

BOLETÍN N.º 04
DERECHO CONSTITUCIONAL Y
PROCESAL CONSTITUCIONAL

**La tutela de los derechos fundamentales
en el marco del Estado democrático
peruano**

Directores:

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

Coordinadora:

Bianca Alexandra Zuñiga Sigvas

AÑO N.º 03 / AGOSTO 2023

Autores de esta edición:

Erick Urbina Lovón

Abogado por la Universidad Católica de Santa María de Arequipa

Jovino Heraclio Huerta Ayala

Abogado por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega

Jhoni Shang Castilla Colquehuanca

Abogado por la Universidad Nacional del Altiplano

Alex Amado Rivadeneyra

Abogado por la Universidad San Martín de Porres

Olga Cristina Gavancho León

Abogada por la Universidad César Vallejo

Juan Sebastián García Acevedo

Abogado por la Universidad de San Buenaventura

Claudia Rojas Mayora

Abogada por la Pontificia Científica del Sur

Manuel Forno Castro Pozo

Abogado por la Universidad Nacional Agraria La Molina

Directores

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

Coordinadores

Bianca Alexandra Zuñiga Sigvas

BOLETÍN N.º04

**DERECHO CONSTITUCIONAL Y
PROCESAL CONSTITUCIONAL**

La tutela de los derechos fundamentales en el
marco del Estado democrático peruano

Autores en esta edición:

Erick Urbina Lovón	Olga Cristina Gavancho León
Jovino Heraclio Huerta Ayala	Juan Sebastián García Acevedo
Jhoni Castilla Colquehuanca	Claudia Rojas Mayora
Alex Amado Rivadeneyra	Manuel Forno Castro Pozo



2023

Lima – Perú

ISSN: 2810-8302

**BOLETÍN DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y PROCESAL
CONSTITUCIONAL**

**LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL
MARCO DEL ESTADO DEMOCRÁTICO PERUANO**

AÑO 03 – N.º 04 – AGOSTO 2023

EDITADO POR:

© AMACHAQ ESCUELA JURÍDICA S.A.C.

Jr. María Antonieta #399

amachaq.escuela.juridica@gmail.com

www.editorialamachaq.com

Lima – Perú

AUTORES EN ESTA EDICIÓN:

Amado Rivadeneyra, Alex

Castilla Colquehuanca, Jhoni Shang

Castro Pozo, Manuel Forno

García Acevedo, Juan Sebastián

Gavancho León, Olga Cristina

Huerta Ayala, Jovino Heraclio

Rojas Mayora, Claudia

Urbina Lovón, Erick

DIRECTORES:

Romero Casilla, Anthony Julio

Flores Zerpa, Allen Martí

Paucarchuco Gonzales, Frank James

COORDINADORES:

Zuñiga Siguas, Bianca Alexandra

COLABORADORES PRINCIPALES:

Atarama Macha, Juan de Dios

Bacilio Vega, Ana Lucía

Borja Torres, Fernando Eddy

Godo Rocca, Dayana Vanessa

Linares Rodríguez, Natalia Alejandra

COLABORADORES:

Chuquillanqui Rodriguez, Deyanira Cielo

Crovetto Salazar, Sheyla Franchesca

Montoya Gomez, Flor Nieves
Pacheco Valladares, José Manuel
Toribio Chávez, Jean Franco

ISSN: 2810-8302

Hecho el Depósito Legal

Biblioteca Nacional del Perú N° XXXXXXXXXX

DISPONIBLE DIGITALMENTE EN:

<http://www.editorialamachaq.com/b4-constitucional>

BOLETÍN N.º 04

“LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL MARCO DEL ESTADO DEMOCRÁTICO PERUANO”

I. DIRECTORES

ANTHONY JULIO ROMERO CASILLA

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

ALLEN MARTÍ FLORES ZERPA

Máster en derecho penal por la Universidad Autónoma de Madrid

FRANK JAMES PAUCARCHUCO GONZALES

Bachiller en derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

II. COORDINADORES EN ESTA EDICIÓN:

BIANCA ALEXANDRA ZUÑIGA SIGUAS

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

III. COLABORADORES PRINCIPALES EN ESTA EDICIÓN:

JUAN DE DIOS ATARAMA MACHA

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

ANA LUCÍA BACILIO VEGA

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

FERNANDO EDDY BORJA TORRES

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

DAYANA VANESSA GODO ROCCA

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

NATALIA ALEJANDRA LINARES RODRIGUEZ

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

IV. COLABORADORES EN ESTA EDICIÓN:

JEAN FRANCO TORIBIO CHÁVEZ

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

JOSÉ MANUEL PACHECO VALLADARES

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

FLOR NIEVES MONTOYA GOMEZ

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

DEYANIRA CIELO CHUQUILLANQUI RODRIGUEZ

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

SHEYLA FRANCESCA CROVETTO SALAZAR

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

V.AUTORES

ERICK URBINA LOVÓN

Abogado por la Universidad Católica de Santa María de Arequipa

JOVINO HERACLIO HUERTA AYALA

Abogado por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega

JHONI SHANG CASTILLA COLQUEHUANCA

Abogado por la Universidad Nacional del Altiplano

ALEX AMADO RIVADENEYRA

Abogado por la Universidad San Martín de Porres

OLGA CRISTINA GAVANCHO LEÓN

Abogada por la Universidad César Vallejo

JUAN SEBASTIÁN GARCÍA ACEVEDO

Abogado por la Universidad de San Buenaventura

CLAUDIA ROJAS MAYORA

Abogada por la Pontificia Científica del Sur

MANUEL FORNO CASTRO POZO

Abogado por la Universidad Nacional Agraria La Molina



BOLETÍN N.º 04
Amachaq-Escuela Jurídica
Área de Derecho Constitucional y
Procesal Constitucional

Disponible en:

<http://www.editorialamachaq.com/b4-constitucional>

Año: 2023

Edita:

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

El Boletín N° 04 de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional con eje temático “La tutela de los derechos fundamentales en el marco del Estado democrático peruano” es publicado en formatos electrónicos que están disponibles para descarga en la página:

<http://www.editorialamachaq.com/b4-constitucional>

Algunos derechos reservados.

ÍNDICE

PRÓLOGO	10
- El rol fundamental del Estado peruano en la participación ciudadana y la diversidad cultural <i>Erick Urbina Lovón y Jovino Heraclio Huerta Ayala</i>	13
- El rol de las sentencias del Tribunal Constitucional en el Estado social y democrático de derecho <i>Jhoni Shang Castilla Colquehuanca</i>	29
- El control de convencionalidad en el Perú del siglo XXI <i>Alex Amado Rivadeneyra</i>	49
- La protección del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de las poblaciones vulnerables en los procesos constitucionales <i>Olga Cristina Gavancho León</i>	67
- La diversidad cultural frente a la globalización: Oportunidades y desafíos <i>Juan Sebastián García Acevedo</i>	75
- Igualdad en el acceso a la justicia para la mujer en los casos de violencia de género <i>Claudia Rojas Mayora</i>	85
- Protección contra la violencia y discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género en el Perú <i>Manuel Forno Castro Pozo</i>	93

PRÓLOGO

La protección y promoción de los derechos humanos en un contexto de Estado democrático, social y constitucional resulta de gran relevancia, pues este modelo trata de proteger a todos los miembros que la conforman, velando así por una cultura de paz. Sin embargo, en la actualidad, aún existen circunstancias que dificultan la protección por parte de aquellos que han visto vulnerados sus derechos.

En este sentido, esta edición gira en torno a la función que desempeña el Estado peruano, como ente que tutela los derechos fundamentales de los miembros de la sociedad, los cuales son inherentes a cada uno por su condición de ser humano. Asimismo, se exponen las dificultades que posee el Estado para salvaguardar a aquellos grupos que suelen ser soslayados por el manto protector de esta misma.

Así entonces, el Área de Derecho Constitucional de AMACHAQ Escuela Jurídica presenta el Boletín N°04 “La tutela de los derechos fundamentales en el marco del Estado democrático peruano”, en la cual se busca la reflexión y análisis de temas sumamente trascendentales para la sociedad, desde un punto de vista jurídico constitucional.

Este boletín de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional, de forma sistematizada, expone las transcripciones y los artículos del Curso Especializado en Jurisprudencias y Precedentes al Nuevo Código Procesal Constitucional, llevado a cabo del 16 al 19 de enero del 2023, y el Curso Especializado en Derechos Humanos y Género, realizado entre el lunes 20 y jueves 23 de marzo del 2023, ambos organizados por AMACHAQ.

En esta misma línea, es imprescindible extender nuestra gratitud a los autores de los escritos expuestos, los cuales con compromiso y dedicación compartieron sus conocimientos y reflexiones. Los expertos académicos en cuestión son los profesores Erick Urbina Lovón, Jovino Huerta Ayala, Jhoni Castilla Colquehuanca, Alex Amado Rivadeneyra, Olga Gavancho León, Juan García Acevedo, Claudia Rojas Mayora y Manuel Castro Pozo, quienes contribuyeron en la realización de esta producción académica.

Los temas expuestos en esta entrega giran en torno al rol fundamental del Estado peruano en la participación ciudadana, el rol que desempeñan las sentencias del Tribunal Constitucional, la protección del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y la igualdad en el acceso a la justicia para las poblaciones vulnerables.

Los profesores Erick Urbina y Jovino Huerta reflexionan sobre el rol fundamental del Estado peruano en la participación ciudadana y la diversidad cultural, teniendo en cuenta a los pueblos indígenas u originarios. Por otro lado, las ideas expuestas por el profesor Jhoni Castilla están relacionadas al fundamento de la constitución y al rol de las sentencias del Tribunal Constitucional en el Estado social y democrático de Derecho. Mientras que, el profesor Alex Amado explica acerca del control de convencionalidad en nuestra contemporaneidad, resaltando sus fundamentos, los aportes doctrinales y jurisprudenciales; así como, su regulación en los cuerpos normativos de nuestro país.

En cuanto a la profesora Olga Gavancho, expone sobre la protección del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de las poblaciones vulnerables en los procesos constitucionales, tal es el caso de la comunidad LGTBIQ. Asimismo, las reflexiones versadas por el profesor Juan García dan cuenta principalmente sobre la diversidad cultural frente a la globalización y las oportunidades y desafíos que ésta ha traído consigo.

Por último, la profesora Claudia Rojas se ocupa del problema de la igualdad en el acceso a la justicia para las mujeres en los casos de violencia de género; asimismo, se presentan los estereotipos de género y los casos de violencia contra las mujeres. A su vez que el profesor Manuel Forno aborda el tema de la protección contra la violencia y la

discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género en el Perú, ello relacionado con la discriminación de la que es participe el Estado, desde un análisis actual.

Finalmente, desde AMACHAQ reafirmamos nuestro compromiso con la comunidad jurídica, compartiendo conocimientos tan relevantes para entender los desafíos que les toca abordar tanto al Estado, como a aquellos operadores del Derecho, que velan por el respeto y protección de los derechos fundamentales de los miembros de una sociedad tan compleja como la peruana.

Fernando Eddy Borja Torres
Bianca Alexandra Zuñiga Sigvas

El rol fundamental del Estado peruano en la participación ciudadana y la diversidad cultural*

Erick Urbina Lovon**
Universidad Católica de Santa María de Arequipa

Jovino Heraclio Huerta Ayala***
Universidad Inca Garcilaso de la Vega

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Pueblos indígenas y comunidades campesinas / 3. Precusores de la defensa legal de los derechos humanos de los pueblos indígenas u originarios y búsqueda de la autodeterminación / 4. Respuestas a las preguntas del público.

1. Introducción

La Constitución peruana reconoce en el artículo 89 de manera expresa a las comunidades campesinas y comunidades nativas. Esta existencia, además del otorgamiento de la personería jurídica que le da, no es una

* Conferencia virtual llevada a cabo en el curso especializado en derechos humanos y género, y Curso especializado en pueblos indígenas y diversidad cultural, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 20 al 23 de marzo del 2022.

** Abogado por la Universidad Católica de Santa María de Arequipa, Magister en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha (España), y Doctorando en Derecho en la Universidad de Alicante (España).

Abogado con más de nueve años de experiencia académica, incluyendo la dirección y desarrollo de programas educativos, investigación, enseñanza y asesoramiento de tesis de grado.

*** Abogado por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Magister en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha (España), Diplomado en Gerencia Pública en la Universidad ESAN; Diplomado en Derecho Parlamentario en la Universidad de Lima. En la actualidad es coordinador nacional del Programa Parlamento Joven del Congreso de la República que funciona en convenio con la Organización Alemana Hanns Seidel. Anteriormente fue asesor del Fondo de Apoyo Gerencial del Sector Público FAG, en el Ministerio de Cultura; antes trabajo como técnico parlamentario en diversas áreas del Congreso de la República del Perú; también ha sido asesor para la solución de conflictos en la organización Kanuja que agrupa a indígenas Ashánincas y Nomatsigenas.

novedad de la Constitución de 1993. Para ver históricamente en el marco de la Constitución, en qué momento es que se reconoce por primera vez a las comunidades campesinas y nativas –aunque con otra nomenclatura ciertamente– se va a acudir al texto original que es el artículo 58 de la Constitución de 1920, la cual es denominada la Constitución de Leguía. Esta Carta Magna inspirada en la Constitución de Querétaro de 1917 –que está vigente en los Estados Unidos Mexicanos– traían para América Latina este “atreimiento” histórico. Que más adelante en las sucesivas constituciones peruanas tendrá ciertas modificaciones en cada una de estas, pero la idea que primará será que: “el Estado protegerá a la raza indígena y dictará leyes especiales para proteger su cultura y garantizar su desarrollo en armonía con sus necesidades. La nación reconoce la existencia legal de las comunidades indígenas y la ley declarará los derechos que les correspondan”.

