son mecanismos que controlan acciones y omisiones del poder público y también de los entes privados en atención de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Es así que el juez deja de ser "boca de la Ley" y deja de lado la interpretación literal del texto constitucional para dar lugar a la admisión de sentidos interpretativos más relevantes.

Por último, resulta oportuna señalar que el Alto Colegiado cuenta con siete integrantes elegidos por el Congreso de la República para un período de gestión de cinco años.

La necesidad de comprender el manejo del Tribunal Constitucional se manifiesta en el sentido de que a partir de dicho entendimiento se puede lograr una mejor asimilación de las peculiaridades que tiene la aplicación del ECI en el régimen constitucional peruano.

4. Proceso aplicado al estado de cosas inconstitucional

La técnica del estado de cosas inconstitucional se aplica – mayoritariamente – en los procesos relacionados con la defensa del derecho a la libertad, los cuales son de competencia tanto del Poder Judicial como del Tribunal Constitucional (este solo en última y definitiva instancia.) Los expedientes con sentencia denegatoria del Poder Judicial llegan al Tribunal y este les asigna una numeración como expediente y programa las respectivas revisiones de los casos.

A partir de la aplicación de su jurisprudencia y del Nuevo Código Procesal Constitucional, determina si el expediente derivado va a tener vista de causa o no. Analiza todos los fundamentos e interpreta; luego, si se determina y declara la existencia de un ECI, el Tribunal Constitucional procederá a exhortar y realizar los mandatos respectivos en la sentencia estructural de fondo, que es dónde se va a evidenciar ese tipo de pronunciamientos.

En otras palabras, el Tribunal Constitucional trabaja de dos maneras: la primera, es cuando una sala resuelve los casos a través de sentencias interlocutorias; y la segunda, cuando el pleno de este órgano jurisdiccional emite sentencias de fondo. No obstante, los temas más importantes son resueltos por el pleno, el cual sesiona – generalmente – dos veces por semana. Durante este espacio, los jueces debaten e intercambian ideas respecto de un caso y – como resultado del debate – advierten una determinada situación o un contexto que genera amenaza sobre un derecho fundamen-

tal y es a partir de la individualización de escenarios preocupantes que el Tribunal Constitucional establece la existencia de un ECI. Es así que el pleno declarará este estado a través de una sentencia donde señale explícitamente la ocurrencia de esta situación.

5. La sentencia que declara el estado de cosas inconstitucional

La técnica del ECI es una figura importada de la Corte Constitucional colombiana, la cual –alrededor del año 2004– emitió un pronunciamiento en el que señaló por primera vez esta figura. La Corte Constitucional de manera oficiosa advirtió la situación particular de un grupo de pobladores de un distrito de Colombia respecto de la admisión de sus cédulas de identificación. Tras el análisis de ese caso fue que se emitió la primera sentencia que incluyó la declaración de un *estado de cosas inconstitucional*.

Esta técnica en un proceso constitucional respecto a la defensa del derecho a la libertad, implica que una vez declarado este estado se efectúa uno o varios requerimientos específicos a una o diversas instituciones, los cuales son realizados en virtud de que los jueces advierten que es necesario que dichas entidades realicen o dejen de realizar algo, pues su hacer o no, resulta violatorio de los derechos fundamentales dando – así – origen a la declaración de un *estado de cosas inconstitucional*. Desde una perspectiva procesal, la declaración del ECI no es otra cosa que una extensión de los efectos de una decisión jurisdiccional que –en principio– solamente debe repercutir en las esferas subjetivas de las partes. Lo que se busca con esta figura jurídica es una extensión *intercomunitas* de la decisión, es decir, hacia la comunidad, esto debido a la identificación de que una misma situación la padecen también muchas otras personas.

La sentencia emitida por la Corte Constitucional colombiana delimitó diversos factores que permitieron admitir una resolución de este tipo. Una de las esenciales para declarar este estado es la existencia de una vulneración masiva; también se atiende a que la omisión o inacción de la entidad sea extendida, que sea de muy larga data y que no existan medidas legislativas, estatales o regionales que garanticen el respeto de estos derechos. Es decir, para la declaración de un ECI se requiere la existencia de un problema social, lo cual no significa que a partir de su aplicación se van a solucionar los problemas de la sociedad, pero se proporcionarán mecanismos que coadyuven a su solución.

El Tribunal Constitucional peruano recogió lo señalado por la Corte Constitucional de Colombia, que en su momento indicó que la declaración de un ECI procede cuando se evidencian efectos lesivos respecto de

un grupo importante de personas del sector de la población. También se precisó que la finalidad es brindar una respuesta de corto o mediano plazo a una situación que se viene presentando de manera histórica mediante la emisión de órdenes para ministerios, entidades estatales, organismos constitucionalmente autónomos, etc.

Ahora bien, la innovación del derecho procesal constitucional tiene serios cuestionamientos. Uno de esos cuestionamientos indica que los jueces al plasmar o emitir una sentencia estructural donde se realice una declaración de ECI estarían transgrediendo el principio de interpretación y de corrección funcional. Esto quiere decir que a pesar de que el texto constitucional determina cuáles son las competencias y funciones de cada institución, el Tribunal Constitucional al realizar exhortaciones o mandatos, ya sean dentro del plazo y la forma correspondiente, está traspasando – de acuerdo con la opinión de los críticos de esta figura – sus las competencias otorgadas por la Carta Magna.

Otra crítica que se realiza a la innovación del derecho procesal constitucional es que no existe una legislación precisa al respecto por lo que la declaración de un *estado de cosas inconstitucional* sería considerada como activismo judicial, es decir, los jueces se convertirían en legisladores y, además, en Poder Ejecutivo porque estarían dictando – de cierta manera – políticas públicas.

La declaración de un ECI – en efecto – parte de un activismo del juez, pero ello queda justificado porque los magistrados no son solamente meros aplicadores de la normativa, sino que también interpretan y crean Derecho a través de sus decisiones. Esta posibilidad – en el caso del régimen peruano – se ha ido asimilando, recogiendo y adecuando al modelo de las figuras del sistema como el precedente y las sentencias interlocutoria denegatorias.

Dadas las cosas de esta manera, existe un evidente activismo de parte del juez – cuando desarrolla ante una histórica y constante situación de desventaja o vulneración de un derecho fundamental – en tanto contribuye con en el ejercicio y principio de cooperación entre poderes del Estado e instituciones públicas. Así, pues, la finalidad de ese activismo es plantear lineamientos para un mejor funcionamiento del aparato estatal, el cual puede considerarse uno de los fundamentos más importantes para el uso de esta figura.

Por último, el tipo de sentencia donde se emite la declaratoria de un ECI es estructural, en cuya parte considerativa se realiza una precisión respecto a la situación que se va a abordar y en la parte resolutive de dicha sentencia

también debe existir claridad y rigurosidad al momento de emitir los mandatos exhortaciones, cuando se va a entregar los informes y resultados de la aplicación de las medidas ordenadas por el Tribunal Constitucional.

6. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional es sumamente variada y ha abordado una diversidad de derechos. De todos los casos resueltos por este Órgano Colegiado se procederán a destacar tres en este apartado.

- (i) El primero es el caso de María Cáceres Díaz de Tinoco, una mujer de rostro encantador que evidencia la sabiduría que se va acumulando al transcurrir de sus años. En este expediente, el ponente fue el magistrado Augusto Ferrero Costa que apoyado por cinco magistrados adicionales logro promover el efectivo cumplimiento de lo dictado en esta sentencia. En este caso, de acuerdo con lo advertido por el Tribunal Constitucional, se planteó un problema padecido por muchos peruanos que no veían en su esfera pública el respeto del artículo 48 de la Constitución, el cual prescribe una cooficialidad restrictiva de las lenguas y una diversidad lingüística restrictiva que existe en nuestro país. A diferencia del modelo consagrado en la Constitución Política peruana, en Brasil las lenguas originarias son oficiales en todo el país. Al analizar el caso en cuestión, el Tribunal se percató de que la señora María no era la única que padecía esto, sino que – según el último censo – un 13% y 14% de la población peruana quechua hablante veía trastocado este artículo 48 de la Constitución.

Resultaba, pues, que recurrente (la señora María) se dedicaba al comercio ambulatorio (ya reconocido en el sistema peruano como parte manifestación de la libertad de trabajo) por muchos años trabajando en un puesto en la ciudad de Carhuaz. En medio de sus labores se vio involucrada en la implementación de una orden de la municipalidad provincia de Carhuaz que implicaba un traslado de local del puesto donde ella se desempeñaba y variaban una serie de condiciones. La municipalidad competente hizo que pusiera su huella digital en un comunicado en castellano – que evidentemente no entendía – y, entonces, uno de los abogados de la zona la ayudó porque ella iba a la municipalidad sin poder ser entendida en el idioma que tenía como lengua materna. Ante esta situación se inició un proceso, pero en instancias judiciales no se advirtió; sin embargo, el Tribunal Constitucional reconoció que existen muchas personas en la misma situación de María a lo largo del territorio nacional.

En ese sentido, el Tribunal dispuso – además de la resolución del caso – la declaración de un ECI ante la ausencia efectiva del derecho de acceso a la justicia. A partir de dicha sentencia se ordenó la comunicación en las dos lenguas cooficiales en zonas donde predominen las lenguas originarias, estando esta orden dentro de lo que establece el artículo 48 de la Constitución. Además de ello, impuso como mandato al Ministerio de Educación la publicación del mapa etnolingüístico del Perú, ya que, según la data, el 70% de la población de Carhuaz hablaba quechua. Es así que se ordenó no solo a las entidades públicas sino también a las entidades privadas hablar esos dos idiomas en las zonas donde predominen lenguas distintas al castellano.

Dentro del Tribunal Constitucional, se dio lectura – por primera vez – de un extracto de la sentencia en quechua. Además, cabe apuntar que solo uno de los magistrados dominaba el idioma quechua, el doctor Manuel Miranda Canales. Asimismo, la publicación de esta sentencia y su difusión tuvo el apoyo del Ministerio de Cultura porque es quien maneja un registro de traductores e intérpretes oficiales, debido a que es importante ampliar el número de estos profesionales. Ahora bien, el Nuevo Código Procesal Constitucional, indica que los procesos relacionados a la defensa del derecho a la libertad, especialmente en las zonas donde predominan las lenguas originarias, deben ser presentados ante el Poder Judicial para que se logre tutelar y proteger de manera correcta sus derechos constitucionales. Para lograr este objetivo, los jueces del Poder Judicial deben estar capacitados para poder comunicarse y comprender a las personas en sus lenguas originarias. De manera análoga, se estableció una norma de ética que indica que, al entrar en cualquiera de las oficinas del Tribunal Constitucional, se debe saludar en tres lenguas: en quechua, aimara – que son lenguas representativas en zonas alto andinas – y en lengua asháninka, la cual cuenta con más hablantes en la región amazónica.

A la fecha existe una página web en quechua donde se podrá encontrar – generalmente – mucha información en vídeos y audios ya que el quechua presenta dificultades en torno al alfabeto y su correcta forma de escritura. Debido a esto también es que ya se cuenta en el país con un noticiero en quechua, así como programas a través de la página oficial de Facebook y YouTube del Tribunal Constitucional donde se encuentran programas educativos, por ejemplo, uno donde se trata la Constitución para niños en idiomas quechua y aymara.

Entonces, se puede ver cómo a través de una sentencia de una declaración de ECI se logra una ampliación a la tutela de los derechos fundamentales y con esto no quiero decir que los jueces tengan la solución para todo, sino que considero que hoy los jueces no pueden ser ajenos al contexto en el cual resuelven sus controversias y tampoco pueden limitarse a una mera interpretación literal de los dispositivos. Los sentidos interpretativos siempre tienen que tener una vocación de tutela constitucional.

Así, entonces, además del Ministerio de Educación y del Ministerio de Cultura también se dio arreglo a la Municipalidad Provincial de Carhuaz para la implementación de este tipo de políticas.

- (ii) Otra sentencia relevante es la recaída en el expediente N.º 00853-2015-PA/TC que trata de un proceso de amparo bastante famoso: el caso de las hermanas Cieza, el cual versa sobre el derecho de acceso a la educación. En esta sentencia se encontró dos grupos históricamente ubicados en situación de desventaja: el primer grupo (no minoritario) constituido por las mujeres y el segundo es la población rural, un que sí es minoritario y que históricamente padece serios problemas en tanto que tiene barreras bastante altas en el acceso a diversos servicios básicos para la existencia de la vida humana y su dignidad. En el caso en concreto se juntaron las dos condiciones previamente mencionadas sobre las dos víctimas: el ser mujeres y pertenecer a la población rural. Hoy más que nunca, en el Bicentenario, el Perú rural se ha pronunciado: ya es hora de que el resto de los ciudadanos entienda el mensaje y todos los peruanos puedan abrazarse, entenderse y consolidarse como un solo país

En este caso dos hermanas rurales mayores de 18 años querían continuar sus estudios de educación secundaria, pero al ver que no podían, empezaron a asistir a la escuela de la comunidad donde había niños. El problema se presentó cuando las hermanas quisieron hacer el reconocimiento de sus estudios, ante lo cual la UGEL y las entidades supervisoras les dijeron que no podían continuar estudiando en el mismo lugar y que si querían continuar sus estudios tenían que ir a Chachapoyas, a una institución que se ubicaba a diez horas de donde ellas se encontraban ya que ahí estaba ubicado el único colegio que tiene educación básica alternativa (la cual, según estas entidades, les correspondía en virtud de sus edades). Si bien ese tipo de colegios abundan en algunas zonas de Lima, en las zonas rurales no existe la misma accesibilidad a los mismos.