Si uno acude a los textos de los principales pensadores políticos y jurídicos del siglo XX en el Perú, se va a evidenciar una constante referencia a la problemática del “indio”. Para los intelectuales de la época como los hermanos García Calderón, José de la Riva Agüero, Víctor Andrés Belaúnde, el propio José Carlos Mariátegui y obviamente Haya de la Torre, el problema del “indio” era visto como hecho o como un problema entre otras cosas. Esta diversidad cultural, esta existencia de distintos pueblos –se debería utilizar este término, aunque tal vez ello genera alguna diferencia con el doctor Huerta, debido a que él usa el término nación– que han ocupado y continúan ocupando el territorio nacional las culturas originarias, lo que generó frente a la guerra con Chile una crisis por la gran diferencia en la identidad de los indígenas frente a sus patrones, generando un problema. Que consistía en que muchos de los que fueron a defender a la patria, no sabían que era el Perú como nación y tampoco sabían que pertenecían a este Estado –que había proclamado su independencia ya muchos años antes– pero que sin embargo no había tenido una presencia en los espacios territoriales que ocupaban estos distintos pueblos.

En el marco actual, el artículo 89 de nuestra Constitución es el que reconoce de manera expresa la existencia de las comunidades campesinas y comunidades nativas, y les otorga también determinado marco de autonomía, que es distinto a la autodeterminación.

Para lograr definir, en qué consisten las comunidades campesinas y nativas, primero habrá que reconocer, que son instituciones históricas en nuestro país. El Perú no es un país exclusivo en cuanto al reconocimiento de este tipo de comunidades, de la cual probablemente muchos de sus habitantes sean herederos y descendientes originarios. Pero no es algo propio

solamente de Perú, sino es algo que se da en muchas partes del mundo, y que ha tenido también a partir de ello un desarrollo jurídico constitucional y jurisprudencial bastante rico especialmente a finales del siglo pasado y en el actual.

Los pueblos indígenas, al ser instituciones históricas en el Perú, se les debe entender como grupos de personas que actúan como sujetos colectivos, cuyo origen se encuentra en el pueblo originario o pueblos indígenas que poblaron por primera vez el territorio peruano.

Aunque su existencia se remonte a muchos años antes de la existencia del Perú como república y también del Perú como nación, porque antes de la llegada de la fuerza hispánica y a partir de ello se acude a José Agustín de la Puente, que responde a la pregunta ¿Desde cuándo existe el Perú? y él responde desde la llegada de los españoles, porque antes estaba el imperio de los incas, pero no existía el Perú.

El Perú es una mezcla y mestizaje entre incas y españoles, entonces muchas de estas comunidades campesinas y nativas están antes de la existencia del Perú. Los peruanos son herederos de eso —y obviamente antes de la existencia de la República propiamente— sin embargo, su reconocimiento legal será muy posterior. Recién en 1920 se dará su reconocimiento a nivel constitucional e internacional —se acude primero: al convenio C107 - sobre poblaciones indígenas y tribales de 1957 que posteriormente será reemplazando por el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, aprobado internacionalmente el año 1989— y en el Perú fue ratificado el 2 de febrero de 1994, entrando en vigor el 2 de febrero de 1995.

No se debe de confundir la autonomía que le da la constitución de 1993 y el reconocimiento de las constituciones precedentes a estas comunidades con la autodeterminación que propiamente es un elemento del Estado, otorgar libertad y amplia discrecionalidad a determinados grupos para organizarse en distintos niveles. En el Perú se habla de la autonomía organizativa, la autonomía en el trabajo comunal, la autonomía en el uso y libre disposición de sus tierras, la autonomía económica y administrativa.

En el caso peruano desde 1828 con la Carta Magna —conocida como “la madre de todas nuestras constituciones”— frase acuñada por el jurista Manuel Vicente Villarán, en esta el Perú se reconoce como un Estado unitario, una sola nación, un solo pueblo, pero no se ha mirado en torno a ello. La realidad de nuestro continente no es similar, en específico la realidad boliviana ha incluido a otras comunidades como naciones y por ello Bolivia se reconoce como un estado plurinacional, este reconocimiento es una

innovación a nivel del subcontinente latinoamericano por parte de Bolivia. En el caso chileno, recientemente se quiso incluir el concepto plurinacional en su propuesta de nueva constitución, pero no tuvo éxito. Por otro lado, los españoles lo tratan con una curiosidad bastante aguda, porque existen estas disputas de ánimos separatistas entre los vascos históricos junto con los catalanes, y esta figura de un estado plurinacional –para ellos– es bastante interesante, porque podría resolver algunas de las controversias que aquejan al país ibérico.

2. Pueblos indígenas y comunidades campesinas

A nuestra conclusión, los pueblos indígenas u originarios fueron estigmatizados equivocadamente como comunidades campesinas y comunidades nativas por Juan Velasco Alvarado, tras el golpe de Estado dado en octubre de 1968 al presidente Belaúnde, al año siguiente en 1969, acuñaría su frase histórica: "La tierra debe ser para quien la trabaja" y "Campesino, el patrón ya no comerá más de tu pobreza", entendemos que, si Legía, era considerado el protector de la raza indígena (segmentado mayoritariamente en los indígenas del ande y de la costa); por lo tanto Velasco quería ser recordado como protector de las comunidades campesinas (indígenas de la costa y de los andes) y sobre todo de las comunidades nativas (indígenas de nuestra Amazonía).

Creemos también, que la reforma agraria lo plasmó siguiendo el pensamiento de su paisano piurano el presidente "cholo negro" quien derrocó a Legía, Luis Miguel Sánchez Cerro (Sinchi Roca), quien fuera el que puso las bases de la reforma agraria, así Velasco, el "chino cholo" de presidente, promulgaría la ley de forma agraria en beneficio del hombre del campo.

Las frases campesinas y nativas de repente no recogían el valor ancestral ni ayudaron a la cohesión cultural del hombre originario andino amazónico costero, lo cual se busca para cohesionarnos todos como peruanos, sobre todo en esas épocas, pero está idea revolucionaria sí tenía el ánimo de recobrarles la dignidad de los pueblos originarios que sufrían permanentemente el abuso de poder de los patrones quienes no respetaban sus derechos humanos ni el disfrute de sus propiedades ancestrales que eran expropiadas ilegalmente por los hacendados sin que ninguna justicia lo impida.

En este punto, surge la pregunta, que alguna vez le hice al Dr. Juan Carlos Ruíz Molleda sobre que, si, existía la necesidad de garantizar el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas u originarios del Perú como tales, y él me respondió que ya estaban reconocidos en el artículo 89 de constitución del 93 y, en el Convenio 169, que por tanto ya no era

necesario y que más bien se debería de luchar para la titulación de sus tierras; respuesta que es parcialmente contrario a nuestro planteamiento de autodeterminación que busca el reconocimiento constitucional como tales de los pueblos indígenas del Perú en la Constitución política vigente, de acuerdo al convenio 169 de la OIT, solo así podríamos garantizar la preocupación del Dr. Ruíz, darles la seguridad jurídica de sus tierras, porque si nosotros no aseguramos la personería jurídica de los pueblos indígenas como tales no podremos alinear los conceptos del derecho internacional con la normativa nacional, el objetivo es marcar la incidencia para que éstas se respeten y se cumplan, sobre todo que sean más accesibles para los litigantes nacionales que ven muy lejano acudir a las cortes de justicia internacional para reclamar justicia, que en la actualidad pareciera ser esta solo exclusividad de las ONGs; un ejemplo claro de que existe la necesidad de que las normas nacionales tienen que estar alineadas con la norma internacional en nuestro país, fue la aprobación de la ley de consulta previa, para que ésta, esté en concordancia con lo que demanda el Convenio 169 de la OIT, que contempla este derecho.

La constitución política vigente de 1993, en su artículo 89, reconoce a las comunidades campesinas y comunidades nativas, términos que fueron acuñados por Juan Velasco Alvarado, y que antes de estar plasmadas en la vigente, estuvieron consagradas en la Constitución de 1979 en su artículo 161.- "Las Comunidades Campesinas y Nativas tienen existencia legal y personería jurídica".

En la Constitución de 1920, de Leguía, La Nación reconocía acertadamente la existencia legal de las comunidades indígenas y la protección de la raza indígena, focalizándolos territorialmente en la parte alto andina y la costa peruana, pareciera que todo esto siguiendo las ideas del virrey Francisco de Toledo— hacer una especie de reducción de indias para poder censar mejor a la población para mejorar la tributación y crear urbes para consolidar su defensa y lograr que ellos tengan el sentido de pertenencia como peruanos, porque los pueblos indígenas se sentían ajenas a esta, por el abuso de poder permanente de los hacendados y terratenientes que prácticamente eran el mismo Estado opresor.

Eso fue el poder de los españoles peruleros que había trascendido hasta después de la independencia del Perú en 1821 por los criollos, fundada bajo esta élite sin considerar al pueblo indígena como parte del desarrollo sin voz ni voto, por lo que el nombre Perú, según Raúl Porras Barrenechea nunca fue aceptada por los indígenas.

Las comunidades campesinas y nativas que son de reciente creación en comparación con los pueblos indígenas u originarios ya fueron reconoci-

dos en la Constitución Política anterior de 1979 y en la vigente de 1993, lo mismo por otras leyes e instituciones ejecutivas como el Ministerio de agricultura que por ejemplo les ha permitido titular sus tierras, derecho que no tienen la mayoría de pueblos indígenas u originarios.

Ante la afirmación de varios especialistas, determinado que los campesinos y nativos son lo mismo que los pueblos indígenas y que por lo tanto ellos ya no necesitan un reconocimiento constitucional; ante esta afirmación, nosotros con el ánimo de delimitar estos conceptos, hacemos una pregunta válida: ¿Un indígena tiene que ser necesariamente campesino o viceversa? Tenemos el caso de muchos empresarios agroindustriales exportadores, multimillonarios que son patrones de grandes fundos, dueños de inmensas extensiones de tierras en la costa que están inscritos como comuneros campesinos junto a otros personajes lumpen que también se han constituido como comuneros campesinos pero que en la realidad éstos últimos son traficantes de tierras. Con esto se desbarata que hoy en día una persona así se constituya legalmente como campesino no necesariamente será indígena u originario.

Por lo tanto, queda desvirtuado que Comunidad Campesina sea igual o equivalente a un pueblo indígena u originario y que, si en algún momento hubo una similitud hoy en la realidad concreta se ha desvirtuado y tergiversó el término campesino que primigeniamente identificaba a los pueblos originarios, hoy ya no.

Este término campesino ha permitido que personas ajenas a los pueblos indígenas se aprovechen de ellos y que mediante la gentrificación los puedan desarraigar de sus tierras adueñándose de estas para luego titularlas y emprender su crecimiento económico mediante la agroexportación y el boom inmobiliario que están aplastando a los indígenas en la miseria y destruyendo las culturas tratando de invisibilizar su existencia sobre todo en la costa, para que nadie reclamé por ellos como tales indígenas.

En el último gobierno aprista, se titularon casi todas las tierras de las comunidades campesinas de la costa par ser vendidos a diestra y siniestra quedando la mayoría de las propiedades en manos de terratenientes agroexportadores y traficantes de tierras, ambos haciéndose llamar campesinos, teniendo como resultado que inmensas cantidades hectáreas de tierras se encuentren en manos de un puñado de personajes facinerosos que se hacen llamar empresarios de la agroexportación e inmobiliarios y los de mal vivir que se mimetizan como parte del pueblo, pero en realidad todos estos personajes lucran con el cuento de ser campesinos que nunca sembraron nada más que el terror de despojo de tierras y asesinatos de

los líderes originarios para adueñarse de sus tierras con la complicidad de autoridades corruptas de los gobiernos de turno. En tanto, sí, es necesario el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas u originarios y esto se dé, conforme al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo OIT.

3. Precusores de la defensa legal de los derechos humanos de los pueblos indígenas u originarios y su búsqueda de la autodeterminación

Las primeras nociones de defensa de Derechos Humanos en “las indias” se van a ver reflejada en la obra de Fray Bartolomé de las Casas “Relación de la destrucción de las indias” “que se terminó de publicar en el año de 1552. Bartolomé se había convertido en un defensor de los “indios” – hoy pueblos indígenas– él buscaba el respeto de los derechos humanos de ellos como hijos de Dios – argumentando que los indígenas nacían dignos y libres por la gracia de Cristo, que, por lo tanto, no necesitaban el reconocimiento del rey, para ser considerados como seres humanos– convenciendo de esto a los reyes, primero a Fernando II. Fray Bartolomé de las Casas era un seguidor de las ideas del padre Antonio de Montesinos quien en el año 1511–en lo que hoy es Haití y República Dominicana conocidas en ese entonces como isla La española– ofreció un sermón denunciando las atrocidades que hacían los conquistadores españoles contra los indígenas, y resultado de este sermón que llegó a los oídos del rey Católico Fernando II, dicta las leyes de Burgos en favor de los indígenas en 1512. Y luego logra convencer a Carlos I o Carlos V la promulgación de las Leyes Nuevas en 1542 que ordenaba el buen trato y conservación de los “indios”.

Finalmente, las leyes de Burgos, las leyes nuevas y las leyes de indias esta última aprobada por el rey Carlos II el año 1680, esta demandaba la recopilación de las leyes de Burgos y las Leyes nuevas para mejorarlas y buscar un mejor trato para los indígenas.

Todas estas leyes dictadas por los reyes de España, fueron para garantizar el bienestar de los súbditos indígenas del nuevo mundo y asimismo con el ánimo de limitar el poder de los conquistadores como los peruleros que, en clara afronta al reino español, querían crear su propio reino independiente de la corona, conformando una élite de poder de los denominados “peruleros”, quienes no permitían que nadie interfiera en sus planes de crear su propio reino. Por eso, cuando en 1542 se crea el virreinato del Perú (en lo que era Nueva Castilla), y en 1543 se nombra al primer virrey Blasco Núñez de Vela, quien llega a nuestras tierras en 1544, instaurándose para velar por el cumplimiento de las leyes nuevas, teniendo gran oposición de

los encomenderos peruleros y otros quienes comenzaron a protestar contra el virrey, iniciando revueltas ocasionando un caos social, por lo que la audiencia de Lima destituye a Núñez de Vela, quién terminará finalmente siendo asesinado por Gonzalo Pizarro y sus huestes, en clara rebelión contra la corona española.

La idea de Bartolomé de las Casas que buscaba lograr la igualdad entre los pueblos indígenas y los europeos, frente a la corona, se daría con la aprobación de la Constitución de Cádiz de 1812, donde participarían ilustres peruanos como Vicente Morales y Duárez y el único inca Don Dionisio Yupanqui.

El pedido de autodeterminación para los "indios" de parte de Bartolomé, en plena época de la conquista, fue sellada así: "El verdadero remedio no era otro, sino que dejarlos en sus propias y nativas tierras que tenían, por pocos que fuesen, darles toda la libertad y que supiesen que no habían de servir ya más a los españoles". Se podría decir que este es el primer pronunciamiento de autodeterminación para los pueblos indígenas, hoy, este pedido está vigente en los pueblos nuestro país, quienes tras la conquista vieron interrumpida su desarrollo humano por los abusos de poder de los conquistadores, que continúa hasta nuestros días pero con otro rostro, pero igual de malévolos como es la arremetida de la globalización con su política extractivista de crecimiento económico dictado por el Banco Mundial que no tiene límites para destruir la biodiversidad y las culturas ancestrales. Esta medida capitalista es contraria al desarrollo humano que es la teoría planteada por el economista indio Amartya Sen, Premio Nobel de Economía quien prioriza el desarrollo humano antes que el crecimiento económico que solo beneficia a unos cuantos perjudicando a la mayoría de los pueblos.

El crecimiento económico irresponsable viene afectado la calidad de vida, la tranquilidad de los pueblos originarios, quebrando la paz social, la tranquilidad que son fundamentos constitucionales establecidos en el artículo 2, e inciso 22 de nuestra Constitución.

A todo esto, una pregunta válida sería ¿Cuál ha sido el resultado del crecimiento económico extractivista en el Perú? Si abarcamos a la época del Caucho (1885-1915) dónde se esclavizó y se asesinó a indígenas amazónicos hasta el punto de desaparecer varias etnias; estos crímenes de lesa humanidad cometido contra estos pueblos para despojarlos de sus tierras y territorios para extraer el látex del caucho para la industria automotriz y otros materiales que fueron conseguidos con el derramamiento de sangre de inocentes, lo cual fue revelado en el "Libro azul" de Roger Casement, diplomático irlandés activista en favor de los derechos humanos contra los

abusos de poder de los caucheros en la Amazonia, él denunció a Julio César Arana del Águila dueño de la empresa Peruvian Amazon Rubber Company, quien según Casement, este personaje tiñó con sangre de los indígenas el río Putumayo en Perú, Ecuador y Colombia, crímenes que no fueron castigados, y como siempre la impunidad protegió de la cárcel a este político convertido en Senador de la Republica y Alcalde de Iquitos.

Antes, entre los años 1840 hasta el estallido de la guerra del Pacífico 1879, en nuestro país se producía la explotación del guano y el salitre por la cual el Estado peruano obtuvo fuertes ingresos económicos junto a sus socios privados esto gracias a los recursos naturales abundantes en nuestra costa, materia prima que habría sido una de las causas de la guerra con Chile, esta actividad también repercutió de la manera nefasta en los pueblos indígenas polinesios tal como se describe en el libro titulado "Slavers in Paradise"-Esclavistas peruanos en el paraíso de la Polinesia 1862-1864, del historiador Henry Evans Maude, quien nos cuenta el triste papel de un rezago de criollos peruanos que haciéndose llamar empresarios, raptaron indígenas de estas islas, desarraigándolos de sus tierras para llevarlos a morir esclavizados en los campos de guano y salitre de los desiertos de nuestras costas. La vileza de estos "empresarios" no tenía límites con tal de hacerse ricos a cuestras de la mano obra barata de inocentes indígenas de quienes usaban su trabajo para el crecimiento económico.

En la actualidad el boom de la minería no es ajeno a la violación de derechos humanos de los pueblos indígenas y la destrucción de la biodiversidad. Un ejemplo terrorífico que dejó la minería en nuestro país, que no podemos dejar de mencionar es, el legado empresarial de la Cerro de Pasco Corporation considerada en su momento la compañía extranjera más importante en el Perú, hoy a sus casi 100 años de actividad en nuestro país, nos preguntamos ¿Qué tenemos después de la explotación minera en estas regiones? Nos han dejado personas con plomo en la sangre, muertos en vida, entonces ¿Dónde quedó el fin supremo de la sociedad, protección de la persona humana? y ¿Para qué sirvió el desarrollo económico? La respuesta es obvia.

Estas atrocidades hoy se vienen repitiendo en las tierras y territorios de los pueblos indígenas quienes no solo son contaminados, sino también asenados para ser despojados de sus tierras. Al parecer nada ha cambiado desde hace 500 años, en que la voz de Bartolomé de las Casas que reclamaba ante las autoridades de la época, que a los indígenas los dejaran vivir tranquilos para que ellos mismos decidan libremente forjar su propio destino con su alto sentido de humanidad que tienen de vivir en armonía entre el hombre y naturaleza. Los pueblos indígenas tienen sus propias

instituciones ancestrales consuetudinarias, que el Estado peruano no reconoce y menos la respeta, así, estas sean parte del convenio internacional como la 169 de la OIT que por tratarse de Derechos Humanos es parte del ordenamiento jurídico constitucional Nacional, por lo tanto, su aplicación y cumplimiento es estrictamente responsabilidad de los gobernantes de turno, pero estos simplemente ignoran su aplicación junto con los operadores de justicia.

Con el fin de garantizar los derechos humanos de los pueblos indígenas y la protección de sus tierras y territorios en el año 2010 se creó El Ministerio de Cultura, como ente rector para dictar las políticas para los pueblos indígenas mediante su viceministerio de interculturalidad, esto después de tantos ensayos que hicieron Eliane Karp y su marido el expresidente Alejandro Toledo— para justificar sus robos, creando instituciones con clichés (Conapa, INDEPA) para la defensa de los indígenas, que al final solo sirvieron para llenarle el bolsillo a sus allegados los llamados caviare, que prácticamente han vivido del sufrimiento de los pueblos indígenas y pueblo afroperuano. Pero el Ministerio de Cultura no se libró de estos personajes, que desde esa institución solo se han dedicado a hacer política partidaria parasitaria, lejos de trabajar en favor de los derechos fundamentales y derechos humanos de los pueblos indígenas a quienes hoy además de los enemigos del crimen ambiental se suma el narcotráfico, que acecha los territorios de los shipibos y otros que son usados como aeropuertos clandestinos, secuestrando a jóvenes para insertarlos como peones de la droga, matando a sus líderes y a todo aquel que se oponga a sus actividades ilícitas.

Lo mismo se repite en la Costa, donde los traficantes de tierras por ejemplo en la reserva de Chaparri, han asesinado al líder comunero José Tarrillo Astonitas. Las muertes de los líderes indígenas por defender sus tierras no tienen justicia, como siempre reina la impunidad. ¿Dónde está el Estado? ¿Dónde están los operadores de Justicia?

Ante la falta de justicia en nuestro país, lo que se debería es acudir a la justicia internacional, primero para denunciar a las autoridades por prevaricato y segundo para hacer comparecer a todos los operadores del crimen ambiental, lastimosamente, para muchos abogados, litigar en el plano internacional les resulta difícil. Un caso excepcional de un fallo a favor de una campesina dictada por la justicia internacional es de señora Máxima Acuña —quien recibió el premio Goldman— ella al no encontrar justicia en nuestro país, tuvo que acudir a la justicia internacional frente a la amenaza de la empresa minera transnacional Yanacocha que pretendía despojarla de sus tierras en Cajamarca.

Frente a estos casos, es penoso la actuación de la justicia en el Perú, respecto a la igualdad ante la ley, esto es solo "un canto de sirena", pero más lejos está la igualdad jurídica de la ley, igual trato y protección de esta y sin discriminación para todos los ciudadanos, por lo que se ve en la realidad, alcanzar este último pareciera una utopía en nuestro país, sobre todo para los pueblos indígenas.

Estos hechos son la prueba visible de que si existe una necesidad urgente para reconocer constitucionalmente a los pueblos indígenas, así como están reconocidas las comunidades campesinas y las comunidades nativas, lo cual les permita tener personería jurídica y, que el Estado tenga la obligación de que en vez de estar buscando "encajar" las normas internacionales como el de la OIT con la nacional, se dictaminen alinear todo el ordenamiento jurídico nacional con el derecho internacional en todo lo referente a los derechos humanos y derechos sobre las tierras y territorios de los pueblos indígenas u originarios. Trabajo que debe realizar el Estado peruano desde el Ministerio de Justicia junto con todos los órganos competentes esto de manera multidimensional.

4. Respuestas a las preguntas del público

4.1. ¿Cuáles son los intereses de los gobernantes de turno a realizar la violencia contra las comunidades campesinas e indígenas en caso de nuestro país en el siglo XX y ademásCuál es el futuro en el siglo XXI?

Existe una frase de André Malraux que dice: "Los ciudadanos o los pueblos no tienen las autoridades que se merecen, sino que se les parece". Lastimosamente el pueblo está eligiendo mal, hay un total desinterés por la política, solo somos solidarios vía Facebook con una foto. El gran problema de la mayoría de peruanos es la ignorancia, porque nosotros mismos nos consolidamos con muchas ideas europeas y sin embargo vamos a las comunidades y tenemos el atrevimiento de decir "ese indígena no sabe". Los indígenas saben más que nosotros, porque ellos tienen un alto sentido de humanidad, inclusive su existencia institucional es antes de la consolidación del imperio de los incas, forjando un desarrollo humano sostenible de vivir en armonía hombre y naturaleza, asimismo forjando una riqueza espiritual que les ayudó a sobrevivir en el tiempo en medio de las adversidades provocados por los fenómenos naturales a lo que ellos convirtieron en desarrollo y por otro lado ante la maldad y codicia de los hombres de otras culturas que destruyen todo por conseguir la riqueza material.

Existe otra teoría, que, cuando aparecieron las ONG ambientalistas llegaron con una gran ilusión por las maravillas naturales, pero se sabe que

ellos solo querían proteger el medio ambiente, sin indígenas. El mundo aprecia la selva, los Andes, la Costa y todas las riquezas naturales y sus diversos legados culturales de nuestro país; pero de este Edén quieren hacer su propia chacra desconociendo a los dueños ancestrales, que son los pueblos indígenas. El expresidente Ollanta Humala dijo que: "En los Andes no existen pueblos indígenas, solo en la Amazonia", o el otro expresidente Alan García refirió que: "Los indígenas son personas de tercera categoría". Estos personajes encarnan pues el sueño de los considerados segundones de la corona española tal como fueron los conquistadores Francisco Pizarro, Hernando de Soto entre otros, quienes siempre soñaron con ser señoriales para igualarse al poderoso rey, esto además de las encías que tenían de saquear nuestro país. A todo este mal, se suma el racismo que tienen por todo lo originario, creyéndose ellos de una élite de alcurnia sin reconocer que son los hijos descendientes de los segundones europeos. En cambio, existen peruanos descendientes de linaje imperial, tanto por el lado incaico, así como por la corona española ejemplo por el lado de los Borgia. Lastimosamente la gente dice muchas cosas por ignorancia y no solo es en el Perú, hace varias semanas los medios informaban un caso de racismo provocado por dos españolas que, como forma de insulto decían a una venezolana "Machu Picchu" (bis). Puede sonar mal, pero un inca, un descendiente de Huayna Cápac, dueño de Machu Picchu jamás se hubiera fijado en una chica de la plebe de cualquier reino.

Hace algunos años, cuando estaba en vida, Julio Kotler fue consultado sobre la población indígena. Decía que era un gran problema que iba a tener nuestro país entre otras cosas porque lamentablemente las ciudades del Perú, alejados de la capital y de algunas ciudades importantes, etc. No tenían las medidas suficientes y había una falta de instrucción para llevar a asumir el reto que implicaba una descentralización en todo aspecto. Por ahí va, el gran problema que aún tiene nuestro país si elegimos mal, porque la propia oferta al momento de la elección no es muy atractiva o porque no sabemos distinguir.

Una persona es más libre en la medida que más información tiene, y la información también es formación. Cuando los franceses gritaron *égalité*, *liberté* y *fraternité* sabían que nunca iban a ser iguales fraternos y libres si es que antes no se educaban todos. Eso en el ámbito peruano, desde la Constitución de Cádiz de 1812 —que el doctor Huerta ha citado— como un derecho para todos los españoles nacidos en la península y los nacidos en las Américas. Todas nuestras constituciones han reconocido a la educación como un derecho para todos, la actual también. A medida en que los peruanos sean capaces de educarse y educar mejor a los menores, se puede también desarrollar más como sociedad.