Se tuvo, entonces, que las entidades no les permitieron a las recurrentes terminar sus estudios por normativa del Ministerio de Educación comprendida por resoluciones ministeriales entre otros instrumentos. Ante esto surge el reclamo debido a la barrera educativa que les quieren imponer para terminar sus estudios: siendo mujeres de una población rural, mayores de 18 años y que quieren continuar sus estudios se les solicita acudir a un centro de educación básica alternativa ubicado a diez horas del lugar de su residencia. Siendo este contexto, el Tribunal Constitucional advirtió que las hermanas Cieza no son las únicas a lo largo del territorio nacional que presentan este problema. En aquellas zonas donde se hablan lenguas originarias de manera predominante existen también muchas "hermanas Cieza": pobladores rurales que quieren acceder a una educación y que quieren mejorar su nivel de instrucción pero que se les impone realmente barreras inconstitucionales.

- (iii) Finalmente, cabe hacer referencia al caso N° 05436-2014-PHC/TC que se desarrolla en este contexto de pandemia y que es importante – sobre todo – por abordar el hacinamiento de los penales y la posición que asumirá el respecto de conformidad con una interpretación constitucional. Una posición sobre este tema se planteará en función del tipo de Estado y la situación en la que se encuentren las cárceles de este. En el caso del Perú, es evidente que los recintos carcelarios no se encuentran en condiciones óptimas.

Considerando que de por sí resulta difícil que el Perú como país preste atención a casos como los de María Cáceres Díaz de Tinoco y de las hermanas Cieza, resulta lógico pensar que tampoco le preste atención a aquellas personas que cometieron actos atroces pero que dentro del propio diseño de la convivencia social están pagando por haberse equivocado.

En la sentencia a la que se está haciendo referencia, el Tribunal advirtió la caótica situación en la que se encuentra la salud mental de la población penitenciaria y como el hacinamiento en el que se encuentran. A partir del reconocimiento de ese escenario se dieron muchos lineamientos dentro de la resolución final y se hizo un estudio arduo. El Tribunal Constitucional recogió mucha información brindada por las direcciones y oficinas correspondientes al Instituto Nacional Penitenciario del Perú (INPE) y se advirtió que para 5000 presos hay aproximadamente solo 2 psicólogos. En función de esa circunstancia es que el Tribunal Constitucional brindó lineamientos para reducir el hacinamiento existente en los penales, siendo una

de las propuestas más criticadas el cierre de determinadas cárceles. No obstante, debe mencionarse que siempre dentro del activismo judicial se busca mejorar la tutela de derechos; en el caso peruano se cuenta desde el 2018 con un *sistema de supervisión de cumplimiento de sentencia*.

7. El sistema de supervisión de cumplimiento

El *sistema de supervisión de cumplimiento* está conformado por los siete magistrados, pero el responsable oficial –actualmente– es el magistrado Eloy Espinosa-Saldaña Barrera quien cuenta con un soporte técnico de siete asesores. La comisión encargada canaliza las solicitudes de supervisión de distintos casos y después estas son sometidas a consideración del pleno para que en ese espacio se decida la realización una *audiencia de supervisión*.

En el Perú ya se han realizado tres audiencias de supervisión: en el caso de las hermanas Cieza, en el caso de María Cáceres de Tinoco y el caso del hacinamiento en los penales. Por la realización de dichas audiencias es que resulta importante dar a conocer que el sistema cuenta con un reglamento bastante novedoso que ha sido utilizado solamente para dos expedientes hasta la fecha. Terminada la audiencia de supervisión el Tribunal Constitucional emite un auto mediante el cual se insiste en el cumplimiento cabal de lo dispuesto en la sentencia recaída en el expediente sometido a supervisión.

La creación de este *sistema de supervisión del cumplimiento* de una sentencia nace de la lógica de querer verificar que lo ordenado por el Tribunal Constitucional no sea solamente lírico y poético, sino que también cuente con efectividad para la parte afectada ya que, en contrario, se mantendría la vulneración alegada. Por ejemplo, en el caso de la señora María Cáceres Díaz de Tinoco no podía retomar actividades ambulatorias.

Tras el análisis de las audiencias de supervisión, cabe señalar que la utilización de este mecanismo es positiva. Asimismo, es importante mencionar que su aplicación se inició en el año 2004 en un proceso de Hábeas Data en el que se vieron involucrados jueces, fiscales y personal en general de dichas instituciones los cuales fueron sometidos a procedimiento disciplinario, pero se les negó el acceso a sus expedientes. A este respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado en muchas ocasiones que, si se está sometiendo a alguien a un procedimiento de esta naturaleza, es importante que pueda acceder al expediente que contiene su caso.

Para concluir, debe mencionarse que desde el año 2004 hasta la fecha existe una tablilla de diecisiete casos en los cuales se ha producido la declaratoria

de *estado de cosas inconstitucional*, entre los cuales cabe mencionar la sentencia N.º 2579 2003-HD que trata sobre la información del entonces Consejo Nacional de la Magistratura (actualmente Junta Nacional de Justicia) y otros casos que abordan la participación de los abogados de la Oficina de Normalización Previsional sobre el derecho de acceso a una educación universitaria de calidad, sobre la irrenunciabilidad de los derechos laborales, sobre la política de tratamiento y rehabilitación salud mental de personas sujetas a medidas de seguridad, entre otros.

Nuevo Código Procesal Constitucional con demanda de inconstitucionalidad formulada por el poder ejecutivo: algunos temas de interés para el debate*

Ricardo Arturo Beaumont Callirgos**
Universidad Nacional Mayor de San Marcos

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Vulneración al principio-derecho de la seguridad jurídica / 3. Excepción del principio de gratuidad / 4. Incorporación del *Amicus Curiae* / 5. Sobre el precedente vinculante / 6. Disposiciones generales sobre la defensa pública / 7. Prohibición de rechazo liminar / 8. Sobre la audiencia única / 9. Sobre las garantías constitucionales / 9.1. Proceso de Hábeas Corpus / 9.2. Proceso de Amparo / 9.3. Proceso de Hábeas Data / 9.4. Proceso de Inconstitucionalidad / 10. Respuestas a las preguntas del público.

1. Introducción

El 23 de julio del 2021 se publicó en el diario oficial El Peruano la Ley No 31307, la cual contiene el Nuevo Código Procesal Constitucional (NCPC). Este instrumento legal dispuso que la ley entraba en vigor al día siguiente, de manera que entró en vigor el 24 de julio, es decir, ya antes de Fiestas Patrias del Bicentenario se contaba con un NCPC en vigencia.

A diferencia de otros mecanismos legales, los cuales contienen entre doscientos y quinientos artículos, la Ley N° 31307 solo consta de ciento veinticuatro; no obstante, contiene varios cambios respecto del anterior Código Procesal Constitucional (C.P. Cnst) contenido en la ya derogada ley N° 28237.

* Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso de Alta Especialización en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 09 al 13 de agosto del 2021.

** Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, magister en Derecho Civil y Comercial y doctor en Derecho y Ciencia Política por la misma casa de estudios. Profesor Principal en Derecho Procesal Constitucional en posgrado de maestría y doctorado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor de Derecho de la Empresa, Títulos Valores y Arbitraje de la Universidad San Ignacio de Loyola y profesor principal del curso de Derecho de la Empresa en el doctorado de la misma casa de estudios. Miembro del Consejo Consultivo de la Carrera de Derecho, de la maestría en Derecho Empresarial y del doctorado en Derecho de la Universidad San Ignacio de Loyola. Exmagistrado del Tribunal Constitucional del Perú.

2. Vulneración al principio-derecho de la seguridad jurídica

Debe señalarse, en primer lugar, que el C.P. Cnst. fue publicado el 31 de mayo del 2004 y, al disponer su entrada en vigor seis meses después de la publicación, entró en vigor el 1 de diciembre del 2004. Si bien se otorgó seis meses de *vacatio legis* – periodo que implica dar un tiempo para la adecuación de los órganos, instituciones y los operadores a la nueva legislación antes de su vigencia – antes de la vigencia del anterior Código, esto no ha ocurrido con el Nuevo Código Procesal Constitucional, por lo que, en función de la inexistencia de dicho periodo, no han faltado quienes han denunciado una presunta violación al principio de seguridad jurídica.

Ahora bien, la necesidad del reconocimiento del principio de seguridad jurídica puede inferirse y ponerse en evidencia fácilmente a partir de la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad como fin supremo de la sociedad y el Estado. A partir de ello es que puede colegirse que en función del respeto a la dignidad humana de los ciudadanos no puede dictarse una ley que se ponga en vigencia al día siguiente, en tanto que, hay procesos constitucionales en trámite, de los cuales algunos se encuentran en primera instancia, otros se encuentran en segunda instancia y el resto en sede del Tribunal Constitucional (TC).

La vulneración al principio de seguridad jurídica se evidencia de manera particular respecto de los procesos de Hábeas Corpus, los cuales ya no serán revisados por jueces penales sino por jueces constitucionales. Ante ese cambio caben los siguientes cuestionamientos: ¿cuántos jueces penales hay? Son solo cuarenta y ¿cuántos jueces constitucionales hay? Son solo trece. Este aspecto genera polémica toda vez que, si los cuarenta jueces penales no podían atender todas las demandas por Hábeas Corpus, la posibilidad de que los trece jueces constitucionales pudieran con ello era sumamente escasa. Similares a esos cuestionamientos hay muchas preguntas por formular en relación con la nueva ley.

Siendo así, sobre el Nuevo Código Procesal Constitucional se conoce la demanda de inconstitucionalidad planteada por el Ilustre Colegio de Abogados de La Libertad. Asimismo, existe un documento de aproximadamente cien páginas que contiene las observaciones que hizo el Poder Ejecutivo a la esta ley cuando se le enviaron este documento al expresidente Sagasti para que colocara su autógrafa como correspondía, es así que el entonces presidente devolvió la ley con este documento señalando cuáles eran los elementos de juicio que impulsaron al Poder Ejecutivo a decir: “no hay que firmar esto”. Si el Poder Legislativo por insistencia la promulgaba y pu-

blicaba el Poder Ejecutivo procedería a demandar la inconstitucionalidad de esta ley. Tal suceso incluso fue dado a conocer a los ciudadanos por la prensa.

3. Excepción del principio de gratuidad

El C.P. Cnst. del 2004 estableció que ningún justiciable debía pagar tasas judiciales, sino que los procesos constitucionales están exentos del pago de tasas judiciales. A diferencia de dicha norma, el actual Código establece como uno de los principales cambios el referido a la excepción del principio de gratuidad. A partir de dicho cambio, las personas jurídicas que inician procesos constitucionales contra resoluciones judiciales deberán pagar tasas judiciales.

Es común entre los estudiantes de pregrado que se genere la aparente contradicción: si entre los principios procesales se encuentra el de gratuidad y al mismo tiempo se exige el pago de costas y costos, ¿cómo se pueden conciliar estas disposiciones? En cuanto a ese punto, el principio de gratuidad dispone que el demandante al momento de interponer su demanda no paga ninguna tasa ni derecho, sino que introduce simplemente su demanda.

De otro lado, se presenta una situación diferente cuando el demandante actúa con temeridad procesal interponiendo una demanda que no tiene “ni pies ni cabeza”. En ese caso, si la demanda es declarada infundada y las instancias superiores declaran improcedentes los recursos del demandante, puede emitirse una sentencia donde el juez le imponga costas por hacer litigar al Estado ya que ha motivado la operatividad del sistema judicial por una demanda carente de sentido.

Por el contrario, si el demandante gana, a este se le deberán pagar los costos y costas asumidos durante todo el proceso. El Estado no paga las costas o tasas judiciales, pero sí paga los costos correspondientes. Entre dichos costos se puede incluir, por ejemplo, los honorarios del abogado que patrocinó al demandante.

Ante lo expuesto se tiene – entonces – que, por un lado, existe gratuidad para el que el demandante interponga su demanda y; por otro, se deben pagar los costos y costas que puedan existir al final.

Ahora bien, el Nuevo Código Procesal Constitucional al hacer referencia a las personas jurídicas que interponen procesos de amparo contra resoluciones judiciales dispone la obligación del pago de tasas judiciales. De acuerdo con la denuncia del Ilustre Colegio de Abogados de La Libertad,

no queda justificado por qué los demás sujetos de derecho no pagan y las personas jurídicas sí en tanto no se verifica el sustento de tal diferenciación. La mencionada entidad sostiene que, al no existir un fundamento sólido para hacer aquella distinción, tal disposición es inconstitucional.