En la redacción de Cádiz tenemos a Morales y Duárez, un sanmarquino. También tenemos al único inca Dionisio Inca Yupanqui que fue educado en las Cortes españolas junto con los nobles ibéricos y cuando murió lo veneraron de una manera bastante curiosa.

Efectivamente, esta constitución estaba muy avanzada, pero no entró en vigor ni siquiera en España, Fernando VII –apenas los españoles lograron liberarlo del yugo francés– no reconoció a la Constitución de Cádiz; sin embargo, ha influido muchísimo, por ejemplo, se logra la igualdad de todos los súbditos de España, entonces lo que buscaba Bartolomé de las Casas, se dio, que tanto, los pueblos indígenas como los europeos sean iguales ante la corona que era la ley.

¿Cuál es la idea que quiere demostrar Alan García en su libro “Pizarro, el Rey de la baraja”? La mayoría de conquistadores buscaban crear su propio reino fuera de la corona española. Si nos damos cuenta, los peruanos tienen eso; por más analfabetos que sean, quieren ser presidente o tener algún cargo para tener poder, ya que sin ello no valen nada. Y cuando llegan lo hacen mal. Una cosa es el ímpetu y otra es llegar al cargo preparado para gobernar y servir correctamente al pueblo.

4.2 ¿Es necesaria una Asamblea Constituyente para reconocer un nuevo pacto social a todos los pueblos originarios?

Un pacto social no puede ser un pacto ideológico como pretenden muchos analfabetos políticos actualmente. Primero, para que una persona pueda contradecir algo tiene que saber de qué se trata, en este caso mucha gente no sabe cuántos artículos tiene la constitución política. Muchos de estos pseudo izquierdistas no han leído a Marx y Engels, menos el libro rojo de Mao. Siempre están hablando del capítulo económico superfluamente porque ninguno de estos ha sido formado filosóficamente, sino simple paporrereros, pero ninguno habla sobre el artículo 66 de la Constitución Política que les permite a las empresas extractivas transnacionales las concesiones mineras y forestales, estos están destruyendo la biodiversidad y los pueblos indígenas.

A estas empresas de dudosa reputación, que no cuentan con los estudios de impacto ambiental con estándar internacional o planes de acción que ayuden a mitigar los daños ambientales el Estado les da títulos de propiedad, títulos de posición entre otros que les garantice una seguridad jurídica sobre las tierras comunales, mientras que los pueblos indígenas por años esperan la titulación de sus tierras; Un personaje extranjero viene, busca un testaferro para que se haga de una concesión forestal o minera de miles de hectáreas, luego por lo bajo negocia y reparte parcelas a grupos de la

minería informal y la tala ilegal informal destruyendo la biodiversidad sin que el Estado lo supervise.

La izquierda y derecha no tienen una filosofía, y, por lo tanto, es un espacio para gente miserable como Alejandro Toledo, Ollanta Humala, que llegaron al poder con esa bandera. Pero al final han sido como hoy la justicia los acusa, delincuentes.

El Perú no necesita una nueva constitución, ya han existido 12 constituciones precedentes y ninguna ha innovado, se ha copiado mucho, y la actual es una constitución bastante perfectible, como toda ley, como toda creación humana, hay que reformarla no cambiar de Constitución.

Aprendamos de los mexicanos, que en el 2017 celebraban con mucho orgullo e ímpetu el centenario de su Constitución, la Constitución de Querétaro 1917. Pero su constitución tiene más de cien reformas, si es que la leyeran los constituyentes de Querétaro no la reconocerían, pero es que el México de 1917 no es el México de 2017 y el de hoy. El Perú del 2023 no es el mismo que el de 1993, nuestra Constitución tiene treinta años y tiene treinta reformas y deberá tener más.

El Perú, como todos, cambia a través del tiempo, por tanto, corresponde actualizar y refundar nuestro país dentro del Estado de Derecho y el imperio de la ley. Esta suerte de refundaciones que se ha tenido, lo único que ha conseguido en muchos aspectos es dividirnos más. Hay que mejorar algunos puntos, uno de ellos sería justamente al artículo 66 que ha mencionado por el Dr. Huerta, hay que reformarlo para esclarecer la propiedad privada no solamente del territorio, sino también de los recursos al estilo mexicano. Eso podrá resolver mejor la situación de muchas comunidades, en especial aquellas que realmente los sean. Porque –como también lo sabe el señor Huerta– hay muchos improvisados e interesados que acuden como si fueran parte de comunidades, especialmente cuando son informados de que debajo hay recursos naturales, pero que nunca antes ocupaban estos lugares. Y no son indígenas, si no son foráneos que se mimetizan como indígenas.

En las grandes negociaciones, en Apurímac –en el tema de las bambas– aparecieron unos señores haciéndose pasar por indígenas y eran extorsionadores, la policía los detuvo. Eso pasa a nivel nacional, lastimosamente el Estado, carece de operadores que conozcan la realidad sociopolítica, sociológica y antropológica de nuestros pueblos, y muchos abogados –como usted sabrá Dr. Urbina – siempre están en contra, de que los pueblos indígenas sean dueños por ejemplo de los recursos del subsuelo. Muchos tienen miedo a la autodeterminación, pero cuando se habla de autodeterminación

en este concepto moderno que planteo, es sin secesión, sin romper la unidad del Estado consagrado en el artículo 54. de la Constitución vigente. Lo que se quiere dar, es una autonomía administrativa, una autonomía económica regida bajo su institucionalidad ancestral consuetudinaria pero siempre bajo la supervisión del Estado.

Todo tiene que partir del desarrollo humano, lógicamente no se puede negar que el crecimiento económico es bueno, pero los países que hoy se llaman potencias, primero pensaron en el desarrollo humano. Mientras que el Perú se ha quedado en una fase extractivista, los presidentes que han llegado han sido miserables, no han tratado de inmolarse como un Papa, para decir "yo llego a este cargo y voy a quedar para la historia" y ser recordado como héroe o precursor del desarrollo de los pueblos, y no por la corrupción. Lastimosamente la corrupción está enrostrada en los mismos ciudadanos de a pie a la hora de ir a votar en las elecciones, porque siempre estamos eligiendo alternando entre la corrupción y la incapacidad.

Efectivamente, la concepción moderna de autodeterminación implica necesariamente una secesión, pero el artículo 89 habla de autonomía administrativa, de autonomía económica, tal vez hay que desarrollarlo más. Lo que sé desea hablar de una autodeterminación sin romper la unidad del Estado, el artículo 54. No se quiere dividir al Perú, lo que se quiere evitar, es que en el futuro –como ya se está haciendo– aparezcan grupos de intereses políticos, intereses económicos que quieran dividir a nuestro país.

En su momento lo que hicieron en Europa, frente a la amenaza independentista de los vascos y los afrancesados de Cataluña. ¿Que hizo Franco? tomó medidas pragmáticas acertadas de políticas públicas, potenció de manera industrial a estos pueblos mediante la inyección económica, todavía –debe haber gente que se queja– que se da más por el lado cultural, porque también ellos creen pertenecer a los pueblos históricos de España y por lo tanto requieren de un trato diferenciado frente a los demás españoles.

En nuestro país el Señor Aduviri, el año 2011 comienza una cruzada con los ponchos rojos buscando cohesionar a los aimaras de la parte de Chile, Argentina, Bolivia y Perú para fundar la nueva nación aimara. Lo que no se sabes es, bajo que concepto quiere cohesionar a esta cultura, y también cabe advertir en la historia que el supuesto resentimiento de los aimaras, no empieza por la falta de igualdad, sino que esta viene, de la disputa que ocurrió entre Túpac Katari (dios sol) y Túpac Amaru(Cristiano), en plena guerra de reconquista del Tahuantinsuyo (aimaras y quechuas), finalmente esa guerra la ganó la supremacía de la lengua española y la religión católica o el cristianismo.

El rol de las sentencias del Tribunal Constitucional en el Estado social y democrático de derecho*

Jhoni Shang Castilla Colquehuanca**
Universidad Nacional del Altiplano

RESUMEN: Este trabajo se ocupa de dar cuenta de la importancia del papel fundamental que cumplen hoy en día las sentencias del Tribunal Constitucional, en el actual Estado Social y Democrático de Derecho, claro está, bajo el manto de lo que llamamos la filosofía o teoría de “lo constitucional”; a la vez, este espacio de estudio tiene como cometido poner de relieve el impacto que tienen dichos fallos no sólo en el campo jurídico, sino en la sociedad en general, por lo que, la reflexión sobre dicho aspecto es de muchísimo interés tanto académico como práctico.

PALABRAS CLAVE: lo constitucional, constitución como norma jurídica, rol de las sentencias del tribunal constitucional.

SUMARIO: 1. Introducción / 2. La concepción normativa de la Constitución (la tesis central del constitucionalismo contemporáneo) / 3. Del constitucionalismo a la filosofía o teoría de “lo constitucional” / 4. Tribunal Constitucional y Estado Social y Democrático de Derecho / 5. Los roles de las sentencias del Tribunal Constitucional en el Estado Social y Democrático de Derecho / 6. Conclusión / 7. Referencias bibliográficas.

* Escrito académico para el Curso Especializado en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional y Curso Práctico en análisis de sentencias del Tribunal Constitucional, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 15 al 18 de mayo del 2023.

** Posdoctorando por la Universidad de Bolonia de Italia; Doctor en Derecho, Magister en Derecho Constitucional y Derechos Humanos y estudios de segunda especialización en Función Jurisdiccional y Procesal por la Universidad Nacional del Altiplano (UNA) de Perú; Título de Especialización en Justicia Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad de Bolonia de Italia; Candidato a Magister en Derecho Procesal por la Universidad Nacional del Rosario de la Argentina; docente ordinario en pre y posgrado en la UNA; correo personal: jhon_new18@hotmail.com; correo institucional: jscastilla@unap.edu.pe

1. Introducción

Si revisamos las diferentes realidades jurídicas de los distintos países, advertiremos que, y sin lugar a dudas, la mayoría de los mismos, cuando no –o, casi– la totalidad de los mismos, adscriben al modelo del Estado Social y Democrático de Derecho, Estado Democrático de Derecho o también llamado Estado Constitucional, con algún que otro matiz; quizá porque no se ha encontrado, hasta el momento, una fórmula jurídica-política que mejor conglomere –o que, por lo menos, lo haga de manera dúctil– la complejidad de las exigencias, necesidades o intereses (por demás, variopintos) que hay en la sociedad contemporánea, producto del vertiginoso avance de la tecnología y el impacto de globalización (en sus distintas manifestaciones).

Es importante destacar que el cambio del paradigma del Estado de Derecho al Estado Social y Democrático de Derecho o Estado Constitucional, constituyó una de las más grandes revoluciones prácticas y teóricas que, a todo nivel, ha experimentado el Derecho en su historia, tanto más si reparamos en las consecuencias que esto ha significado en el mundo jurídico e, incluso, en lo social, en general.

Y es que, entre otras cosas, dicho fenómeno jurídico ha significado el cambio del principal protagonista en el Derecho (cuando no también, en la sociedad), que otrora era el legislador y ahora es el juez, con lo cual me remito al provocativo título del artículo que escribieran los profesores Mario Chaumet y Andrea Meroni, el cual intitulado como “Es el Derecho un juego de los jueces”¹; ello, para syndicar el delicado papel que hoy en día cumplen los jueces, en particular, el juez constitucional (dentro del cual, desde luego está el Tribunal Constitucional), pues como dijo Peter Haberle, el Derecho es lo que los jueces dicen que es, y, nosotros aumentamos, y no dicen los jueces sino a través de sus sentencias.

Por tal razón es crucial cavilar sobre el fundamento que ha dado lugar a ello, al tiempo de enfocarnos en el instrumento o producto y la entidad a la que se le ha encargado, en la contemporaneidad, según dicho cambio, tan encomiable y delicada labor; de ahí que, sea conveniente, por demás, reparar sobre dicha labor, papel o rol.

2. La concepción normativa de la Constitución (la tesis central del constitucionalismo contemporáneo)

Ya en varios espacios de estudio o académicos, hemos afirmado de manera categórica que –y, claro está, como producto de investigación realizada de

¹ CHAUMET, M. E. y MERONI, A. A. ¿Es el derecho un juego de los jueces?, Revista Jurídica Argentina La Ley / Número: (Reviste (serie)) / Derecho Constitucional (Rosario: s/e, s/a).

nuestra parte- hemos podido advertir la razón fundamental por la cual toda la teoría y práctica del Derecho del siglo XIX y XX ha cambiado, ha dado un giro, o bien que ha entrado en un proceso de reingeniería, dando lugar a la teoría contemporánea del Derecho, esto es, así llamado nuevo constitucionalismo, el que, en palabras del maestro argentino Alejandro Amaya², constituye parte de una realidad que ha provocado un cambio en la concepción del derecho, generando una transformación en el plano de las fuentes que se manifiesta en la pérdida de la centralidad de la ley y de las reglas, sustituyéndose (nosotros precisamos que no es tanto que se sustituyan, como cuanto sí que se vean o complementados o subordinados -en éste último caso, cuando se trata de normas-principios constitucionales, como son, verbigracia, los derechos fundamentales-) por el papel que adquirieron los principios, los cuales pasaron a funcionar como mandatos vinculantes con operatividad directa. Sobre dicho cambio, ya daremos cuenta de manera breve, desde luego, en tanto no es objeto del presente ahondar al respecto.