El artículo III del Título Preliminar no establece el pago de tasas judiciales necesariamente para el proceso de amparo, sino que se refiere de manera general a los procesos constitucionales iniciados por personas jurídicas; sin embargo, la Cuarta Disposición Complementaria Final expresa que "Los procesos constitucionales se encuentran exonerados del pago de tasas judiciales, con excepción de los procesos de amparo contra resolución judicial interpuesto por personas jurídicas".

Por lo tanto, teniendo ambas normas – el artículo III del Título Preliminar y la Cuarta Disposición Complementaria Final – se llega a la conclusión de que es el amparo el proceso por el que se tiene que pagar en caso sea iniciado por una persona jurídica.

En virtud de ello, se sabía que en el TC algunos magistrados manifestaban incomodidad por el número elevado de demandas presentadas por personas jurídicas contra resoluciones judiciales, por ello proponían el pago de tasas judiciales como si las personas jurídicas no tuvieran derechos fundamentales. Afortunadamente, el TC ha dejado sentado desde sus pronunciamientos anteriores que las personas jurídicas poseen derechos fundamentales (en función de su naturaleza) al igual que las personas naturales.

Si bien no pueden ejercer determinados derechos como el derecho de sufragio, el derecho a ser elegidos, el derecho a la reunión o participar en el servicio militar; las personas jurídicas tienen todos los derechos que pueden ejercer en base a su naturaleza, como el derecho al debido proceso o a la tutela jurisdiccional efectiva. En esa línea, si las personas jurídicas son titulares de dichos derechos no debería haber la imposición de una restricción al proceso de amparo contra una resolución judicial.

En el Congreso de la República algunas voces sostuvieron que quienes paguen tasas judiciales en los procesos constitucionales a los que se hace referencia sean exclusivamente las personas jurídicas con fines lucrativos como clubes sociales, culturales, deportivos o científicos, pero que personas jurídicas como asociaciones u ONG deberían estar exentas de pago. A pesar de dichas opiniones el Pleno del Congreso se mantuvo en la decisión de que todas las personas jurídicas, sin importar su finalidad, deban pagar sus tasas.

A modo de conclusión debe señalarse que no hay total claridad en los fun-

damentos que motivan el hecho de que las personas naturales no paguen tasas judiciales, pero que sí lo hagan las personas jurídicas.

4. Incorporación del Amicus Curiae

La figura del *amicus curiae* permite que el juez, la sala o el TC puedan invitar a personas naturales o jurídicas para que expresen su opinión jurídica sobre un caso determinado. Esta figura, usualmente traducida como “amigo de la Corte” proviene del Common Law (sistema anglosajón).

Tal es así que en dicho sistema existe la cultura de invitar a personas jurídicas informadas o estudiosos de alguna especialidad a fin de que, en determinados casos, estos puedan ilustrar a los jueces sobre la materia a través de un informe o dictamen, el cual no es vinculante. La no vinculabilidad del informe implica que no porque – por ejemplo – alguna ONG, universidad o institución registrada como *amicus curiae* tome una determinada posición sobre el asunto, los jueces constitucionales se verán en la obligación de asumir la misma postura, por lo que se puede colegir que los informes emitidos por *amicus curiae* solo tienen carácter ilustrativo.

De igual modo, la figura del *amicus curiae* únicamente se encontraba regulada en el artículo 13-A del Reglamento del Tribunal Constitucional, en el cual se le concibe como una facultad especial del Pleno y de las Salas del TC; no obstante, en la actualidad, se encuentra en el NCPC como una categoría específica.

Si bien es acertado que esta figura se encuentra en el Nuevo Código Procesal Constitucional, es preferible un *amicus curiae* con “doble entrada”. La primera implicancia de esa “doble entrada” es que esta institución no solo incluya a aquella entidad – sea persona jurídica o natural – ilustrada o especializada en una materia a la que se le invita para que dé luces sobre un tema complejo sino que bien podría admitirse que una universidad tome conocimiento de un tema jurídico controversial por cualquier medio (ya sea prensa u otros) e informe al docente del curso pertinente sobre el proceso en cuestión para que se estudie a profundidad y que, junto a toda su clase, prepare un dictamen.

A partir de la “doble entrada” a la que se hace referencia, ese dictamen podría ser presentado sin necesidad de que el TC o la instancia correspondiente los haya invitado; solo sería necesario averiguar el número de expediente y la presentación como *amicus curiae* a fin de establecer un registro de su participación y apoyar para dilucidar en base a su especialidad sobre el hecho controvertido. El juez agregará dicho dictamen a los autos y lo tendrá presente en cuanto sea de ley y pertinente, mas no debe rechazarlo,

pues si han estudiado un tema y desean alcanzar su opinión ello es completamente válido.

Ahora bien, el *amicus curiae* actualmente regulado implica que el juez, la sala o el Tribunal invite a expertos; no obstante, consideramos que sería mucho mejor que *motu proprio* las entidades y organizaciones al conocer sobre un tema o noticia que se está debatiendo en un tribunal puedan contribuir con su estudio o dictamen.

La expresión “tener presente en cuanto fuera de ley” no significa que se esté apelando a una ley en concreto, sino que dicha expresión se traduce como “en cuanto fuera de Derecho”. Esta locución implica que el informe o dictamen del *amicus curiae* se tiene en cuenta siempre y cuando contribuya o sea parte de la Teoría General del Derecho, la jurisprudencia, la doctrina, la ética, la moral o la corrección y que ello sirva para ilustrar de manera que si se tienen cinco estudios el juez de todas maneras los leerá porque ello está incluido en su labor, pero la decisión final es suya.

En conclusión, lo ideal sería tener, por un lado, la opción de la invitación del tribunal – aunque resulta difícil que este cuente con tiempo para buscar una organización especializada específica – y, por el otro, la alternativa de que las entidades que quieran puedan realizar sus estudios y presentarse para que posteriormente los jueces puedan ilustrarse con tales informes especializados.

5. Sobre el precedente vinculante

Se establece que para la creación, modificación o apartamiento de un precedente se requiere la reunión del Pleno, o sea, la presencia de los siete magistrados del TC y contar con el voto de cinco magistrados. Este punto supone un avance respecto a la anterior regulación, en la cual hubo épocas en las que para establecer un precedente bastaba con el voto de cuatro magistrados; sin embargo, es preferible una mayoría reforzada o calificada, es decir, cinco magistrados – tanto para crear un precedente como para modificarlo o apartarse del mismo –.

6. Disposiciones generales sobre la defensa pública

El NCPC dispone que el demandante que no cuente con los recursos económicos o se encuentre en estado de vulnerabilidad puede recurrir a la defensa pública, lo cual no estaba contemplado en la ley anterior. Esto supone un avance, pues aquellas personas que por su condición no cuentan con los recursos para pagar un abogado o defensa técnica ahora tendrán la posibilidad de recurrir a la defensa pública para que se les pueda ayudar y atender.

Si bien la regulación es correcta se espera que opere con eficiencia y que luego no se produzcan ausencias en la atención, deficiencia en la calidad del apoyo o falta de especialistas en determinadas materias, ya que de presentarse dichas situaciones se trataría de un engaño, lo cual no debería ocurrir puesto que como ha entrado en vigor debe concretarse a través de la responsabilidad y el encargo que deben asumir las autoridades pertinentes.

7. Prohibición de rechazo liminar

Este es un asunto delicado donde existen varias posiciones bien justificadas desde ambos lados. El C.P. Cnst. derogado establecía que si la demanda no tiene una fundamentación sólida o el derecho invocado no está dentro del contenido constitucionalmente protegido, el juez podía rechazarla liminarmente.

Al respecto, el juez podía declarar improcedentes aquellas demandas carentes de sentido o absurdas y, ante esto, lo único que quedaba por parte del demandante era apelar para que la Corte Superior, en caso lo crea conveniente, revoque la decisión y ordene admitir a trámite la demanda.

En consecuencia, el nuevo cuerpo normativo elimina la potestad que tenían los jueces de no admitir a trámite aquellas demandas manifiestamente improcedentes y; por ende, ahora tienen que admitir a trámite todas las demandas.

La realidad en la práctica judicial ha demostrado que existía un elevado porcentaje en la declaración de improcedencia de las demandas dado que el juez podía revisar las demandas y declarar improcedente todas o casi todas las demandas. Ello, en algún modo puede "facilitar" el ejercicio judicial ya que el juez no tiene muchas opciones ante las más de mil doscientas demandas que recibe (cada una de las cuales contiene decenas de páginas entre documentos añadidos, anexos, etc.). Tal es así que ante dicha situación cabe preguntarse ¿cuántas demandas son humanamente posibles de leer por un juez? ¿Dos, cinco, ocho o quince al día?

Para paliar dicha problemática quedaba constantemente recurrir a la Corte Superior donde los expedientes son una ruma de documentos y el juez superior únicamente confirmaba las sentencias y, como consecuencia de ello, los asuntos acababan por saturar las instancias superiores y el TC terminaba con seis mil expedientes a su cargo. Durante todo el proceso correspondiente a la emisión de una respuesta, la cual puede ser negativa, el justiciable espera uno o dos años soñando en que lo escuchen.

Es así que frente al contexto anterior el legislador ha optado por imponer la prohibición de declarar improcedentes las demandas, por lo que en la actualidad los jueces están obligados a admitir todas las demandas; no obstante, debe tenerse en cuenta que, ir de un polo a otro tampoco es conveniente.

En virtud de ello, cabe la interrogante "¿qué se debería hacer?" De un lado, los abogados deberían patrocinar solamente cuando de verdad haya un derecho constitucional violado de forma clara y nítida, mas no deberían demandar sin fundamento y hacerle creer a su cliente que cualquier juicio se puede ganar. Por el otro lado, los jueces deberían revisar un número de demandas que les permita revisar conscientemente los casos para admitir a trámite las que correspondan y rechazar las que verdaderamente no lo hagan.

En virtud de lo expuesto, podemos sostener que sin duda se necesitan muchos más jueces constitucionales; sin embargo, existe también una realidad económica en nuestro país que resulta ser de difícil superación.

8. La audiencia única

La actual normativa concede un plazo de diez días hábiles (anteriormente eran cinco) para contestar una demanda. Se convoca a una audiencia única donde el juez escucha a las partes y si considera oportuno emite la sentencia. Si tiene opinión formada de lo que ha leído en la demanda no convoca audiencia y en ese momento dicta la sentencia.

En virtud de ello, resulta muy importante debido a que una lectura parcial podría inducir al error de que en todos los casos los jueces deben convocar audiencia. La práctica judicial nos expone que un juez puede leer y correr traslado, llegan las respuestas de las partes y si con las mismas se ha formado una convicción, entonces, no existe la obligación de convocar audiencia. En otras palabras, solo se convocará audiencia cuando el juez desee escuchar a las partes, pero ¿si este no lo desea, nunca se convocará las audiencias? La respuesta es no, dado que la labor íntegra del juez lo impulsa a convocarla cuando así lo requiera, con la salvedad de que está entre sus facultades – si considera necesario – escuchar a las partes.

Cuando un juez escucha a las partes por medio de las presentaciones de los casos y las réplicas, tiende a formar una idea que – posteriormente – se verá solidificada con los documentos presentados, las respuestas a las preguntas formuladas a las partes y otros sujetos del proceso, entre otros y, a partir de ella, la audiencia contribuirá al debido proceso; sin embargo, se presenta un problema con los tiempos de participación de las partes.

Ante dicha situación el juez debe ser estricto en el manejo del proceso por parte de los abogados toda vez que es inaceptable que si se otorga un plazo de cinco minutos una de las partes pretenda extenderse por media hora, puesto que al final la otra parte contará con el mismo tiempo, luego se dará la réplica y dúplica, lo cual abarcaría varias horas para un solo expediente de varios cientos de hojas que el juez estará obligado a resolver.

A este respecto, la nueva normativa otorga un plazo de diez días para convocar una audiencia única, la misma que puede ser obviada si el juez ya ha formado su convicción, en cuyo caso los autos se ponen a despacho para que el juez dicte sentencia sin necesidad de ninguna audiencia.

Finalmente, es pertinente subrayar que el juez debe contar con la experiencia necesaria en litigación – la que de por sí no garantiza una solución –, pero posibilita la obtención de elementos de juicio para conversar con otros colegas y buscar lo mejor – dentro de lo posible – para la querida patria.

9. Sobre las garantías constitucionales

9.1. Proceso de Hábeas Corpus

La presente garantía constitucional permite ampliar los derechos protegidos, entre los cuales se encuentran:

- (i) *No declarar o reconocer culpabilidad contra conviviente*: Antes estaba reconocida la no obligación de declarar culpabilidad contra el cónyuge y los parientes, pero no estaba considerado el o la conviviente. Por lo tanto, dicha obligación ha sido agregada en la nueva ley en función de que, para efectos prácticos, es bastante similar a no reconocer culpabilidad contra el o la cónyuge.
- (ii) *No ser sometido a explotación infantil o trata en cualquiera* de sus modalidades. Esta es otra adición novísima en la nueva ley.
- (iii) *El derecho a la verdad*. Al respecto, en materia constitucional es bastante conocido el derecho a la verdad e incluso hay una ley de modificación constitucional que lo agrega y reconoce. Asimismo, hay jurisprudencia que lo desarrolla ahora recogiéndolo entre los derechos protegidos por el Hábeas Corpus.

9.2. Proceso de Amparo

Dentro de este proceso se ampliaron los siguientes supuestos:

- (i) *A no ser discriminado por características genéricas.* En nuestro ordenamiento jurídico ya estaba establecido que no se podía discriminar por raza, idioma, razones económicas, sociales, culturales y de cualquier otra índole. Dicha cláusula abarcaba a las genéricas, en tanto que – a fin de cuentas – está relacionado con el origen de cada individuo. Por ejemplo, a veces se ve en los estadios de Perú y el mundo que se dicen improperios totalmente reprochables contra afrodescendientes, lo cual representa una discriminación por características genéticas.
- (ii) *A la libertad de conciencia y el derecho a objetar, es decir, a la objeción de conciencia.* Hubo un caso en donde un niño tuvo un accidente grave y al asistir a la clínica los médicos dijeron que era necesario realizar la transfusión de sangre antes de tres horas, caso contrario, el menor de edad moriría. Entonces, se presentó un problema porque los padres eran parte de una determinada religión y declararon que no deseaban que le realicen tal operación al niño ya que, según sus creencias, lo que Dios ha enviado al mundo así se queda. A pesar de que los médicos se negaron en un primer momento e incluso llegó un fiscal que conversó en privado con los padres del menor, estos mantuvieron su decisión de evitar la transfusión de sangre.

Al respecto, este es un caso de objeción de conciencia. Ahora bien, cabe la pregunta ¿Se trata de un delito? Conforme lo vertido en el caso, los padres sí cometieron un delito; sin embargo, por encima a ello está el respeto a sus creencias.

- (iii) *Se establece que la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República es competente para resolver en segundo grado.* Ello implica que, si la sentencia es desestimatoria, el agraviado puede interponer recurso de agravio constitucional ante el TC en el plazo de la ley.

Ahora, la primera instancia en el caso de un proceso de amparo contra resolución judicial es la Corte Superior y no el juez. Entonces, en caso de que la Corte Superior declare infundada la demanda y esta sea apelada, se irá a la Corte Suprema y si esta a su vez confirma la decisión de la instancia inferior, se interpondrá un recurso de agravio constitucional ante el TC.

Antes el proceso daba un salto directo de la Corte Superior hacia el TC, es decir, el orden de competencia desde iniciado el proceso era el juez de primera instancia, Corte Superior y luego se procedía al recurso de agravio constitucional ante el TC.

Tras la entrada en vigencia de la nueva legislación se ha retirado al juez de primera instancia y directamente se presenta el amparo ante la Corte Superior. Ante ello, podemos señalar que lo ideal hubiese sido solo regular dos instancias: la Corte Superior y el Tribunal Constitucional, pero se ha colocado primero a la Corte Superior y luego un traslado a la Corte Suprema. Finalmente, se ha dispuesto que de ser necesario se recurra luego al TC, es decir, serían tres instancias.

9.3. Proceso de Hábeas Data

En el presente proceso, los cambios generados ascienden solo en un par de disposiciones. Se incorpora la posibilidad de conceder “cautelares” en el proceso de Hábeas Data y que – sin perjuicio de las medidas cautelares – el juez, ya sea de oficio o a solicitud de parte, pueda:

1. Que mientras dure el proceso, se inscriba en el banco de datos que la información cuestionada está sometida a un proceso constitucional.
2. Disponer el bloqueo o la suspensión provisional de la difusión de tal dato o de la información sometida al proceso cuando sea manifiesto su carácter discriminatorio, inexacto o si contiene información sensible o privada cuya difusión pudiese causar un daño irreparable.

Esta regulación es aplicable en el caso que exista información delicada, la cual que se coloca en un banco de datos cuando el justiciable desee interponer una demanda y solicitar medidas cautelares sobre aquella información. Esta posibilidad no se encontraba en el código anterior, por lo que esta nueva adición es una mejora respecto de aquel.

En la actualidad, el juez puede mandar un oficio al banco de datos para que este no movilice la información cuestionada o anuncie que dicha información está en un trámite procesal constitucional.

9.4. Proceso de Inconstitucionalidad

Dentro de este proceso se incorpora al presidente del Poder Judicial como legitimado para interponer demanda de inconstitucionalidad, previo acuerdo de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Increíblemente lo anterior no estaba en la Constitución de 1993 a pesar que la misma sí disponía que estaban legitimados el presidente de la República, la Defensoría del Pueblo, entre otros; es decir, a la entidad que cuenta con mayor experiencia y conocimientos sobre la inconstitucionalidad no le habían dado la atribución para demandar por tal causal.

En el 2017, veinticuatro años posteriores a la vigencia de la actual Constitución, se promulgó una ley de reforma constitucional por la cual se otorgaba la facultad de interponer demanda de inconstitucionalidad al presidente del Poder Judicial. Al respecto, dicha posibilidad se ha consignado también en el Nuevo Código Procesal Constitucional previo acuerdo de la Sala Plena.

En esa línea, sería preferible que sea el presidente de la Corte Suprema, de forma autónoma y sin necesidad de recurrir a la Sala Plena, quien pueda interponer demandas de inconstitucionalidad. Este es el caso del fiscal de la Nación, el cual cuenta libremente con esta atribución, y el presidente de la República, a quien no se le exige el acuerdo del Consejo de Ministros para interponer demanda de inconstitucionalidad de conformidad con lo dispuesto por la Constitución Política.

No obstante, el hecho de exigir el acuerdo de la Sala Plena implica un gasto de tiempo elevadísimo entre el estudio de la demanda, la generación de comisiones, informes especiales, plazos entre cada uno de los procedimientos, entre otros. De otro lado, somos de la idea de que sería más eficiente y celeré dotar de tal atribución al presidente de la Corte Suprema, el mismo que tendrá que formar su propia comisión para la revisión de la inconstitucionalidad de la norma cuestionada.

Si se desean realizar reformas para la patria tiene que otorgarse las plenas y necesarias facultades para corregir, resolver y realizar tales reformas a quien se encuentre legitimado y preparado, no a quien trabaje con desidia o desinterés.

Lamentablemente, se ha regulado de forma equivocada ya que el Nuevo Código Procesal Constitucional dispone que el presidente del Poder Judicial o el fiscal de la Nación son las autoridades competentes para interponer la demanda con acuerdo de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República o de la Junta de Fiscales Supremos, respectivamente.

La anterior regulación resulta inconstitucional, ya que surge el siguiente escenario: si la Constitución establece que el fiscal de la Nación posee tal atribución, ¿cómo el NCPC puede modificar la Constitución para restringir dicha atribución al establecer como requisito el acuerdo de la Junta de Fiscales Supremos? Al respecto, desde nuestra consideración podemos advertir que una salida constitucional a este error sería el control difuso de constitucionalidad, por la cual la Constitución prevalece por sobre la ley del Nuevo Código Procesal Constitucional.

Finalmente, podemos señalar que es un error que el NCPC regule de esta

manera, pues hacerlo implica una modificación de la Constitución y, por supuesto, dicho Código no tiene la jerarquía normativa para hacerlo.

10. Respuestas a las preguntas del público

10.1. El derecho de objetar es un derecho fundamental, pero –en definitiva–, ¿estaría por debajo del derecho a vida y libertad?

En el Tribunal Constitucional se han empleado técnicas para casos en los que se encuentren dos o más derechos fundamentales que colisionan o se encuentran enfrentados.

Por ejemplo, la ponderación, la cual está compuesta por varias etapas: idoneidad, necesidad y proporcionalidad. En esta técnica se tiene que ver – en palabras coloquiales – hasta qué punto se puede ajustar uno de los derechos sin que este llegue a ser vulnerado para optimizar al otro hasta un nivel en el que también se pueda ejercer. De tal manera que se aplica una metodología que busca un espacio que puedan compartir mínimamente los dos derechos encontrados. En concordancia con ello es que se puede considerar que derechos como la vida, la libertad e incluso la salud están por encima de los derechos procesales.

Hace un tiempo se interpuso una demanda contra el anticonceptivo oral de emergencia (AOE) – comúnmente conocido como “píldora del día siguiente” – lo que originó un debate en torno al inicio de la vida, la cual gira en base a la pregunta: ¿esta inicia cuando el óvulo es fecundado o cuando dicho óvulo fecundado se anida en el endometrio? (lo cual demora de siete a diez días) Lo que hace la píldora con aquel óvulo fecundado, en su camino para anidarse en el endometrio, era bloquearlo para que “muera” sin llegar a este.

Al respecto, una postura sostenía que el consumo de dicha píldora se traduciría en un delito, pues iría contra el derecho a la vida al acabar con un óvulo fecundado; mientras que otra posición sostenía que había vida recién cuando el óvulo fecundado haya logrado anidarse de forma exitosa.

En virtud de ello, este tipo de cuestiones abre mucho la posibilidad de debate; no obstante, desde nuestra opinión, lo que se debe respetar es el derecho a la objeción de conciencia, siempre y cuando, lógicamente, no viole al derecho a la vida.

10.2. Respecto al acápite de prohibición del rechazo liminar, el problema no está en la eliminación de la facultad del juez de declarar improcedente las demandas, el meollo está – en gran

parte – en la abultada carga de hojas presentada por los abogados, ¿de qué manera, según su experiencia, se podría apaciguar este inconveniente para respetar el principio de celeridad del proceso?

En primer lugar, si un abogado quiere explicar bien la situación de su patrocinado al juez, no puede redactar una demanda de página y media porque el juez no entendería la totalidad del asunto en cuestión. El doctor Roberto MacLean decía que, si un juez se detiene a escuchar a cada abogado y a sus patrocinados en cada caso, eso haría que los procesos sean a un más largos y producirían más colas.

En esa línea – a manera de ejemplo – si el juez dijera que alguien tiene el 20% de probabilidades de ganar, tal porcentaje para dicha persona estaría significaría estar dispuesta a desistir de su demanda al entender el gasto de su dinero y perder entre cinco u ocho años en la espera de una resolución – muy probablemente – contraproducente.

Hace veinte o treinta años en nuestro país se notó que otras naciones como Colombia habían regulado la institución de la conciliación como una etapa previa antes de acudir ante un juez, con ello se creyó que la carga procesal había encontrado su solución, lo cual fue un error.

Han pasado los años y en la actualidad, la gran mayoría de personas ven a la conciliación como un obstáculo más, como un bloqueo para acceder a la justicia (encima onerosa por los costos que representa e incluso las partes terminan más enemistadas que antes de la supuesta “conciliación”). Y aunque los conciliadores registrados estudian un curso especializado donde aprenden todas las técnicas para llegar a una solución, esta no ha dado resultados.

No obstante, no se puede establecer un límite de páginas, pues sería en la práctica contrario al derecho a la defensa y a la libertad. Tal es así que de momento se tiene que ver cómo se desarrolla esta regulación de las audiencias para reconocer si produce buenos resultados.

El tema gravita en torno a la preparación de los jueces, en donde se presente el contexto en el cual el número de jueces tendría que multiplicarse mínimamente por cuatro. En Estados Unidos, por ejemplo, los estudiantes que ocupan el primer lugar de las universidades van directamente a ser jueces, en nuestro país, ¿quiénes llegan a ser jueces? Mayormente los que se encuentran en el tercio inferior de las universidades. Además, la remuneración tampoco es muy reducida, por supuesto que no se puede comparar con el caso estadounidense, donde el salario de un juez oscila

los doce mil dólares, lo cual permite una vida holgada, con hijos en buenos colegios, pero también es preciso mencionar que se encuentran jueces de primerísimo nivel en dicho país.

10.3. Respecto al tiempo de intervención de las audiencias, que ahora son cinco minutos, ¿ello no vulnera el derecho a contar con el tiempo y los medios adecuados para ejercer el derecho a la defensa?

Los cinco minutos no es una exigencia del Nuevo Código Procesal Constitucional, sino que es una costumbre que tanto los jueces como los abogados litigantes han mantenido en la práctica judicial, mas no se trata de una exigencia legal. El juez brinda un tiempo determinado – usualmente cinco minutos – y si el abogado litigante se excede, es el juez quien indica el máximo plazo adicional que tiene el abogado para concluir con su informe, después de todo, cada juez tiene que atender numerosos informes orales por día, por lo que detenerse en exceso en solo uno resulta en una afectación a los demás, esto en atención que a se requiere una actitud estricta para alcanzar a atender la mayoría de los casos.

De tal manera que, si bien por usos y costumbres se establece un tiempo determinado, los jueces sí otorgan minutos adicionales siempre que estos no sean excesivos y no se usen para redundancias. Otra solución, en caso falte tiempo para el ejercicio de réplica y dúplica es la presentación de alegatos por escrito.