Pues bien, aseveramos que dicho viro ha sido generado, precisamente, por el cambio del concepto de Constitución, esto es, ir de entenderla o concebirla como una norma-fuente (conceptualización débil o lata de la Constitución como norma jurídica) a comprenderla como una verdadera o genuina norma jurídica (concepción fuerte o estricta de la Constitución como norma jurídica), esto es, como una verdadera realidad normativa, en oposición a una mera realidad normativa-formal-política, que es como se la veía según la referida primera concepción.

Estas concepciones se corresponden: a entender la Constitución como un mero documento político declarativo de derechos, por lo que, aquella requiere de leyes intermedias para su aplicación o de normas programáticas para su desarrollo, etc.; y, concebirla como una norma jurídica senso estricto. Aquí debe hacerse la primera advertencia; de lo dicho, no debe concluirse que la Constitución deje de ser un documento político o que pierda su naturaleza política (en tanto siempre habrá de remitirse o regular el poder), porque sí que posee dicha cualidad, sino que, a la misma se le agrega dicha dimensión conceptual de que, eventualmente, la Constitución no se queda en dicho plano y debe ser luego relegada (como si se la dejara en el ático, sótano, desván, etc.), sino que la misma es, además, un tipo de norma jurídica del ordenamiento jurídico, por lo que, se la puede aplicar directamente para resolver casos (que, evidentemente, sean de tal relevancia o de su cometido o previsión), también.

2 AMAYA, J. A., El debate sobre la última palabra: un complejo equilibrio entre identidades constitucionales y diplomacia judicial, Revista de Estudios Jurídicos n.º 19/2019 (Segunda Época) (Jaén: Universidad de Jaén, 2019, p. 50).

Al respecto, el maestro italiano Giuseppe De Vergottini, partiendo de la premisa de la dificultad y discusión (en la medida que importa aspectos no sólo jurídicos, sino de todo el orden estatal) sobre el concepto de “Constitución”, expresa que, en general, se ha desarrollado una noción deontológica de la Constitución (en cuanto modelo ideal de organización estatal), una noción sociológica-fenomenológica (en cuanto modo de ser del Estado), una noción política (en cuanto organización basada sobre determinados principios de orientación política) y, finalmente, una noción jurídica; siendo que, ésta última se identifica con el ordenamiento estatal o, de modo más estricto, con la norma primaria sobre la que se funda tal ordenamiento³.

Ahora bien, consciente o inconscientemente, el haber generado la concepción de la Constitución como norma jurídica, hizo que todo el Derecho empezara a ser remecido, debido a que: i) cuando se reflexionó sobre la concepción de la Constitución, y se concluyó que la misma debía ser una norma, de superfluo, se cuestionó qué tipo de norma jurídica debía ser, y, claramente, la misma no podía ser considerada sin más ni más como las normas jurídicas ordinarias o normas-regla, es decir, como una regla jurídica, habida cuenta de la especial textura de sus disposiciones y contenidos, por lo que, se llegó a la síntesis de que la prima norma debía ser entendida como una norma especial, por sus particularísimas características, es decir, como norma-principio, conforme a los trabajos o aportes tanto de Dworkin⁴ y Alexy⁵; aún más, que la misma, siendo la norma fundante y por su complejidad, debía ser la norma más importante del ordenamiento jurídico (al respecto sostenemos que hay una triple fundamentalidad de la Constitución), y que vincula tanto en forma como en contenido a todas las normas jurídicas al interior de éste último, lo cual de suyo trajo en encadena una serie de repercusiones en todo el Derecho, como veremos a grosso modo; ii) en efecto, si bien miramos, ello generó que haya un cambio en la teoría de la norma jurídica (en tanto no todas las normas tienen supuestos de hecho cerrados, definidos, precisos o exactos, o sea, no todas las normas son normas-reglas) como en la teoría del ordenamiento jurídico, en el cual ahora ya no sólo existen normas-reglas, sino que en el mismo está integrado por dos tipos de normas jurídicas, es decir, las normas-regla y las normas-principios (como ha afirmado Barberis⁶, hoy en día ya no se discute que en el ordenamiento jurídico existen dos tipos de normas jurídicas); iii) asimismo, cambió la teoría de la interpretación jurídica, ya que los métodos

3 DE VERGOTTINI, G., *Derecho Constitucional Comparado*, trad. Herrera, C., (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2014, p. 110).

4 Vid: DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, 2º ed., trad. Guastavino, M., (Barcelona: Editorial Ariel S. A., 1989).

5 Vid: ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1998).

6 Vid: BARBERIS, M., *Introducción al estudio del derecho*, (Lima: Palestra Editores, 2015).

clásicos de interpretación (como son los métodos: histórico-sistemático, literal, lógico, teleológico) y la misma teoría de la interpretación jurídica (formalismo interpretativista o escepticismo interpretativista) manejada ya no son suficientes, por cuanto no responden o no articulan con las normas-principios, las cuales requieren una particular teoría de la interpretación jurídica (una interpretación más activan, se interpreta para construir la norma, sobre todo en la interpretación constitucional -dentro de esta, la interpretación evolutiva-), así como nuevos métodos o principios de interpretación (interpretación conforme, concordancia práctica, unidad de la Constitución, etc.) para dichos tipos de normas jurídicas, siendo que, los principios no sólo están en la Constitución sino en muchos otros cuerpos normativos (por ejemplo en los títulos preliminares), lo cual hace que todo lo indicado se traslade al entero ordenamiento jurídico.

No sólo en esos aspectos, puesto que: iv) de igual forma, cambió la teoría del razonamiento jurídico que, en atención al sistema de reglas jurídicas o normas-reglas, era exclusivamente el de la lógica jurídica o razonamiento jurídico formal que, por tanto, opera con el esquema de razonamiento llamado silogismo jurídico; dicha teoría del razonamiento jurídico incluye hoy en día también al razonamiento jurídico no formal (material o pragmático); v) lo propio ocurre con la teoría de las fuentes del Derecho, puesto que, en la actualidad, no sólo el legislador crea Derecho, sino también el juez (constitucional, y dentro de este, en especial el Tribunal Constitucional), lo que puede ocurrir de dos maneras, en primer lugar, mediante los precedentes vinculantes constitucionales, y, en segundo lugar, mediante interpretación jurídica, en tanto se considera que las normas jurídicas no son productos acabados sino por acabar, en este último encontramos el gran tema de la diferencia entre disposición (texto escrito de la ley o fórmula textual) y norma jurídica (texto escrito de la ley interpretado); vi) así también, el hecho de que la Constitución sea considerada como una verdadera norma jurídica, supuso su reclamo como la norma que está por encima y como fundamento de todas las normas, lo que trajo consigo el “principio de constitucionalidad” preeminente al principio de legalidad, por lo cual, se gestó el paradigma del Estado Constitucional, como la mejor forma de organización jurídica y política de las sociedades contemporáneas; etc., entre otros.

Como queda demostrado, tal reconceptualización de la Constitución, si bien pudo nacer en el seno del Derecho Constitucional o como preocupación de este, en tanto la Constitución es su objeto de estudio, sin embargo, tal fenómeno jurídico terminó desbordando los confines o cánones del Derecho Constitucional, tanto más si reparamos en que el Derecho (en una

concepción mínima, como dice Prieto Sanchis⁷⁾ es ordenamiento jurídico o sistema jurídico, por lo que, no es que cuando se cambia algo en el sistema cambia solo ese algo, cambia todo, justamente, porque se trata de un sistema. Esto es pues, en definitiva, el fenómeno de constitucionalización del Derecho. No obstante, debemos hacer aquí la segunda advertencia, o sea, que lo sostenido, de ninguna manera, implica que se disuelvan las reglas o que lo constitucional diluya lo ordinario, en absoluto; sino que, simplemente, hoy el Derecho trata de mostrarse dúctil a fin de poder responder de manera más eficiente y eficaz a las exigencias de la realidad que siempre es cambiante y dialógica, lo cual se logra tanto con normas-reglas como con normas-principios (a lo que nosotros hemos llamado la tesis de la exactitud e inexactitud jurídica o del Derecho). Así, una correcta lectura de lo apuntado, es comprender que el principio de legalidad no ha desaparecido, sino que o el mismo resulta insuficiente, de cara a ciertos casos, o el mismo es intervenido si hay algún asunto de relevancia constitucional, a cuya no verificación el mismo rige plenamente en todo el ordenamiento jurídico.

Tan importante es el tema de la concepción normativa de la Constitución, que incluso ya se había dicho que: “De esa preservación y reforzamiento de la fuerza normativa de la Constitución que a todos nos incumbe y de su presupuesto básico, la <<voluntad de Constitución>>, dependerá el que cuestiones de nuestro futuro político sean cuestiones de poder o cuestiones de Derecho.”

3. Del constitucionalismo a la filosofía o teoría de “lo constitucional”

Como sabemos el movimiento que ha sustentado o reflexionado que la mejor forma de organizar el poder y la sociedad en un Estado es mediante la dación de una Constitución escrita es el constitucionalismo; sin embargo, dentro de la historia del constitucionalismo en general hay dos variantes, al menos en los países de la tradición romano-germánica o del civil law. Estos son: el constitucionalismo del Estado de Derecho (constitucionalismo débil, llama Bayón⁸⁾; y, el constitucionalismo del Estado Constitucional (constitucionalismo fuerte, nuevamente, según Bayón⁹⁾ o constitucionalismo contemporáneo. Esto es así, es decir, que es importante revisar estos constitucionalismos, en la medida de que como bien se ha indicado, la intensidad de la concepción normativa o de la fuerza normativa de la Constitución, varía como consecuencia de diferentes factores -por ejemplo,

7 Vid: PRIETO SANCHIS, L., Apuntes de teoría del derecho, (España: Editorial Trotta, 2011).

8 BAYÓN, J. C., <<Derechos, democracia y constitución>>, en Discusiones: Derechos y Justicia Constitucional, núm. 1 (2000), Alicante: 2008, recuperado de: <https://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcg4551>

9 Ídem.

históricos, políticos, sociales, culturales, económicos, etc.¹⁰

Retomando, entonces, cada uno de dichos constitucionalismos están pre-fijados por una teoría o filosofía del Derecho, que plantean diferentes tesis para responder a todos los problemas del Derecho, sean genéricos que particulares. Siendo así, la concepción de Constitución que se ha tenido en dichos constitucionalismos ha sido diferente.

En el primer caso, en el constitucionalismo débil se comprende a la Constitución como un documento político, meramente declarativo de derechos y que constituye una norma fuente, en la medida que su rol fundamental es ordenar y organizar, al tiempo de limitar, el poder y la sociedad en el Estado, estableciendo una serie de garantías en favor del ahora libre o ciudadano, en un Estado de Derecho, que es el estado bajo el gobierno del imperio de la ley, por lo que, todo está por debajo de la ley y todo se hace a través de la ley, entretanto, la Constitución queda relegada, habida cuenta del legiscentrismo o paradigma de la ley que rige.

Aquí muy bien podemos evocar el fenómeno de la deconstitucionalización a la que hace referencia Sagüés, quien señala que la acepción de «desconstitucionalizar», entendida como ceñir la constitución a un conjunto de «reglas de organización», relativas a la erección y funcionamiento de los poderes del Estado, quitándole la «parte dogmática» y reduciendo a la ley suprema, en verdad, a un code de procédure constitutionnel, o código de procedimientos de la operatividad de los órganos de gobierno¹¹.

A esta variante de constitucionalismo, muy bien, se le ha entendida (a decir de Comanducci¹²), por lo descrito, como una filosofía política, en tanto importo reflexión teórica sobre el cómo debe ser organizado e institucionalizado el poder en las sociedades.

En el segundo tipo de constitucionalismo, esto es, el constitucionalismo fuerte o contemporáneo, más bien, la Constitución es comprendida, ya no como en el caso anterior como una ley formal o norma formal delimitadora del poder y que consagra su organización en la sociedad, sino es comprendida como verdadera norma jurídica, como una verdadera realidad normativa, consecuentemente, propugnadora de un Estado Constitucional, regido, precisamente, por el principio de constitucionalidad, por cuanto y en tanto el paradigma aquí es la Constitución, a la cual ahora se someten

10 SCARCIGLIA, R., Introducción al Derecho Constitucional Comparado, trad. Ruiz Ruiz, J. J., (Madrid: Librería-Editorial Dykinson, 2011, p. 139).

11 SAGÜÉS, N. P., El concepto de <<desconstitucionalización>>, en Derecho PUCP, núm. 61, Lima, 2008, pp. 399-412.

12 COMANDUCCI, P., Democracia, Derechos e Interpretación Jurídica - Ensayos de Teoría Analítica del Derecho, 1º ed., (Lima: ARA Editores, 2010, p. 248).

todos los poderes de la sociedad y la sociedad misma, puesto que es el gobierno bajo el imperio de la Constitución, como ya habíamos apuntado.

De tal suerte que, la Constitución comprendida como norma jurídica, vincula no solo formalmente, sino materialmente a todo el entero ordenamiento jurídico, ergo, es de obligatoria observación por todas las ramas del Derecho, de ahí que se haya hablado de la constitucionalización del Derecho. Esto no debe preocupar a las demás ramas del Derecho, por cuanto sólo significa, en una recta comprensión, que aquellas siguen trabajando como siempre, bajo toda la normativa, doctrina y jurisprudencia, siempre que no haya ninguna cuestión de relevancia constitucional, de ninguna manera quiere decir que aquellas se diluyen o desaparezcan, por cuanto la Constitución como norma general no puede regular de manera idónea todas y cada una de las situaciones jurídicas o hechos jurídicos de los que se ocupa el Derecho, según el tipo de relación social de la que se trate.