Aportes de la jurisprudencia interamericana de derechos humanos a la efectivización de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico nacional*

Bruno Novoa Campos**

Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional

SUMARIO: 1. Introducción / 2. La efectividad de las resoluciones judiciales desde la doctrina constitucional / 3. La efectividad de las resoluciones judiciales desde el Tribunal Constitucional / 4. La efectividad de los derechos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos / 5. Crítica a la falta de efectivización de derechos según el Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos

1. Introducción

En la situación actual resulta importante colocar como centro de análisis el desarrollo de las instituciones que giran en torno al Derecho Constitucional, así como la materialización de los derechos fundamentales.

El profesor Peter Häberle entendía al derecho constitucional como contraparte del derecho procesal constitucional, ya que por medio de este último se llega a la materialización del primero; a su vez, se busca unir la parte dogmática con la parte práctica. Ahora bien, por nuestra parte nos interesa centrarnos en el derecho procesal constitucional que es la parte práctica del derecho constitucional y la que nos permite alcanzar la efectividad de los derechos fundamentales.

Partamos de un ejemplo, el Tribunal Constitucional en el caso Gloria Yarleque, iniciado a partir de un proceso de cumplimiento interpuesto ante la

* Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso de Alta Especialización en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 09 al 13 de agosto del 2021.

**Abogado por la Universidad de Cajamarca. Magister en Derecho Constitucional por la PUCP. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

Unidad de Gestión Educativa Local (UGEL) de Jaén a fin de que se le brinde a la recurrente el pago de una suma de dinero por concepto de subsidio por luto y sepelio, en donde la entidad emplazada no cumplió con su obligación, dejando pasar muchos años sin respuesta efectiva a la recurrente, amparándose en la clásica fórmula estatal de falta de presupuesto. En ese caso, el Tribunal Constitucional expresó su preocupación debido a que se evidenciaba un incumplimiento sistemático de la obligación de dar suma de dinero por parte del Estado. Este es un caso emblemático cuyo trasfondo nace en una omisión administrativa que generó la vulneración de derechos fundamentales concretos desde tres esferas: la esfera doctrinal constitucional, jurisprudencial constitucional y jurisprudencial convencional.

2. La efectividad de las resoluciones judiciales desde la doctrina constitucional

Desde el punto de vista de la doctrina constitucional, Giovanni Priori recordó que el profesor italiano Proto Pisani señaló que "la tutela jurisdiccional, en tanto no sea efectiva e inmediata, no es tutela". Además, cabe hacer referencia al profesor español González Pérez, quien mencionó que en la ejecución de las resoluciones judiciales se puede aplicar la coerción estatal. La referida coerción es relevante en tanto es una de las principales características del Estado de Derecho, que guarda concordancia con los señalado por Hans Kelsen y de Herbert Lionel Adolphus Hart, quienes pertenecieron a la corriente positivista. La coerción materializaría el efectivo cumplimiento de los derechos fundamentales.

También es importante hacer referencia a lo sostenido por el profesor Chamorro Bernal, quien fundamentó los motivos por los cuales considera que se debe proceder con la ejecución de la decisión tomada por el órgano judicial dentro del proceso para así hacer efectivo su cumplimiento. Manuel Atienza considera que la argumentación dentro del derecho debe orientarse no solo a proporcionar un fundamento sólido sino también a la utilidad del proceso. Guillermo Marinoni da cuenta de la importancia de hablar de la tutela jurisdiccional efectiva no sólo como un concepto abstracto sino como uno concreto y de la necesidad de desarrollar su cumplimiento. Finalmente, cabe citar al juez García Rada, quien recordó el deber de los magistrados de asegurar la paz social, la defensa y el amparo de los derechos en casos de abuso del poder.

Entonces, estos autores nos permiten recordar que la efectividad de las resoluciones judiciales es necesaria para que se concreten los derechos fundamentales; caso contrario, se crea un problema constitucional muy grave al no cumplirse con la materialización de los derechos de los ciudadanos, y

al convertirse, luego de un largo y tedioso proceso judicial, en un derecho irreal.

3. La efectividad de las resoluciones judiciales desde el Tribunal Constitucional

En este apartado debe señalarse de manera inicial que con la falta de efectividad de las resoluciones judiciales en materia de derechos fundamentales puede configurarse una vulneración a la existencia misma del Estado de derecho.

Ahora bien, como principal diferencia entre el Estado legal de derecho y el Estado constitucional de derecho se tiene que en el marco del segundo no hay espacio para la falta de efectividad de las resoluciones judiciales. Con la ausencia de la efectivización de las decisiones emitidas por los órganos jurisdiccionales también se vulnera la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ya que ha realizado diferentes pronunciamientos orientados - en su mayoría - hacia el mismo sentido. Por ejemplo, cuando habla de la importancia de la efectividad de las resoluciones judiciales, el Tribunal Constitucional considera que la necesidad de asegurar el valor de la justicia es inherente al cumplimiento de su materialización, por lo tanto, al no aceptarse las resoluciones judiciales se vulnera el propio aseguramiento de la justicia entendida como valor protegido por parte del ordenamiento jurídico.

Además de esto, se incumple con la sujeción de los órganos públicos al ordenamiento jurídico en tanto que todas las entidades y los medios públicos están en la obligación de cumplir con las diferentes sentencias judiciales si no tienen motivos para justificar su ineffectivización. Ahora bien, es evidente que en el ordenamiento estatal peruano existe una falta de presupuesto que deviene en dificultades para efectivizar las resoluciones judiciales y los derechos fundamentales de un Estado de derecho, lo cual no debe limitar la materialización del derecho y más bien deben buscarse puntos intermedios o cronogramas de pago que no dejen desamparados los derechos por largos años.

Finalmente, si en la práctica no se cumple con las sentencias se están vulnerando también los principios derivados de la misma independencia judicial, porque la judicatura no inspira confianza ni actúa como un garante real de los derechos. El cumplimiento efectivo de las resoluciones judiciales persigue como finalidad adicional la materialización de los derechos fundamentales, y está muy relacionado con el incumplimiento de la eficacia vertical del Estado. La conexión se presenta en tanto que no se respeta la organización jurídica del sistema normativo, que se encuentra encabezado

por la Constitución, seguida por la ley, los diferentes decretos y reglamentos y así sucesivamente hasta llegar a los actos administrativos. En conclusión, se debe respetar la pirámide normativa, porque hay normas de mayor rango que obligan a los funcionarios públicos a cumplir sus mandatos y estos así deben hacerlo.

4. La efectividad de los derechos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Los lineamientos de la organización estatal han sido establecidos mediante el decreto supremo No 055-2018-PCM, en el cual se otorga especial énfasis a la importancia de documentos de gestión estatal como el Reglamento de Organización y Funciones (ROF) de las entidades públicas, un instrumento a partir del cual se brindan las pautas de las funciones y deberes que deben ejercer los funcionarios públicos para cumplir con la protección y cumplimiento de los derechos fundamentales de las personas.

No obstante, la existencia de dispositivos legales, en la práctica no hay un paso real de una situación jurídica a una situación fáctica en la que se evidencie una tutela real y verdadera a partir de la cual la autoridad jurisdiccional cumpla con la responsabilidad que le ha sido asignada. En esa línea, es importante tener presente la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos porque los funcionarios públicos deben asegurar el cumplimiento de los derechos fundamentales en tanto que están obligados a dar y a garantizar la efectividad de lo decidido mediante una decisión judicial en un tiempo oportuno.

El poder ejecutivo debe implementar medidas legislativas y reglamentos que coloquen como prioridad la efectividad de las resoluciones judiciales para que se exija la actuación de la Administración pública, que deben llevarse a cabo en conjunto con los procedimientos de previsión presupuestaria manifestado en el 2013 por el Tribunal Constitucional.

La Corte Interamericana cuestiona la actuación del Estado y en tal sentido lo exhorta a diseñar y consagrar el cumplimiento eficaz de la norma, además de concretar la aplicación de determinados recursos por parte de las autoridades judiciales. A la vez la Corte Interamericana en conjunto con el Tribunal Constitucional han determinado que la efectividad de los derechos fundamentales no sólo es un derecho; sino, sobre todo, un deber estatal.

5. Crítica a la falta de efectivización de derechos según el Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana al momento de analizar la efectividad de las resoluciones judiciales ha establecido su configuración como un deber estatal. Esta línea ha sido continuada por el Tribunal Constitucional, que a través de sus sentencias ha establecido que la efectivización de los derechos no debe quedar al libre manejo de los poderes públicos, sino que debe convertirse en un auténtico deber constitucional.

El Tribunal Constitucional también ha señalado de manera clara que el incumplimiento de pago por parte del Estado es irrazonable, pues se debe buscar el cumplimiento de este derecho. La efectivización debe concretarse en los plazos y el tiempo estrictamente necesarios y debe buscarse la minimización de los gastos y esfuerzos invertidos, cuya importancia debe ser reconocida. En síntesis, el Estado debe actuar de manera eficaz, responsable y razonable.

La postura previamente anotada ha sido reforzada por la Corte Interamericana mediante las sentencias emitidas en casos como *Cinco pensionistas vs. Perú*, en la que se señaló que se debe aplicar una sanción a los funcionarios públicos que incumplan con lo determinado en la sentencia. También en el caso *Acevedo Jaramillo vs. Perú* del año 2006 la Corte Interamericana señaló que las normas de presupuesto no pueden justificar la demora durante años del cumplimiento de la sentencia.

6. Respuestas a las preguntas del público

6.1. La normatividad debe correlacionarse con la normalidad, esto es, con sus necesidades de urgencias como lo sostuvo Hernán Hela en el Perú: las personas fallecen al haberse cumplido con sus derechos fundamentales, entonces; siendo así, ¿de qué manera la Constitución podría apelar los males capitales para responder a la normalidad?

Debe tenerse presente el bloque de constitucionalidad. Desde la perspectiva de los derechos fundamentales queda claro que la Constitución es fuente de fuentes y como norma jurídica suprema brinda grandes lineamientos; por ende, es importante que conjuntamente con la Constitución se observen otras normas de desarrollo constitucional. Entre dichos preceptos puede considerarse lo establecido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Bajo la premisa previamente señalada se tiene que la Constitución otorga una salida inicial, pero se deben utilizar otros mecanismos adicionales como la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, la cual establece que todos los derechos fundamentales deben interpretarse en

base a los diferentes instrumentos internacionales de Derechos Humanos que haya suscrito el Estado peruano. Esta forma de concebir los derechos fundamentales permite considerar como tales no solo aquellos establecidos en la Carta Magna sino también a todos aquellos derechos fundamentales que son establecidos dentro del derecho internacional de los derechos humanos. También, en el sistema universal o en los sistemas regionales como el europeo, el interamericano, el africano o el de la Unión Europea presentan diferentes instrumentos internacionales a partir de esta disposición final, los cuales sirven para exigir efectividad en la práctica.

Por otro lado, lo señalado en el Código Procesal Constitucional anterior y en este Nuevo Código Procesal Constitucional establece que los derechos fundamentales también se interpretan acorde a la jurisprudencia de las diferentes instancias internacionales, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Entonces se observa que se tiene respaldo nacional e internacional para el control constitucional convencional, tal es así que ya no solamente tenemos el listado de derechos fundamentales del artículo 2 de la Constitución sino también el artículo 3 de la Constitución y los instrumentos internacionales del derecho internacional de los derechos humanos.

Por último, debe considerarse la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los instrumentos internacionales que representan en conjunto el denominado bloque de convencionalidad. Ello va en concordancia con lo señalado por el profesor Ferrer McGregor, quien nombra este sistema como una suerte de *Corpus Iuris Interamericano* ya que estos son muy importantes a tener en cuenta para lograr progresividad en la efectivización de los derechos fundamentales.

La acusación en el proceso penal constitucionalizado*

Nieves Lucana Mamani**

Gerardo Eto Cruz***
Universidad Nacional de Trujillo

Julio Tejada Aguirre****
Universidad de San Martín de Porres

I

La acusación alternativa o subsidiaria frente a la constitucionalización del Derecho

Gerardo Eto Cruz

SUMARIO: 1. Introducción / 2. El principio de transversalización del Derecho Constitucional / 3. La acusación alternativa o subsidiaria como una puerta hacia la arbitrariedad fiscal / 4. La mediatización de los procesos

* Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso de Alta Especialización en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 09 al 13 de agosto del 2021.

**Maestra en Derecho Procesal Penal. Maestranda en Derecho con mención en Política Jurisdiccional en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Maestranda en Derecho Constitucional y especialista en Justicia Constitucional e Interpretación por la Universidad Castilla-La Mancha (España). Abogada del Área Constitucional de la Procuraduría Pública del Poder Judicial.

***Doctor en Derecho Público por la Universidad Santiago de Compostela (España). Profesor de Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional, Teoría General de los Derechos Humanos y Teoría de la Interpretación Constitucional. Exmagistrado del Tribunal Constitucional y exdirector del Centro de Estudios Constitucionales de la misma entidad.

****Abogado graduado y titulado por la Universidad de San Martín de Porres. Magister por la Universidad Nacional Federico Villareal con especialidad en Derecho Constitucional. Estudios doctorales concluidos en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Actualmente es presidente de la Corte Superior del Distrito Judicial de Tumbes.

1. Introducción

El eje temático de la presente mesa no es nada pacífico en la vida práctica y, por ello, es tomado con mucho profesionalismo práctico por los expertos en el tema, quienes están mayoritariamente especializados en Derecho Procesal Penal.

Una de las principales preocupaciones dentro de este campo es el fenómeno de la transversalización del derecho constitucional, el cual consiste en un nuevo enfoque que se viene desarrollando a partir de la teoría constitucional. Respecto a dicho proceso -hace más de dos siglos- Pellegrino Rossi, quien fue el primer catedrático de Derecho Constitucional, lanzó un adagio que resume la transversalización y referencia a los que se les denomina “neoconstitucionalistas”: la Constitución es la cabecera de todo el ordenamiento jurídico.

La transversalización del Derecho se está confirmando en la actualidad, pues constituye uno de los paradigmas que se vienen desarrollando dentro de la sociedad posmoderna. A partir de este criterio es que se construye un enfoque desde el anclaje del ordenamiento constitucional como norma y como ciencia, el cual va a permear y traspasar a todos los órdenes jurídicos de un país.

2. El principio de transversalización del Derecho Constitucional

Respecto al principio de transversalización del Derecho Constitucional, el Tribunal Constitucional ha empezado a identificar y determinar cómo esta rama jurídica se ve sustentado desde el punto de vista penal y procesal penal. Por ejemplo, sobre las garantías sustantivas o materiales, este Alto Colegiado ha manifestado que existe una serie de principios, derechos o valores que se encuentran constitucionalizados en el campo penal.

Entre los principios existentes se puede encontrar el principio de legalidad penal, el cual está previsto en el artículo 12 inciso 24 de la Constitución; el principio de culpabilidad previsto explícitamente en los artículo 13 y 43 de la Carta Magna; el principio-derecho de la dignidad humana establecido en el artículo primero de la Constitución; el principio del libre desarrollo de la personalidad prescrito en el artículo 2 inciso 1 de dicho instrumento; el principio de la proporcionalidad -invocado permanentemente por los tribunales de justicia- establecido en el artículo 200 sobre las garantías sin fines; el principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos dispuesto en el artículo 139 inciso 9; el principio de la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso

de duda o de conflicto entre las leyes penales indicado en el artículo 139 inciso 11; el principio de no ser condenado en ausencia, establecido en el artículo 139 inciso 12; el principio de no dejar de impartir justicia por vacío o deficiencia de la ley, en el artículo 139 inciso 8; el principio de obligatoriedad de la ley -la cual es válida desde un día posterior a su entrada en vigencia- establecido en el artículo 109; el principio de irretroactividad de la ley, por la cual la ley se aplica cuando haya entrado en vigencia a las consecuencias de las relaciones o situaciones jurídicas y que no tiene fuerza ni efecto retroactivo, salvo que en materia penal dicho efecto favorezca al reo, ubicado en el artículo 103; el principio de presunción de inocencia por la que se considera inocente toda persona hasta que no se declare judicialmente su responsabilidad, establecido en el artículo 2 inciso 24 literal e de la Constitución.

Lo expresado anteriormente da cuenta de cómo la parte constitucional se ve vinculada al campo penal, vale decir, se habla de un Derecho Penal constitucionalizado. De la misma forma, el propio Tribunal Constitucional -a partir del esquema de la transversalidad- ha reconocido una serie de principios vinculados al proceso penal.

Un ejemplo esencial de dichos principios lo constituyen los derechos fundamentales del debido proceso y la tutela judicial. Basta con mencionar el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución a partir del cual se realiza un periplo sobre diversos derechos fundamentales que están vinculados a las partes en un proceso.

Ejemplos de esos derechos son el principio de publicidad de los procesos consagrado en el artículo 139 inciso 4 de la Constitución; el derecho a la motivación escrita de las resoluciones en todas las instancias reconocido en el artículo 139 inciso 5 del texto constitucional (aplicable también a los dictámenes fiscales); el derecho a la pluralidad de instancias positivizado en el artículo 139 inciso 6 de la norma fundamental; la prohibición de revivir procesos judiciales fenecidos de las resoluciones ejecutoriadas, el cual señala también que la amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen el efecto de cosa juzgada establecido en el artículo 139 inciso 13 de la Constitución; el derecho fundamental a no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso reconocido en el artículo 139 inciso 14 del mismo instrumento jurídico y el derecho fundamental de que toda persona sea informada inmediatamente -por escrito- de las causas de su detención consagrado en el artículo 139 inciso 15 de la Constitución.

3. La acusación alternativa o subsidiaria como una puerta hacia la arbitrariedad fiscal

A partir del marco desarrollado por el Tribunal Constitucional donde se encuentra constitucionalizado el proceso penal es posible entrar en un debate bastante intenso. El artículo 349 inciso 3 del Código Procesal Penal prevé la acusación alternativa o subsidiaria que es una institución procesal ausente en el anterior código de 1940. Este reconocimiento se realiza con base en argumentos que formulan una serie de observaciones sumamente críticas.

Si bien se sostiene que la acusación alternativa o subsidiaria en apariencia podría considerarse como un avance dentro del Derecho Procesal Penal, al ser esto analizado desde el enfoque constitucional y considerando las características del actual modelo procesal penal, se coincide en que esta forma de acusar, por un lado, podría afectar al derecho de defensa y; por otro, se estaría sobredimensionando el *ius puniendi* del Estado. A ello se suman aspectos de orden sociológico y cultural nacional entre los cuales puede mencionarse que se vive en una cultura de intriga y desconfianza. Esta situación es agravada por la inversión cultural de los principios constitucionales desencadenada por la prensa mediática que genera que la sospecha de comisión de un delito recaída sobre un individuo devenga en el estigma del procesado, con lo cual se viola el principio de la presunción de inocencia que parte de la dogmática del Derecho Penal.

En cuanto a la acusación penal en su concepción actual se observa que si bien esta constituye el núcleo fundamental de todo el proceso penal -puesto que sin la acusación no hay proceso ni mucho menos condena- muchas veces el fiscal se configura como una máquina de acusación. Con ello se pone en evidencia la arbitrariedad de la función fiscal cuando esta varía su objetivo orientándose ya no a la búsqueda de la justicia y la verdad, sino en la persecución del delito a toda costa, muchas veces sin fundamento o con débiles elementos de convicción. En el proceso penal peruano el acusador tiene un poder ilimitado, tanto más si se han presentado acusaciones alternativas o subsidiarias.

De allí que se postule que la acusación fiscal deba no solo cumplir determinadas formalidades, sino que, además -en mérito del artículo 349 inciso 1 del Código Procesal Penal- dicho contenido acusatorio deba ser claro y preciso respecto de los hechos que se imputan. No obstante, se observa que el mismo artículo 349 inciso 3 flexibiliza el contenido de la acusación fiscal, convirtiéndolo -en la práctica- en algo indeterminado en tanto que se faculta acusar por un solo hecho fáctico por más de un tipo penal,

abriéndose puertas para el abuso de poder, arbitrariedad y negligencia en la investigación fiscal.

4. La mediatización de los procesos

La situación reseñada en cuanto a la acusación penal se agrava debido a que se ha generado -a partir del rol de los fiscales, el cual debería estar orientado a la búsqueda de la verdad ceñida a fuertes elementos de convicción- un fenómeno que desde la literatura brasileña se ha empezado a denominar “populismo penal mediático”. Esta circunstancia consiste en que la prensa, lamentablemente, empieza a mediatizar y espectacularizar cada proceso penal que surge. Aunado a ello, hay que reconocer -muy a pesar del disgusto de muchos fiscales- que existe un narcisismo galopante de muchos de ellos al aparecer frecuentemente en la prensa. En muchas ocasiones, hacen sus apariciones incluso cuando está prohibido por el régimen de la carrera fiscal y judicial brindar declaraciones sobre procesos que están en trámite, los cuales forman parte del escenario social, político y cultural actual.

Todo lo previamente mencionado termina generando un débil sistema de justicia, sobre todo en el campo penal porque con la espectacularización y el fenómeno de las posverdades un hecho noticioso se convierte en un estigma para la persona investigada en el proceso. El prejuicio sobre el individuo se produce aun cuando algunos de estos procesos -a la postre- no se resuelven y devienen en que el procesado esté por largos años en prisión preventiva, lo cual constituye otro problema del sistema judicial.

El sistema de justicia del Perú está en una crisis estructural y no se requiere solamente cambios como lo ocurrido -muy mediáticamente- con la Junta Nacional de Justicia, el fenómeno de los Cuellos Blancos o la prensa que suministra información a partir de otro equipo bastante complejo del que adquiere información de la fiscalía y que da noticias a cuentagotas que son parte de un fenómeno de la patología existente en la sociología-jurídica penal peruano.

Acusación alternativa o subsidiaria: los principios constitucionales en juego

Julio Tejada Aguirre

SUMARIO: 1. La labor judicial / 2. Las implicancias de una acusación alternativa / 3. El fundamento teleológico del proceso penal y los principios constitucionales / 4. El control constitucional como facultad del juez.

1. La labor judicial

Hacer referencia al tema de la labor judicial resulta muy importante en la medida que posibilita aclarar varios aspectos de la dogmática procesal penal, dotar de herramientas argumentativas al proceso penal y recordar cuál es la verdadera labor de un juez. De manera adicional permite entender que el trabajo del magistrado no debe agotarse en el apego a un *Estado Legal de Derecho*, sino que el juez surge y actúa activamente dentro de un *Estado Constitucional de Derecho*.

Desde la Revolución francesa hasta los Juicios de Núremberg el juez había sido la boca de la ley o del legislador. Es a partir de este último suceso -donde los nazis fueron condenados precisamente por incumplir la ley- que se determina la necesidad de la constitucionalización de todos los procesos, y el proceso penal no podía ser ajeno a ello.

Para tener una mejor comprensión de ello se debe entender tres aspectos: primero, qué entender por Derecho a fin para saber qué clase de jueces, abogados, fiscales o juristas se quiere tener; segundo, qué saber jurídico es el que se aplicará en cada caso concreto: uno teórico o uno práctico, siendo el primero aquel que se sustenta únicamente en la ley y el segundo en el que convergen todos los procesos sociales que se presentan. Dworkin ya planteaba dos tipos de jueces: el jupiterino y el hercúleo.

Por último, se requiere entender qué clase de sistema es el que rige en la actualidad: si es uno fuerte y rígido o uno poroso y mixto. El fuerte es aquel sustentado por la ley, de acuerdo con lo planteado por Kelsen; el poroso, aquel donde ingresan los principios -también llamados mandatos de optimización- que ayudarán a la solución de los casos cuando se presentan vacíos, antinomias o lagunas jurídicas. La posición previamente mencionada se ha aprendido muy bien no solo de Ferrajoli, escritor del garantismo, sino también de Robert Alexy, hoy en día desarrollado de forma más amplia por el profesor Rodolfo Vigo de la Universidad de Australia.

2. Las implicancias de una acusación alternativa

En este apartado corresponde hacer referencia a una serie de cuestionamientos legítimos que surgen respecto de la acusación alternativa o subsidiaria. Entre estos el referido a su constitucionalidad y, de otro lado, si se aleja de algunos principios que rigen y forman parte de la acusación propiamente.

Años atrás se aprendió del viejo adagio latino *nemo iudex sine accusatio* por el que no existe juicio sin acusación. Este juicio debe establecerse entre los

parámetros de una acusación precisa y concreta. También se entiende a partir de la locución referida que la acusación establecida en la norma secundaria -el Código Procesal solo puede referirse a hechos y personas incluidas en la disposición de formalización de la investigación preparatoria.

En esa línea, debería existir una formalización alternativa o subsidiaria para que a partir de esta se pueda tener y establecer correspondencia con una acusación del mismo tipo. Lo primero sería lo más fácil, porque en la investigación preparatoria se podría, alternativa o subsidiariamente, arribar la imputación a un aspecto concreto, y con ello esa acusación no le generaría problemas al juez de juzgamiento que, ante una acusación alternativa, se ve un poco involucrado con la posición del órgano persecutor, quien ha tenido el dominio pleno desde la etapa preliminar de iniciación preparatoria y la etapa intermedia —o si no antes— del control de su acusación. De esta forma, se puede exigir al juzgador que sancione, se trate de una acusación alternativa o no, pero que lo haga.

Hoy en día los principios del Derecho están más presentes -como ya se ha sostenido- porque el sistema nacional no es duro, sino es un sistema poroso o mixto en el cual para establecer una decisión judicial se tiene que invocar principios como el de presunción de inocencia, el principio de constitucionalización, el principio de enfoque de género y más aún el principio de los estándares convencionales.