Con lo recientemente señalado y lo antedicho (esto es, el impacto que generó en todo el Derecho), se observa nítidamente que, esta variante de constitucionalismo (aún sin proponérselo) terminó (por fuerza o influjo de su inercia) erigiéndose como una teoría general del Derecho, a diferencia del anterior constitucionalismo que, únicamente, se quedó en una filosofía sobre el poder o filosofía política.

De este modo, se aprecia que, la Constitución constituye el modelo, arquetipo, marco de forma y fondo, el punto central, de hoy en día en toda sociedad, pues no solo todo debe estar en concordancia con o debe ser conforme a la Constitución, sino que todo se debe hacer y construir a partir de la ella; de aquí que, se concluya que aquella constituya el paradigma (término que, también se puede emplear en el mundo de las ciencias sociales) del mundo de lo humano en la segunda parte de la contemporaneidad. Si revisamos las diferentes teorías jurídicas de nuestro tiempo, nos daremos cuenta que todas inciden o se refieren (de un modo u otro, desde sus perspectivas) a la Constitución, empero no sólo a la misma sino a todo lo que de suyo importa, esto es, a lo que llamamos la teoría o filosofía de “lo constitucional”, puesto que no sólo es la Constitución, sino todo lo que es circundante a la misma, es decir, el bloque de constitucionalidad, la teoría jurídica o filosofía (constitucional y, en general), el bloque de convencionalidad, los precedentes constitucionales, etc. Hemos dicho una “filosofía de lo constitucional”, lo que es un tema amplísimo y no es objeto del presente; sin embargo, sí que habrá de decirse algo al respecto.

Como señala Julián Marías¹³ en su clásica obra de filosofía, ésta última es

13 MARÍAS, J., Historia de la filosofía, 32º ed., (Madrid: Revista de Occidente, 1980, p. 1).

conceptualizada en dos sentidos: por un lado, se la explicita como una ciencia y, por otra parte, como un modo de vida. Se dice que la palabra filósofo ha envuelto en sí las dos significaciones distintas del hombre que posee un cierto saber y del hombre que vive y se comporta de un modo peculiar. Así, se concluye en la existencia de una filosofía como ciencia y una filosofía como modo de vida, como dos maneras de entenderla que han alternado y a veces hasta convivido mutuamente, según determinados momentos o vigencia de pensamientos. Se evoca que, desde los comienzos, en la filosofía griega, se ha hablado siempre de una cierta vida teórica, y al mismo tiempo todo ha sido un saber, una especulación. Por ello, se sostiene que, es necesario comprender la filosofía de modo que en la idea que de ella tengamos quepan, a la vez, las dos cosas, ya que ambas son, en definitiva, verdaderas, puesto que han constituido la realidad filosófica misma, lo que, decanta en la plenitud de su sentido y la razón de esa dualidad en la visión total de esa realidad filosófica, esto es, en la historia de la filosofía.

No obstante, se sostiene que hay varias concepciones sobre filosofía: como saber de saberes, es decir, como un meta discurso sobre los discursos de las diferentes ramas del conocimiento o ciencias particulares, de tal manera que, la filosofía permite generalizar afirmaciones de ciencias particulares y aplicarlas a ámbitos más generales; como concepción general del mundo, es decir, como saber absoluto y general acerca del mundo, comprendida por un nivel de ideas y creencias de las personas por el proceso de socialización, y un nivel de filosofía académica o profesional, que somete a revisión por la razón de dichas concepciones generales que tiene la gente de manera inconsciente; concepción positivista de la filosofía, son concepciones positivistas en tanto toman a la ciencia como modelo de todo conocimiento; como análisis del lenguaje, que considera que la filosofía no tiene un contenido substantivo propio sino que es una actividad consistente en la calificación conceptual del lenguaje o análisis del mismo, de tal manera que tiene como finalidad la clarificación de los conceptos filosóficos y científicos; como historia de la filosofía, que contempla a la filosofía como el conjunto de problemas de los que históricamente se han ocupado los filósofos, así como las soluciones (o intentos de solución) que se han propuesto para tratar de resolver tales problemas; concepción postmoderna de la filosofía, la cual indica que la filosofía no puede ofrecer un saber substantivo acerca del mundo, pues conceptos como verdad, entre otros, no tienen un valor objetivo, en tanto han sido cambiantes en la historia dependiendo de la cultura, sociedades y momentos, por lo cual, lo más que se puede hacer es tratar de persuadir y convencer a los demás de nuestros puntos de vista, sin pretender llegar a demostraciones válidas para todos, aceptando que los distintos puntos de vista pueden ser igualmente válidos; como sabiduría práctica, que sustenta que la filosofía no debe ser un mero saber teórico,

sino que, la finalidad fundamental de la reflexión filosófica es la de dotar al ser humano de un conjunto de ideas y principios que le permitan afrontar las dificultades con las que a menudo tropieza en la vida, esto es, como sabiduría para la vida; como crítica de la cultura, por la que la tarea principal de la filosofía ha de ser el análisis crítico de la sociedad y la cultura para poner de manifiesto una serie de condicionantes socioculturales, prejuicios, etc.. que, aunque muchas veces no son conscientemente conocidos por la mayoría de las personas, influyen decisivamente en nuestra forma de pensar, sentir y actuar.

Como vimos, sin perjuicio de la variedad de acepciones que existen sobre las concepciones de la filosofía, podemos advertir que hay un hilo conductor común entre todas que hace que no sean excluyentes, sino que, incluso puedan articular; ese punto de coincidencia es el de la “predisposición al conocimiento” y la explicación del mundo natural y del mundo de lo humano, esto es, de la realidad, de tal manera que podamos actuar en la misma.

Pues bien, así entendida la filosofía en general, conviene indicar sobre la filosofía en particular del Derecho. Ésta es comprendida como la disciplina jurídica avocada al estudio de los fundamentos en que se sustenta una forma de comprender el Derecho, esto es, la “predisposición al conocimiento del Derecho” (sentido de conocimiento en que se conoce o conceptualiza la abstracción -sentido de conocimiento-), este último, a su vez, en tanto y en cuanto explicación de la porción de realidad de la que se ocupa (sentido en que se conoce o conceptualiza la realidad -sentido de concepto-). Claramente hay una estrecha vinculación de ambas en forma de reenvío, pues dígase a este respecto la regla gnoseológica: “sólo hay realidad que se conoce, así como sólo hay conocimiento de la realidad”. De aquí se sigue que, debemos revisar la forma en que se comprende o en que se fundamenta el Derecho en la actualidad, el cual, siguiendo lo esgrimido, es necesariamente producto de las exigencias de la realidad, puesto que solo se abstrae la realidad, como la realidad solo puede ser comprendida por el conocimiento.

Así, pues, no hay duda alguna de que, hoy en día, en el centro del discurso de toda la teoría contemporánea del Derecho se encuentra la Constitución y todo lo circundante a la misma (como son el así llamado bloque de constitucionalidad y los tratados internacionales, a los que ya se les suele llamar también el bloque de convencionalidad, así como las diferentes tesis o postulados desarrollados a partir de su re conceptualización como verdadera norma jurídica), esto es, que la forma de comprender o entender el Derecho no es sino a partir de la Constitución y lo que rodea a la misma; de ahí que, nosotros sostengamos que hoy vivimos en lo que llamamos, un tanto arbitrariamente en cuanto al uso o designación de la expresión mis-

ma cuando no así a su fundamentación, la “filosofía de lo constitucional” o “lo constitucional”, la razón de ello es porque si revisamos las diferentes teorías del Derecho que hay o, los diferentes trabajos teórico y filosóficos del Derecho actuales, todo, sin excepción, ponen el acento en la Constitución y todo lo que rodea a la misma, es decir, no sólo la Constitución, sino también lo otro que mencionamos, por lo que, no indicamos la filosofía de la “Constitución” sino de lo “lo constitucional”, pues no sólo es la Constitución sino también sus agregados y demás.

En mundo tan plural, en el que la sociedad es consciente de la diversidad de intereses, era necesario recurrir a un argumento mayor al de la ley para poder lograr la unidad de la misma, y ese instrumento lo constituye la Constitución y lo circundante a la misma, es decir, y nuevamente, “lo constitucional”.

4. Tribunal Constitucional y Estado Social y Democrático de Derecho

4.1. Tribunal Constitucional

En este espacio no es posible hacer todo un recuento histórico sobre la figura del Tribunal Constitucional, como lo desarrollado por ejemplo por el profesor español García De Enterría (en su libro clásico¹⁴), que iría desde revisar la figura de judicial review la teoría de la división de poderes norteamericana (fundamentalmente lo planteado por los padres de la patria, esto es, Hamilton, Jay y Madison), pasando por el tema de la justicia constitucional en Europa y su teoría de la división de poderes, hasta llegar a describir la consolidación del mismo en Latinoamérica y, además, en nuestro país. Por tal razón, y para ser ágiles y abreviar, sólo enfatizaremos en algunos puntos de los mencionados y otros, empero, de modo puntual o somero.

Como hemos visto, una vez centrada la constitución, en tanto norma jurídica, como la entidad jurídica en el centro de la sociedad misma, además, del entero ordenamiento jurídico, así como todo lo que la circunda, según ya vimos, y su correspondiente teoría o filosofía de “lo constitucional”, surgió la cuestión de saber quién debe encargarse ahora de la defensa y cumplimiento de dicha norma jurídica tan especial. Como sabemos, al respecto se dio la gran discusión entre Hans Kelsen¹⁵ y Carl Schmitt¹⁶, de data ya

14 Vid: GARCÍA DE ENTERRÍA, E., La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, 3º ed., (Madrid: Editorial Civitas S.A., 1985).

15 Vid: KELSEN, H., La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional), 1º ed., trad. Tamayo y Salmorán, J., (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001).

16 Vid: SCHMITT, C., La defensa de la Constitución, trad. Sánchez Sarto, M., (Madrid: Editorial Tecnos, 1983).

antigua, donde el primero sostenía que quien debía ser el garante de la constitución era un cuarto órgano y que era técnico, en tanto que el segundo fundamentaba que, más bien, debía ser un órgano político el que debía encargarse de dicho cometido; al respecto, se podría afirmar, al menos fácticamente, que aparentemente habría ganado Kelsen, quien sostenía que el defensor o garante, una vez, de la constitución, debía ser un órgano técnico jurídico, es decir, el Tribunal de Garantías hoy Tribunal Constitucional.

Kelsen explicaba que la función de dicho Tribunal era garantizar el principio de regularidad del Derecho: lo cual implicaba que, en principio la Constitución era una norma jurídica, empero no en un sentido fuerte o material, de manera que la Constitución no se podía aplicar de manera directa, sino que las leyes que estaban debajo de ella debían ser o creadas o producidas, o una aplicación o ejecución, de la misma, y así hasta llegar hasta el acto normativo más concreto (señala en esa graduación, por ejemplo, que el acto administrativo es creación o aplicación del reglamento, éste, a su vez, es de la ley, como ésta última lo es de la Constitución). La regularidad, así, consistía entonces en que las normas inferiores encontraban sus fundamentos y validez en las normas superiores hasta llegar a la Constitución.

Continuando, entonces, como vimos, y que además ya lo había adelantado Otto Bachof en su obra poder del juez y la constitución, el juez constitucional se fue mostrando más preeminente al legislador, en la medida que fue creciendo los poderes del juez fue decreciendo o cediendo un tanto la imagen del legislador¹⁷.

4.2. Estado Social y Democrático de Derecho

Nuestro Estado peruano, a través de la Constitución Política de 1993 (conforme a los artículos 43 y 3 de dicho cuerpo normativo), define el tipo y forma de gobierno que tenemos, desde que, formalmente asume las características básicas del Estado Social y democrático de Derecho, es decir, se sustenta en los principios esenciales de soberanía popular, distribución o reconocimiento sustantivo de los derechos fundamentales, separación o independencia de las funciones supremas del Estado y supervisión constitucional; siendo que, además, de dichos principios se deriva la igualdad ante la ley y el necesario reconocimiento de que el desarrollo del país se realiza en el marco de una economía social de mercado.

Al respecto, es conveniente precisar que, los conceptos de Estado Social y Democrático de Derecho o Estado Democrático de Derecho o Estado Constitucional, en modo alguno, son conceptos equiparables, para lo cual

¹⁷ BACHOF, O., El poder del Juez y la Constitución - seguido de otros escritos, trad. Ruiz Miguel, C., 1º ed., (Lima: Palestra Editores, 2021, pp. 68).

recomendamos (por la premura) revisar los trabajos sobre: “Estado de Derecho y Democracia”, del profesor Elías Díaz¹⁸; y, “El círculo y la elipse - Fundamentos del Estado Constitucional” del profesor Maurizio Fioravanti¹⁹, de cuya lectura se podrá corroborar lo afirmado.

Ahora bien, con tal alcance, en este punto es conveniente grosso modo, revisar dicho concepto del Estado Constitucional que, por o demás, no fue el mismo en las dos familias jurídicas más conocidas, esto es, tanto la del sistema romano-germánico o tradición del civil law, como la del sistema anglosajón o familia jurídica del common law.

Así, si nos remitimos a la historia de los países angloparlantes del sistema jurídico del common law, en atención a su organización política-jurídica (con el subyacente fundamento filosófico e ideológico que las inspiran), notaremos que ellos siempre han tenido un contexto que ha posibilitado la defensa de la constitución, con el consiguiente control de constitucionalidad. Cuando decimos contexto, hacemos referencia a que en dicha cultura jurídica siempre se ha tenido una noción de “Estado constitucional”. De esto se sigue la existencia de un constitucionalismo norteamericano o americano²⁰.