Es esta manera, si un juez se aparta de un estándar convencional incurre en responsabilidad internacional por no seguir la línea jurisprudencial que establece la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Desde el artículo octavo al señalar las garantías, la Comisión Americana de Derechos Humanos ya determina e indica no acusar -precisamente- de manera amplia, vaga, genérica para uno u otro caso. Es posible expresarlo mejor a través de un ejemplo común: en el caso de una acusación sobre violación, en el hipotético caso que el Ministerio Público no determine o no subsuma un aspecto que reclama la ley, puede optar por acusar en el marco del delito contra el pudor, pero de una u otra manera se dispone a acusar (lo cual constituye -en términos domésticos- un premio consuelo). Sin embargo, no se quiere un premio consuelo para poder romper la presunción de inocencia. Si bien es cierto ya la Constitución, en el artículo 158 brinda una fortaleza al Ministerio Público como es la acusación alternativa o subsidiaria desarrollada en su numeral 3 del artículo 349 del Código Procesal Penal.

Estando en un Estado de Derecho constitucional no necesariamente se exige que el juez tenga que seguir ciertas reglas o cumplimientos, sino re-

girirse a mandatos de optimización para una mejor solución: se debe apoyar en los diversos principios que inspiran el proceso penal. Se entiende que uno de los principios más importantes es el de la constitucionalización del proceso penal.

3. El fundamento teleológico del proceso penal y los principios constitucionales

Otro punto importante en el que se ha de incidir es la evolución histórica del sistema acusatorio, es decir, en cómo este ha superado al modelo inquisitivo. Y es que el sistema acusatorio posee un principio importante: la oralidad. Que el sistema esté sujeto a la intermediación y la oralidad no hace más que establecer un sistema de audiencias y todas ellas tienen exigencias de tipo constitucional.

Dentro de estas exigencias están los principios y la audiencia pública. Una audiencia tiene que acatar el debido proceso, un plazo razonable, entre otras, y es así que en esta audiencia -la primera exigencia de tipo constitucional- se ingresa en un debate contradictorio dentro de una dialéctica adecuada entre persecutor y defensa, y se realizan tres tipos de exámenes para hacer un adecuado control de acusación, el cual que viene a ser una de las garantías más importantes del debido proceso porque trasladar una acusación sin que supere los tres exámenes va generarle graves problemas al juez de juzgamiento que no va a tener que resolver o no va a saber resolver y esto se podría traducir en injusticia. ¿Qué es lo que se busca dentro de un proceso? Pues, la acusación forma parte de un proceso, pero este proceso tiene que arribar a *la verdad*.

Cuando el juez le indica al Ministerio Público que su acusación no está completa o no ha superado el examen de suceso fáctico, no ha superado el examen de tipicidad, no ha superado el examen de admisión o no hay elementos de convicción; no es que el juez se quiera parcializar con una de las partes sino determinar que el principio de garantismo penal que esté presente en el proceso. Como lo señala Ferrajoli, el garantismo no solamente es una fuente o una costumbre, también es una necesidad dentro de la vida y exigencia misma del proceso, de no existir se generaría un retroceso al Estado legal de Derecho.

Ya el modelo mixto que estaba regulado antes en el Código de Procedimientos Penales de 1940 mencionaba las famosas acusaciones formales: establecía que si la acusación sustancial no está presente porque el fiscal abraza dudas igualmente debía haber una acusación formal. Esto es inaudito, ¿qué pensaría Robert Alexy, Luigi Ferrajoli o Rodolfo Vigo si se reconociese ese tipo de acusaciones? Para que el fiscal acuse tiene que estar

necesariamente convencido de que el hecho o esa no internalización de la norma -como decía Hegel: “la negación a la internalización de la norma”- esté presentada en una determinada acción.

4. El control constitucional como facultad del juez

El poner más acciones para ver si una de estas suple a la otra, contraviene una serie de principios, entre ellos la presunción de inocencia, el principio de legalidad y el principio de constitucionalización del proceso penal. Los abogados, los fiscales y los jueces deberán aplicar esta situación y formular propuestas dentro la facultad competencial que tienen. Los jueces cuentan ya con un tipo de control constitucional que se realiza a través del artículo 138 denominado control difuso. Sobre el control concentrado -en el Perú- está de manera exclusiva habilitado para el Tribunal Constitucional. Existe una opción diferente en otros países como Argentina y Guatemala donde hay un control que está cargo la Corte Suprema, y dicho control constitucional es muy aceptado.

La acusación alternativa en el proceso penal constitucionalizado

Nieves Lucana Mamani

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Fundamentos y finalidad de la acusación en el proceso penal / 3. La acusación alternativa como centro de debate en la doctrina y la legislación comparada / 4. Conclusiones

1. Introducción

A partir de la experiencia profesional se puede observar acusaciones que no concluyen en condenas, acusaciones incompletas o defectuosas y sentencias anuladas en donde se cuestionan acusaciones fiscales por vulneración de derechos como a la defensa, presunción de inocencia o debido proceso. Esto porque a veces ocurre en los requerimientos de acusación fiscal que un mismo hecho es objeto de más de una calificación jurídica. Dicho de otra manera, una acusación fiscal tiene una calificación principal y una calificación alternativa o subsidiaria: “por un mismo hecho”, por ejemplo, como pretensión principal se acusa por el delito de violación sexual de menor de edad, y como pretensión alternativa se acusa por el delito de actos contra el pudor.

Luego, ya en el juicio oral, en el supuesto de no lograrse la condena del acusado por la pretensión principal, el representante del Ministerio Público aún tiene la posibilidad de buscar la condena por la pretensión alterna-

tiva. Ello es más frecuente en los delitos contra la administración pública, por ejemplo, un mismo hecho se califica como delito de colusión agravada y alternativamente como negociación incompatible.

Para analizar la regulación de la acusación alternativa o subsidiaria en el Código Procesal Penal del 2004, es necesario revisar sobre esta figura procesal desde sus orígenes, su evolución histórica y su desarrollo legal en distintos sistemas procesales penales. Para ello, es relevante, hablar de la acusación con pretensión penal, su importancia dentro del proceso penal y su relación directa con la restricción de la libertad personal, en tanto que, si el fiscal presenta una acusación fiscal, existe alta la probabilidad de que el proceso penal termine con una sentencia condenatoria.

2. Fundamentos y finalidad de la acusación en el proceso penal

Se sabe que una acusación fiscal se postula en la etapa intermedia, es decir, concluida la investigación, lo cual implica que el acusador decide llevar un caso al juicio oral porque está convencido que se va a condenar al acusado, caso contrario, no se llegaría a la acusación, todo ello al menos en el plano ideal. A partir de aquí nacen legítimas preguntas: ¿qué es la acusación que tiene como pretensión restringir la libertad personal? ¿Qué es la pretensión penal que tiene como fin u objeto restringir la libertad personal del hombre? Devis Echandía dice al referirse a la pretensión que esta constituye un simple pedido que debe concretizarse en la sentencia, respecto al ámbito civil vincularía directamente al demandado, pero en lo penal a quien vincula es al acusado.

Asencio Mellado, cuando habla de la pretensión hace una diferencia entre la pretensión civil y la pretensión penal, y a su vez menciona que estas pretensiones protegen distintos bienes jurídicos; mientras que en el ámbito civil la pretensión siempre va a resguardar un interés privado, en el ámbito penal será un interés estatal. Por ejemplo, en el ámbito civil estará relacionada con el patrimonio de los particulares, el acto jurídico, sucesiones, entre otras; en cambio en el ámbito penal directamente se incidirá sobre la libertad personal.

Entonces, si en materia civil se pretende la nulidad de un acto jurídico, en el transcurso del proceso o en el saneamiento del proceso, el Código Procesal Civil no permite variar la pretensión por otra para conseguir una sentencia favorable, por el contrario, la demanda es improcedente o infundada. En cambio, en materia penal es admisible, esto es el artículo 349.3 del Código Procesal Penal habilita la posibilidad de pretender la condena del acusado por más de un tipo penal en el requerimiento de la

acusación fiscal sobre un mismo hecho o suceso fáctico, por ejemplo, pretensión principal se acusa por el delito de violación sexual de menor de edad y como pretensión alternativa por el delito de actos contra el pudor, esto es, al concluir el juicio oral existe alta probabilidad de que el acusado será condenado por cualquiera de los delitos objeto de acusación. He allí la importancia de la acusación: pues su objeto final es búsqueda de la sentencia condenatoria dentro del proceso penal que la misma concluye con la restricción de la libertad personal.

¿Por qué es importante la acusación en el proceso penal? González Navarro expresa su importancia de la siguiente forma: es la base del juicio en su marco fáctico y jurídico. Sin la acusación no será posible llegar a la etapa de juicio oral, es más, este no existirá si no existe acusación. En esa línea, Príncipe Trujillo y Peña Cabrera consideran a la acusación como núcleo fundamental del proceso penal: si no hay acusación, no hay condena. Se advierte que la acusación como pretensión punitiva del Estado concretiza el *ius puniendi*, por lo tanto, esta es importante en el proceso penal y también deberá ser cuidadosamente trabajada.

De la acusación depende el éxito o el fracaso de un proceso. Por lo tanto, una acusación debe ser correctamente trabajada y planteada; pues se entiende que el requerimiento de la acusación fiscal se plantea concluida la investigación penal, lo que implica que el fiscal tiene todos los elementos y medios que prueba para conseguir la condena del acusado, por tanto, quien quebrantó las leyes penales tiene que ser sancionado con una sentencia condenatoria efectiva que se restrinja la libertad personal o pena suspendida.

Se sabe que la acusación es importante en el proceso penal, entonces, ¿cómo debe formularse una acusación correctamente? En “Derecho y razón”, obra de Ferrajoli bastante conocida, se señala que la acusación debe formularse en términos unívocos y precisos a efecto de determinarse con exactitud el hecho que se atribuye. Ahí Ferrajoli no admite que una acusación podría ser ambigua, vaga o con la posibilidad de corregirse posteriormente.

Además, Saúl Araya, un costarricense que trabaja mucho el tema de la acusación, la compara con la materia prima para elaborar un terno. Señala que si el sastre para confeccionar un terno hace cortes perfectos para que este quede a la medida que se propone, entonces, la acusación debe ser equiparado a ese nivel, por cuanto, se supone que el fiscal durante la investigación tiene la obligación de recabar todos los elementos de convicción para esclarecer los hechos objeto de investigación y una vez recabado la información, brote que existen medios de prueba suficientes para declarar

la responsabilidad penal del acusado se debe formular la acusación fiscal, esto es equiparable con la materia prima para confeccionar el terno, esto es tener todos los medios de prueba para buscar la condena del acusado en el juicio oral, caso contrario, sí la acusación fiscal no reúne todos los medios de prueba sobre el hecho objeto de acusación, o con fundamentos vagos, o incompletas, o calificaciones jurídica imprecisas, al juicio oral con más seguridad se va a la pesca, situación que aflige al acusado pues no sabe por cuál de las pretensiones va ser condenado finalmente.

3. La acusación alternativa como centro de debate en la doctrina y la legislación comparada

En el modelo procesal penal peruano de 2004, en el artículo 349 el legislador exige que la acusación tenga debida motivación, además de algunos requisitos que deberán cumplirse con rigidez. Sin embargo, el inciso 3 de este artículo flexibiliza la exigencia de los requisitos de la acusación por cuanto con el pretexto de posibilitar la defensa del acusado, se introduce en el proceso penal la acusación alternativa o subsidiaria. Cuando se habla de acusación alternativa subsidiaria, ¿qué entendemos? En la literatura buscada y en la jurisprudencia se ha advertido que este tipo de la acusación no es otra cosa que encuadrar un hecho fáctico en forma simultánea en más de un tipo penal dentro del requerimiento acusatorio para que en el supuesto de que en el juicio oral no se lograra la condena por la pretensión principal se pudiera aún condenar por la pretensión alternativa subsidiaria y postulada por el Ministerio Público. Si bien es cierto, la Corte Suprema menciona que esta figura procesal tendría su antecedente próximo en la desvinculación procesal, en realidad no sería este su antecedente porque es una figura propia del sistema inquisitivo o, en todo caso, mixto.

Sin embargo, revisando la jurisprudencia y la doctrina comparada, se habla de esta figura por primera vez en el proyecto del Código Procesal Penal de la Nación de Argentina en el año 1986. En el libro del profesor y jurista Julio Maier denominado “Antología en el proceso penal contemporáneo”, propone que se incorpore a este proyecto del Código Procesal Penal de la Nación Argentina; puesto que, en el juicio oral se advierten que existen devoluciones de las acusaciones fiscales una y otra vez al Ministerio Público, ya sea porque las acusaciones son incompletas, deficientes, lo que motiva que el proceso penal se alargue y no se consiga una sentencia. Entonces, para dar una solución a este problema se propone incorporar dentro del requerimiento de la acusación fiscal una calificación principal, alternativa o subsidiaria y, con ello, -en el juicio oral- si no se condena por la pretensión principal, se puede condenar por la pretensión alternativa o subsidiaria.

Posteriormente existió una ola de reformas del Código Procesal Penal desde los años ochenta, no solo en Latinoamérica sino también en Centroamérica. Por ejemplo, fue Julio Maier quien ayudó la reforma del Código de Guatemala siendo este Código el primero que incorporó esta figura. Poco tiempo después Costa Rica siguió el mismo camino; luego le siguieron El Salvador, República Dominicana y Perú. Sin embargo, México, Colombia y Ecuador, no han incorporado en su legislación esta figura procesal penal dentro su sistema penal. Venezuela sí la recogió en su legislación Procesal Penal, sin embargo, en el año 2009 la derogó de su legislación.

Asimismo, algunos autores consideran que esta figura procesal penal debe existir dentro del proceso penal porque representa un remedio para concretizar la pretensión punitiva del Estado, un mecanismo para asegurar la condena y se evitaría la impunidad y supliría la deficiencia probatoria que podría existir en la investigación, entre otras razones. Pero también hay autores que sostienen que esta figura debe tener uso excepcionalísimo, como también hay otros que rechazan su existencia dentro del proceso penal, o algunos que mencionan que solamente debería existir en una investigación preliminar o en la formalización de la investigación preparatoria, pero que la acusación debería contener solo una pretensión.

4. Conclusiones

Al constatar la existencia de diversos modelos y, posteriormente, la revisión de la historia de la acusación así como su compatibilidad o no con el Estado constitucional del Derecho y el Derecho Penal Mínimo, se concluye que esta forma de acusar vulneraría el derecho a la defensa del acusado y la presunción de inocencia, no sólo en la etapa de control de acusación, sino propiamente en el juicio oral porque evidenciaría que esto, más que un remedio procesal, sería salvar la deficiente acusación del Ministerio Público en perjuicio del acusado, que al final concretaría de uno u otro modo el *ius puniendi* del Estado con esta forma de acusar.

Si bien es cierto que esta figura está regulada en la legislación nacional, también es cierto que colisiona con los principios, garantías constitucionales y la obligación del Ministerio Público de realizar una investigación eficiente, suficiente, clara, específica, precisa, puntual, motivada y bien sustentada que permita que el acusado tenga una defensa eficaz y una verdadera tutela judicial efectiva del proceso.

II

Réplicas

Julio Tejada Aguirre

No solamente se ha determinado la génesis de este problema que afecta a los principios, sino también se ha indicado que el juez dentro de este sistema mixto y poroso tiene la obligación de cautelar el debido proceso apegándose los principios.

Sin embargo, sería importante hacer también una propuesta: ¿qué puede hacer el juez? ¿Desvincularse? Como se ha señalado, el juez tiene la posibilidad -haciendo un control difuso- de pronunciarse al respecto, pero más allá no da mayor alternativa que el camino del control concentrado al llegar al Tribunal Constitucional; y hasta que ocurra van a pasar muchas cosas, entre ellas, una posible afectación de derechos. Entonces, el juez ante una acusación alternativa o subsidiaria, ¿debe dar -como ya se explicó- el premio consuelo al Ministerio Público? ¿Si no sanciona por la acusación principal, deberá acusarse considerando la accesoria? Se considera que no, más aún si no se siguen las propias reglas que establece el Código Procesal Penal.

Sería importante que se cuente con una audiencia de imputación necesaria y suficiente que determine el camino -sin oportunidad de salirse del mismo- de una debida imputación, puesto que es requisito indispensable una *imputación* necesaria y suficiente para una *acusación* también necesaria y suficiente, sin posibilidades de que esta acusación obtenga otros elementos que, de una u otra manera, afecten no solamente la presunción de inocencia, sino el principio de oralidad y sobre todo el principio de la constitucionalización del proceso.

Nieves Lucana Mamani

Es importante recordar lo que Ferrajoli expresó sobre las penas y los juicios: si la historia de las penas es una historia de horrores, la historia del juicio es una de errores, también de sufrimiento y vejaciones cada vez que en el proceso se ha hecho uso de medidas instructoras directamente aflictivas, desde la tortura hasta el abuso moderno, así como lo es también la prisión preventiva.

En conclusión, los sistemas penales han transitado por diversos modelos: primero se ha tenido un sistema acusatorio puro, luego se ha llegado a un sistema totalitario, posteriormente se ha ingresado a un sistema mixto y ahora el modelo procesal penal del 2004, recoge un sistema acusatorio,

garantista y adversarial, pero este sistema a pesar de lo anterior sigue teniendo rasgos inquisitivos o con rasgos mixtos que yo denominaría sistema mixto moderno, por cuanto aún el juez interviene en el proceso, por ejemplo, con la prueba de oficio, así como el uso de estos mecanismos de desvinculación procesal habilitan la condena del acusado aunque la labor fiscal sea deficiente o incompleta.

III

Respuestas a las preguntas del público

Pregunta dirigida a la profesora Nieves Licana: ¿qué nivel de certeza debe exigirse en una acusación para que la misma no represente una vulneración a los derechos fundamentales del acusado?

En el Acuerdo Plenario 01-2009/CJ se ha desarrollado varios tipos de sospechas y uno de ellos es la sospecha fuerte que es requisito para la prisión preventiva. Entonces, para requerir una acusación debería -al menos- existir una certeza fuerte, o sea, el fiscal debería estar convencido de que no solo puede llevar a exponer al procesado al juicio oral, sino además contar con una alta probabilidad de que en el juzgamiento se va a conseguir una sentencia condenatoria. Por el contrario, no se podría llevar al acusado si existe duda: lo adecuado es aplicar el principio de que en caso de duda se favorece al reo, y sobreseer el proceso, o en todo caso devolver la acusación. Solamente de esa forma, cuando exista una certeza de que el fiscal tiene todo para conseguir la condena, el caso se debe llevar al juicio oral por lo que demás es ir a la pesca.

Pregunta dirigida al profesor Julio Tejada: mencionó el principio de la oralidad, el cual debe ser aplicado en el Perú. Sin embargo, nuestro ordenamiento es predominantemente escrito, así lo demuestra el Código Procesal Penal en el artículo 130. ¿Usted realmente cree que el Perú está preparado para la aplicación de este principio como sí lo manifiesta la ZPO alemana con su alta oralidad e inmediatez?

El modelo que rige en el Perú, al menos en el proceso penal, es uno que se soporta en un sistema de audiencias y no se puede concebir una audiencia si no se tiene base o sustento, que a su vez trae otros principios como la intermediación, la publicidad, entre otros. La oralidad va a realizar en situaciones propias como observar un contradictorio de un debate apropiado del cual el juez extraerá la información pertinente, que es el insumo para poder asumir una decisión conforme a Derecho.

Un proceso sin oralidad y que se viene aplicando en el Perú desde el año 2005 –como se acusó en Huaura–, en el marco del sistema acusatorio no tendría razón de ser. Es más, la oralidad aplicada y entendida en su vertiente positiva debe asumir que la audiencia es una fuente de información y la mejor expresión que garantiza este modelo acusatorio haciendo que el juez no dude de la información oral obtenida de las partes, ya que si duda va a necesitar el expediente y este debe ser dejado de lado como material probatorio, es decir, lo escrito en el documento no tendría razón de ser en un sistema acusatorio, no cabría la presentación de un denuncia o un pedido por escrito, luego se corra traslado por escrito a la otra parte y el juez resuelve en su gabinete por escrito. El principio de oralidad exige que un proceso penal se realice dentro de un sistema de audiencia.

Las audiencias están diseñadas para que la oralidad fluya constante y permanentemente. La oralidad exige algunos requisitos como la concentración del juez para poder captar la información de las partes; la capacidad de poder decidir de inmediato, de lo contrario la oralidad va a perder su razón de ser y su esencia porque la información se diluye; cautelar una serie de derechos como el plazo razonable y demás garantías del debido proceso; generar mayor transparencia, entre otros.

La oralidad es una posición no solamente privilegiada, sino que permitirá salir de ese sistema escriturario, anacrónico e inquisitivo que se forma no solo en el proceso penal que ya se está superando, sino también en el proceso civil, en donde se ve procesos que duran años: soluciones de casos que no tuvieron respuesta sino luego de ocho o diez años. Se necesita una audiencia oral que permita una solución inmediata –en un plazo razonable– para culminar con estos problemas en la administración de justicia. A pesar de no coincidir en cada uno de los puntos vertidos, se debe seguir avanzando en la oralidad y en este sistema de audiencias para generar soluciones adecuada a estos los problemas.

Pregunta dirigida a la profesora Nieves Lucana: ¿cuáles serían las garantías que debería tener todo acusado dentro del modelo procesal peruano, de manera tal que se evite restringir arbitrariamente su derecho a la libertad?

Los principios y garantías están recogidas en el artículo 139 de la Constitución. Además de ello, se han trasladado estas garantías al Título Preliminar del Código Procesal Penal de 2004, por ejemplo, el derecho de defensa, la presunción de inocencia, el derecho a la contradicción, la motivación, etc., es decir, se tienen todas las garantías que en la Constitución se han recogido. Es válido decir que el Código Procesal Penal –desde su origen– es una ley constitucionalizada. Entonces, todas esas garantías recogidas en el

Título Preliminar no pueden significar letra muerta, sino aplicarse -en el proceso penal- en todas sus etapas.

Pregunta dirigida al profesor Julio Tejada: ¿cuál es el rol que posee el juez en el modelo procesal peruano? ¿Considera usted que el juez debería tener una mayor intervención dentro del proceso, por ejemplo, pidiendo pruebas de oficio o considera que esa sería una acción arbitraria para el acusado?

Si bien es cierto el modelo se diseñó para que las partes se vean y entren en debate mientras que el juez cumpla el rol de espectador, esto no significa que este juez no deba quedarse congelado, ni ser un maniquí o un convidado de piedra, sino que debe tener una función activa.

A esto se le denomina el proactivismo judicial (los argentinos lo conocen muy bien) en donde el juez en su búsqueda de la verdad -porque es lo que busca en el proceso, no es correcto olvidar que el proceso tiene esa finalidad- puede arribar en actuar pruebas de oficio, incluso proponer convenciones probatorias o denegar actuaciones de pruebas que son redundantes. El juez tiene un camino y un norte que es lograr la verdad: si no se logra la verdad, se cometerán injusticias.

Por ejemplo, a un juez se le puede convencer y persuadir de que una persona a cometido un asesinato, pero la verdad es que el acusado no ha cometido delito algún; sin embargo, el juez convencido de la comisión del delito expide una sentencia condenatoria, la cual será -claramente- una sentencia injusta. Por ello, las pruebas oficio, siempre y cuando no se determine que está parcializada hacia una de las partes, son de uso válido en la búsqueda de cumplir con la finalidad que tiene el proceso: llegar a la verdad y así obtener una sentencia justa; de lo contrario, ni el mismo juez estará seguro de su decisión, pero sí estará convencido de haber arribado a la verdad.

Pregunta a la profesora Nieves Lucana: ¿la acusación supletoria que se realiza cuando la acusación principal es desestimada vulneraría el principio de ne bis in idem?

Sobre este punto, es necesario resaltar que, la “acusación supletoria”, que se hace mención en la pregunta, en nuestro ordenamiento jurídico no existe, esto es, el Código Procesal Penal del 2004 no ha recogido “la acusación supletoria”; lo que si tenemos regulado en el artículo 349.3 del Código Procesal Penal de 2004, es la “acusación alternativa o subsidiaria”, por tanto, técnicamente no podríamos hablar de la acusación supletoria dentro del requerimiento acusatorio bajo las reglas del modelo procesal penal del 2004.

Pregunta dirigida al profesor Julio Tejada: ¿la acusación supletoria que se realiza cuando la acusación principal es desestimada vulneraría el principio de *ne bis in idem*?

Una acusación supletoria no vulnera el principio *ne bis in idem*. Lo que sí vulnera es el principio de presunción de inocencia porque, de todas maneras, no teniendo certeza en la acusación natural que se denomina principal, el Ministerio Público realiza una acusación supletoria. Recurrir a dicha herramienta, ¿qué quiere decir? ¿Cuál es el mensaje que da? Pues, que ni él mismo está seguro de esa acusación.

Como se ha venido sosteniendo, esta institución recuerda a la acusación sustancial -regulada en el viejo código- donde, pese a que el fiscal tenía dudas, el Código de 1940 o de procedimientos penales habilitaba la opción de realizar una acusación formal, lo cual era un total horror jurídico-penal.

Ese fue un debate que fue ocurriendo desde las aulas universitarias. Con el Código Procedimientos Penales de 1940 y la formación en un modelo inquisitivo y legalista, se le dificultó -a muchos- entender que el proceso tiene que realizarse al amparo de la Constitución, la Convención y otros principios, como el enfoque género, el estándar convencional, entre otros. En síntesis, la institución de una acusación alternativa o subsidiaria, más que una vulneración al principio *ne bis in idem* -el cual no se ve vulnerado- desemboca en una vulneración al principio de presunción de inocencia.