No ocurre lo mismo en el caso de nuestra tradición euro continental o sistema jurídico romano-germánico o del civil law. En efecto, aquí, fundamentalmente, ha imperado el concepto de Estado de derecho. Así, en nuestra tradición jurídica, no se tenía -si vale la expresión- un concepto o noción fuerte de Constitución, lo que importaba la defensa de la misma. De ahí que, se haya hablado de un constitucionalismo europeo o (garantista)²¹.

Con el tránsito del Estado de Derecho al Estado Constitucional, la constitucionalización del ordenamiento jurídico, se replantea el concepto de Constitución y se pasa de una realidad retórica a una realidad normativa, es decir, a ser ya no solo una norma política o norma fuente, sino que se erige como una verdadera norma jurídica vinculante y de aplicación directa, sobre todo en lo referente a los derechos fundamentales (como ya habíamos adelantado líneas atrás). Ergo, la misma tiene fuerza vinculante directa en todos los ámbitos del Derecho, así como en todos los planos de la realidad misma. Siendo así, surge la necesidad de su defensa, es decir, de mecanismos que garanticen su cumplimiento, como todas las normas

18 DIAZ, E., Estado de Derecho y Democracia, en Anuario de la Facultad de Derecho, núm. 19-20, Universidad de Extremadura, 2001-2002, pp. 201-217.

19 FIORAVANTI, M., El círculo y la elipse - Fundamentos del Estado Constitucional, trad. Moreno More, C., 1º ed. octubre, (Lima: Zela Editorial S.A.C.S., 2022).

20 DE OTTO, I., Derecho Constitucional - Sistema de fuentes, 2º ed., (Barcelona: Ariel, 1998, p. 13).

21 PÉREZ ROYO, J. y CARRASCO DURÁN, M., Curso de Derecho Constitucional, 16º ed., (Barcelona: Marcial Pons, 2018, pp. 163-167).

(sustantivas) que describen algo o reconocen un interés jurídicamente tutelable (derechos subjetivos), a cuya inobservancia se recurre a un instrumento que garantice su aplicación. En el caso de la Constitución (como norma jurídica) lo constituye (en general, el tema de la defensa o control de la constitución -que rige el principio de control de constitucionalidad-, que puede ser política o jurídica) en particular el llamado control de constitucionalidad.

Es pues, en atención ello, que se desarrolló los conceptos de: “constitucionalismo revolucionario”, para caracterizar esta primera etapa en el sistema romano-germánico que ya señalamos, el cual es caracterizado por la desconstitucionalización (entendido como deshacer lo constituido socialmente) de la sociedad antigua y, a la vez, la constitucionalización (comprendido como constituir el nuevo modelo social) de los principios de la sociedad nueva, los cuales son declarados enseguida como indispensables para el Estado, esto es, para el poder legislativo; y, “constitucionalismo democrático”, que va a contemplar a la sociedad desde una perspectiva positiva, incorporando en el texto constitucional exigencias que se habían ido manifestando en la sociedad a medida que progresaba la percepción que tenían los individuos del principio de igualdad, es decir, que en la constitución política tome relevante la constitución social. Como se aprecia, en ambas familias jurídicas, con las dudas retracistas en el civil law, se afianzó la figura del Estado Constitucional, la cual supone, entre otras cosas, la primacía de la Constitución y su defensa por un órgano técnico jurídico, como lo es, en el caso nuestro el Tribunal Constitucional.

Por tal razón, hoy en día se ha construido el concepto de la así llamada “democracia constitucional”, expresión acuñada por Ronald Dworkin y Luigi Ferrajoli y que, a primera vista, sería comprendida como sistema jurídico-político completo y complejo que conjuga dos elementos: una forma de Estado (el Estado Constitucional de derecho) y una forma de gobierno (la forma de gobierno democrática²²).

En esta nueva forma de gobierno o sistema político, como se lo llama también, está como ente preeminente el Tribunal Constitucional.

5. Los roles de las sentencias del Tribunal Constitucional en el Estado Social y Democrático de Derecho

Si, como hemos dejado sentado, el Tribunal Constitucional se constituye hogaño como el órgano constitucional preeminente (empero, según las precisiones hechas) respecto de otros poderes y organismos constitucionales, conforme a lo precedentemente fundamentado, resulta que el mis-

²² AMAYA, A., Control de constitucionalidad, 2º ed., (Buenos Aires: Astrea, 2015, p. 1).

mo tiene un papel, por demás, de azas importancia en el Derecho y en la sociedad, en general, por lo que, a nuestro juicio, consideramos que el mismo cumple los siguientes roles que, en absoluto, deben ser considerados a modo de una lista ni cerrada ni exhaustiva o acabada, cuando sí una relación propositiva (si acaso).

5.1. Rol teórico-ideológico jurídico y político

No hay duda de que hoy el Derecho está en manos del juez constitucional (categoría conceptual jurídica dentro de la cual ubicamos tanto a los jueces constitucionales ordinarios y el Tribunal Constitucional. Siendo así, precisamos que aquí nos referimos a éste último, por ser el máximo órgano jurisdiccional nacional), por cuanto es quien dice el Derecho de nuestro tiempo, esto es, que éste es quien desarrolla nuestro Derecho, por lo que, orienta el marco teórico-ideológico jurídico o saber teórico jurídico nacional, en tanto que, como máximo órgano constitucional, direcciona a través de sus precedentes constitucionales, de modo directo, y su doctrina jurisprudencial, de modo indirecto, lo que se haya de entender por cada institución, figura o categoría jurídica; empero, no sólo respecto de dicho aspecto, sino también en atención al marco teórico-ideológico político, por cuanto, según vimos, claramente los pronunciamientos de aquel tiene también alcance político, en tanto sus sentencias se pronuncian sobre el tipo de Estado y la forma de gobierno de nuestro país (con todo lo que ello de suyo implica y a todo nivel); con lo cual, no queremos decir que cada uno vaya por su lado, sino que sólo lo desarrollamos de dicho modo por fines académicos, puesto que, más bien, ambos aspectos son de exigencia simultánea en la realidad misma.

5.2. Rol practico-operativo

Este rol tiene que ver, propiamente, con la actuación del Tribunal en el plano de la realidad social nacional, mediante sus pronunciamientos, los cuales, evidentemente, están contenidos en sus decisiones o sentencias. Dicho rol, a su vez, se subdivide en tres sub roles, a saber:

5.2.1. Rol normativo-sistemático

Aquí el Tribunal Constitucional protege la triple fundamentalidad de la Constitución, es decir: i) la Constitución como norma fundante (del Estado ordenado jurídica y políticamente y, antes bien, de la sociedad misma) o fundamentalidad jurídico-política; ii) la fundamentalidad de la Constitución como norma fundamento o fundamentalidad normativa (principio de supremacía de la Constitución); y, iii) la fundamentalidad de la Constitución como norma jurídica o fuerza normativa de la Constitución.

5.2.2. Rol interpretativo-operativo

Este rol, dependiendo de la actividad y finalidad que se persigue, puede subclasificarse en un rol de interpretación-concreción (realización) o interpretación-normativa, un rol de interpretación-control y un rol de control de interpretación-reformativo constitucional o de control de reforma constitucional.

a) Rol de interpretación-concreción (realización) o interpretación-normativa

Dicho rol es ejercido por el Tribunal Constitucional cuando da concreción, vía interpretación, a los mandatos de la Constitución que, por su propia naturaleza, aparecen indeterminados, por lo que, se precisan o perfilan los supuestos de hecho de las disposiciones constitucionales, esto es, que a través de la interpretación se generan las normas constitucionales.

b) Rol de interpretación-control

A fin de no dilatar, muy bien, en este punto coincidimos con lo indicado por el profesor Jerzy Wróblewski, quien señala que, la interpretación constitucional que realiza el Tribunal Constitucional cumple las siguientes funciones:

i) función de orientación, consistente en que por medio de la interpretación constitucional se ofrece información acerca de qué comportamiento es acorde o contrario a las reglas constitucionales; ii) función de aplicación, la cual aparece en la interpretación operativa de la Constitución cuando sus reglas son bases normativas de decisión; y, iii) función de control, que se da cuando la interpretación constitucional tiene como cometido la función de control en caso de que haya determinadas instituciones cuya tarea consista en controlar la observancia de la Constitución, siendo que, en este caso, existen dos formas principales de esta función conectadas con instituciones especiales de control: el control de constitucionalidad de la legislación en general y la promulgación de leyes en particular, y la institución de responsabilidad constitucional de algunas personas por un comportamiento contrario a las reglas constitucionales, y algunas veces también contrario a las reglas legales²³.

c) Rol de control de interpretación-reformativo constitucional o de control de reforma constitucional

Tal función, puede ser de control de interpretación-reformativo constitu-

²³ WRÓBLEWSKI, J., Constitución y teoría general de la interpretación jurídica, 1º ed., trad. Azurza, A., Igartua Salaverria, J. y Esquiaga, J., (Buenos Aires: Ediciones Olejnik, 2018, pp. 87-89).

cional o de control de reforma constitucional regular o formal y de control de interpretación-reformativo constitucional o de control de reforma constitucional extra regular o no formal

En el primer caso estamos hablando de los supuestos en que el Tribunal Constitucional controla que la Constitución sea reformada por los mecanismos formales previstos para tal finalidad por ella misma; y, en el segundo supuesto, nos encontramos frente al caso en que se produce la reforma de la Constitución, empero no por sus medios formales de reforma, sino por intermedio de las mutaciones constitucionales o vía la interpretación evolutiva, por ejemplo.

Y es que, la Constitución misma no puede escapar a la tendencia descrita precedentemente a lo largo de las líneas del presente trabajo, así como tampoco escapan a ello sus mecanismos de reforma, puesto que, incluso, si revisamos la jurisprudencia, notaremos que, en realidad, en la praxis jurídica ya se ha utilizada varias veces la interpretación evolutiva, aunque sea de modo tímido o disimulado, para reformar las constituciones. Por ello es importante que ya se reflexione sobre el tema, para que luego no se incurra en lo que ya se ha llamado el constitucionalismo abusivo por indebida reforma de la Constitución (según ha expresado Landau²⁴), pues muy bien podría afirmarse que el Tribunal Constitucional (Salas o Cortes, según corresponda) pueden ejercer un poder constituyente secundario (como anota Roznai²⁵, 2017), para dicho efecto; así como se pensó genuinamente en el Tribunal Constitucional como legislador negativo y luego se erigió como legislador positivo, muy bien puede migrar de ser un reformador negativo (en el sentido de que sólo controla la constitucionalidad de las reformas) y aun reformador positivo (en el sentido de efectuar directamente reformas). Introducimos la idea para el análisis y debate

5.2.3. Rol orgánico-político

Este rol, a la vez, se subdivide en un rol orgánico-político ordinario o común y en un rol orgánico-político especial o contra mayoritario. Veamos enseguida cada uno de ellos.

a) Rol orgánico-político ordinario o común

Debe velar por el cumplimiento del mandato democrático del país (conte-

24 LANDAU, D., Derechos sociales y límites a la reforma constitucional: la influencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en el derecho comparado, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 15 y ss.).

25 ROZNAI, Y., Reformas constitucionales inconstitucionales: los límites al poder de reforma, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017, p. 229 y ss.).

nido en la Constitución nacional), esto es, lo dispuesto por las mayorías por virtud de nuestro sistema de representación democrático, lo cual se trasunta en el correcto funcionamiento de nuestros diferentes poderes y organismos constitucionales, para lo cual se les ha conferido, precisamente, el poder público. Para ello el Tribunal Constitucional, incluso, por mandato de la Constitución, cuenta con mecanismos para ello, como, por ejemplo, el caso del proceso constitucional competencial, que protege el cumplimiento de reparto de competencias constitucionales.

b) Rol orgánico-político especial o contra mayoritario

En este supuesto, el Tribunal Constitucional se encarga de, justamente, cuidar o proteger los derechos de los individuos frente a las mayorías o mandato de las mayorías, esto es, la protección de los derechos fundamentales.

6. Conclusión

Conforme se desarrolló, el Tribunal Constitucional, a través de sus sentencias, cumple el papel o rol más importante hoy en día, bajo el marcado paradigma del Estado Social y Democrático de Derecho o Estado Constitucional, tanto a nivel teórico como práctico, en la medida de que en dicho paradigma de Estado y el manto de la teoría contemporánea jurídica, se muestra como el organismo constitucional más preeminente.

7. Referencias bibliográficas

- ALEXY, R., Teoría de los derechos fundamentales, (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1998).
- AMAYA, J. A., El debate sobre la última palabra: un complejo equilibrio entre identidades constitucionales y diplomacia judicial, *Revista de Estudios Jurídicos* n° 19/2019 (Segunda Época) (Jaén: Universidad de Jaén, 2019, p. 50).
- AMAYA, A., Control de constitucionalidad, 2º ed., (Buenos Aires: Astrea, 2015, p. 1).
- BACHOF, O., El poder del Juez y la Constitución - seguido de otros escritos, trad. Ruiz Miguel, C., 1º ed., (Lima: Palestra Editores, 2021, pp. 68).
- BAYÓN, J. C., <<Derechos, democracia y constitución>>, en *Discusiones: Derechos y Justicia Constitucional*, núm. 1 (2000), Alicante: 2008, recuperado de: <https://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcg4551>

- BARBERIS, M., *Introducción al estudio del derecho*, (Lima: Palestra Editores, 2015).
- COMANDUCCI, P., *Democracia, Derechos e Interpretación Jurídica - Ensayos de Teoría Analítica del Derecho*, 1º ed., (Lima: ARA Editores, 2010, p. 248).
- CHAUMET, M. E. y MEROI, A. A. ¿Es el derecho un juego de los jueces?, *Revista Jurídica Argentina La Ley / Número: (Reviste (serie)) / Derecho Constitucional* (Rosario: s/e, s/a).
- DE OTTO, I., *Derecho Constitucional - Sistema de fuentes*, 2º ed., (Barcelona: Ariel, 1998, p. 13).
- DE VERGOTTINI, G., *Derecho Constitucional Comparado*, trad. Herrera, C., (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2014, p. 110).
- DIAZ, E., *Estado de Derecho y Democracia*, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 19-20, Universidad de Extremadura, 2001-2002, pp. 201-217.
- DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, 2º ed., trad. Guastavino, M., (Barcelona: Editorial Ariel S. A., 1989).
- FIORAVANTI, M., *El círculo y la elipse - Fundamentos del Estado Constitucional*, trad. Moreno More, C., 1º ed. octubre, (Lima: Zela Editorial S.A.C.S., 2022).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3º ed., (Madrid: Editorial Civitas S.A., 1985).
- KELSEN, H., *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, 1º ed., trad. Tamayo y Salmorán, J., (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001).
- LANDAU, D., *Derechos sociales y límites a la reforma constitucional: la influencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en el derecho comparado*, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 15 y ss.).
- MARÍAS, J., *Historia de la filosofía*, 32º ed., (Madrid: Revista de Occidente, 1980, p. 1).
- PÉREZ ROYO, J. y CARRASCO DURÁN, M., *Curso de Derecho Constitucional*, 16º ed., (Barcelona: Marcial Pons, 2018, pp. 163-167).

- PRIETO SANCHIS, L., Apuntes de teoría del derecho, (España: Editorial Trotta, 2011).
- ROZNAI, Y., Reformas constitucionales inconstitucionales: los límites al poder de reforma, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017, p. 229 y ss.).
- SAGÜÉS, N. P., El concepto de <<desconstitucionalización>>, en Derecho PUCP, núm. 61, Lima, 2008, pp. 399-412.
- SCARCIGLIA, R., Introducción al Derecho Constitucional Comparado, trad. Ruiz Ruiz, J. J., (Madrid: Librería-Editorial Dykinson, 2011, p. 139).
- SCHMITT, C., La defensa de la Constitución, trad. Sánchez Sarto, M., (Madrid: Editorial Tecnos, 1983).
- WRÓBLESWKI, J., Constitución y teoría general de la interpretación jurídica, 1º ed., trad. Azurza, A., Igartua Salaverria, J. y Esquiaga, J., (Buenos Aires: Ediciones Olejnik, 2018, pp. 87-89).

El control de convencionalidad en el Perú del siglo XXI*

Alex Amado Rivadeneyra**
Universidad San Martín de Porres

SUMARIO: 1. Introducción/ 2. Plano internacional/ 2.1. Interrelación entre el derecho internacional y nacional/ 2.2. Fundamentos del control de convencionalidad/ 2.3. Doctrina del control de convencionalidad/ 2.4. Evolución jurisprudencial del control de convencionalidad/ 3. Plano nacional/ 3.1. Constitución Política de 1979/ 3.2. Constitución Política de 1993/ 3.3. Nuevo Código Procesal Constitucional/ 3.4. Rango constitucional de tratados e interpretación/ 4. Respuestas a las preguntas del público.

1. Introducción

En un primer momento tenemos que abordar una serie de conceptos claves del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual implica hablar de tratados, del rango, la jerarquía normativa que tienen los mencionados instrumentos internacionales, la forma en que se internalizan en

* Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso Especializado en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 16 al 19 de enero del 2023.

** Abogado por la Universidad San Martín de Porres con grado de Magíster en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la UNMSM. Egresado del Máster en Argumentación Jurídica por la Universidad de León-España. Doctorado en Derecho y Ciencia Política (UNMSM). Título de Postgrado de Especialización en “Justicia Constitucional, Interpretación y Tutela de Derechos Fundamentales” por la Universidad de Castilla-La Mancha-España. Diploma de Perfeccionamiento en el Curso de Alta Formación en “Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales” por la Universidad de Pisa- Italia. Especialista en “Técnicas de Interpretación Jurídica y Constitucional” por la Universidad de Bolonia-Italia. Docente de Postgrado en las asignaturas de Teoría del Estado, Régimen Político, Argumentación Jurídica e Interpretación Constitucional. Dicta Talleres de Técnica Legislativa a ministerios y entidades públicas. Asesor en materia de Reforma del Estado, Reforma del Sistema de Justicia y Análisis de Impacto Regulatorio.

el derecho nacional. De igual modo, claro está, tendremos que analizar el control de convencionalidad y su evolución jurisprudencial a nivel interamericano, además de sus efectos en el ámbito interno y externo cuando es realizado por los órganos jurisdiccionales internos y/o la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), respectivamente. Asimismo, abordaremos instrumentos internos, como lo son, las disposiciones vinculadas sobre la materia en la Constitución del 79 y la actual de 1993, además de cómo ha sido la regulación de los tratados en ambas, y; a su vez, su tratamiento en el Nuevo Código Procesal Constitucional (2021), así como lo concerniente a su interpretación.

2. Plano internacional

2.1. Interrelación entre el derecho internacional y nacional

Analizar la interrelación que existe entre el Derecho Internacional y nacional implica enfocarnos en el rango de los tratados, pues cada Estado dentro del marco de su soberanía incorpora diferentes instrumentos internacionales con distinto rango normativo, el cual como advierte la profesora Mara López Pérez puede adoptar cuatro tipos de jerarquía o interrelación entre los tratados internacionales sobre derechos humanos y el derecho interno.

1.- Relación a nivel supra constitucional: Los Tratados de Derechos Humanos son jerárquicamente superiores a la Constitución, por una disposición establecida en ella. Verbigracia: Constitución holandesa.

2.- Relación a nivel constitucional: Los Tratados de Derechos Humanos tienen una jerarquía idéntica a la Constitución, conforme a una disposición dentro de ella. Verbigracia: La Constitución argentina que tras la reforma de 1994 incorpora diez tratados de manera expresa y les da este rango para complementar su legislación interna.

3.- Relación a nivel supra legal: Los Tratados de Derechos Humanos tienen una jerarquía mayor a las normas legales, pero inferior a la Constitución.

4.- Relación a nivel legal: Los Tratados Internacionales, cualquiera que fuere su materia, tienen un rango inferior a la Constitución e igual que una norma legal interna.¹

¹ LOPEZ PEREZ, Mara citada por QUIROGA LEON, Aníbal (2005), En: Relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno: nuevas perspectivas doctrinales y jurisprudenciales en el ámbito americano. Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Revista del Centro de Estudios Constitucionales, pp. 254-255.

Como señala Sergio García Ramírez, existen diversos puentes o formas de comunicación entre los derechos del orden jurídico interno y el orden internacional: a) cultural, b) constitucional, c) legal, d) político y e) jurisdiccional². Hablamos de un puente cultural, porque se da una recepción de normas internacionales que regulan derechos, que se incorporarán en los instrumentos internos y a nivel de la jurisprudencia nacional, entonces nos encontramos ante un tema conceptual y/o de valores que guían la conducta y práctica social, en torno a los derechos humanos, aspecto que tiene relevancia por su vinculación con el sistema político y los valores democráticos.³

Dentro de lo mencionado, y derivado de lo primero, existe un puente constitucional de recepción del derecho internacional de los derechos humanos debido a que encontramos diversas cláusulas constitucionales que apertura el ingreso de normas internacionales, es decir, mediante la Constitución se incorporan instrumentos internacionales⁴, lo cual trae como consecuencia en el plano legal la producción de cláusulas legales que establecen mecanismos de internalización de la fuente internacional e interpretación conforme a los tratados, incluso, de diálogo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), debido a que establece estándares internacionales y criterios interpretativos⁵.

Dentro del lado político notamos que la recepción de los Derechos Humanos (ahora en adelante, DD. HH.) genera políticas públicas, programas y planes nacionales orientados a esta materia, siendo receptoras de las mismas; mientras que, en el ámbito jurisdiccional, también hay un puente para esa recepción del derecho internacional, que genera un diálogo juris-

2 TORRES ZUÑIGA, Natalia, Las relaciones entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales locales. La incorporación de la jurisprudencia internacional en el marco de la resolución de conflictos por jueces nacionales. Lima, Gaceta Constitucional, Tomo 19, Pág. 40-42

3 Para mayor información, Samuel Huntington en *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial* (1996) señalaba que se daría una globalización y plena integración tanto en el plano económico como jurídico (a raíz del derecho); sin embargo, advertía de un problema en el ámbito cultural, un ejemplo de ello es la visión sobre los Derechos Humanos no es universal, sino occidental.

4 Como la ya mencionada Constitución argentina que con la reforma de 1994 dio rango constitucional a diversos tratados sobre derechos humanos (artículo 75, numeral 22) o la Constitución mexicana, que tras la reforma constitucional del 2011 a raíz de la sentencia del caso Rosendo Radilla vs. México (2009) incorporó el principio de interpretación conforme y pro persona, ampliando el control de constitucionalidad y dio rango constitucional a los tratados de derechos humanos, estableciendo la obligación de todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos (artículo 1), y como consecuencia de ello se generaron importantes reformas a nivel interno y jurisprudencial

5 Al respecto hemos abordado la materia en los siguientes papers: "La emergencia del principio de interacción y el diálogo jurisprudencial a luz del denominado Derecho Constitucional Internacional"; y, "El influjo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en las Américas y en la jurisprudencia constitucional del Perú". En: *Revista Jurídica de Derecho Público* / Tomo 6, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil-Ecuador, Edición julio-diciembre de 2011.

diccional entre cortes, a través de la jurisprudencia de los tribunales, que es donde se ha desarrollado el control de convencionalidad que no nace del derecho convencional, sino de la jurisprudencia de la Corte IDH.

2.2. Fundamentos del control de convencionalidad

Los fundamentos del control de convencionalidad se encuentran en el artículo primero y segundo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), los cuales, valga mencionar, la Convención Europea de Derechos Humanos no tiene, una disposición que establezca la obligación de adecuación del derecho interno⁶. Es así que en el marco de estos y otros artículos que nombraremos posteriormente se ejerce el mencionado control, siendo que de las disposiciones de la CADH deriva una obligación de los Estados por respetar los derechos y libertades que se reconocen y, sobre todo, protección y tutela cuando aquellos no estén garantizados.

Los Estados deben realizar todos los mecanismos de reforma a nivel constitucional, legal y administrativo para garantizar el efecto útil del derecho internacional de los Derechos Humanos y, en concreto, de las disposiciones de la CADH. Por ello, aquellos dos artículos son constantemente invocados por dicho organismo a nivel de sus sentencias cuando establece responsabilidad internacional de los Estados. Sumado a ello, de no dar protección al derecho vulnerado (sea a la vida, a la integridad, a la propiedad o cualquier otro) la Corte IDH siempre hace alusión a la obligación de los Estados a respetar y garantizar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que éste sujeta a su jurisdicción (artículo 1) y a su vez su deber de adoptar disposiciones de derecho interno o de adecuación para hacerlos efectivos (artículo 2).

Otro fundamento lo hallamos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) de la cual recogemos dos principios. El primero es el contenido en artículo 26: "Pacta sunt servanda" del cual se deriva la obligatoriedad del cumplimiento de los tratados y que se engarza con el principio bona fide, es decir, lo acordado se cumple de buena fe, lo cual también implica la observancia de los tratados⁷.

6 Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

7 Cabe aclarar en este punto, que la observancia de los tratados es completamente distinto al control de convencionalidad, porque mientras el primero refiere al cumplimiento y acatamiento de las disposiciones de los tratados, el segundo es un examen de compatibilidad y de coherencia entre dos normas de diferente rango, entre las disposiciones internas y la Convención Interamericana, los tratados interamericanos y la jurisprudencia de Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), esto es

Mientras que el segundo es el que se encuentra en el artículo 27, el cual señala que "los Estados no pueden invocar sus disposiciones internas para el incumplimiento de las disposiciones de un tratado"⁸."

De este modo podemos decir que el núcleo duro del control de convencionalidad son los artículos y principios expuestos. Sin embargo, a esta lista habría que agregar el artículo 29 de la CADH, que en buena cuenta viene a ser la base sobre la cual se materializa el principio pro persona, que implica la interpretación más favorable para la persona (de tal modo que no se pueden realizar interpretaciones para suprimir y limitar el goce de los derechos y libertades, así como excluir derechos y garantías reconocidos en la Convención, ni pretender recortar los efectos que pueden producir la Declaración American de Derechos y Deberes del hombre)⁹.

Ciertamente a nivel de Derecho Internacional de DD. HH. la primera irrupción de estos se hizo mediante declaraciones como lo fue la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) y la DADH en 1948. Tiempo después se profundizó la tendencia hacia la regulación convencional (Nikken: 1989) a raíz de convenciones, o sea tratados que no son como los tradicionales, pues establecen obligaciones multilaterales en los cuales el objeto y la finalidad de protección es el ser humano¹⁰.

En base a ese progreso, emerge una garantía colectiva de protección de los derechos humanos que tienen los Estados hacia los individuos que están

una norma de control (parámetro) y una norma controlada. Por ello determinados votos concurrentes como el de Eduardo Ferrer Mac Gregor hablan de un bloque de convencionalidad, en el que incluye también las opiniones consultivas y todas las interpretaciones que se vayan a dar por la función no solamente consultiva, sino también contenciosa de la Corte IDH porque esta emite, aparte de sentencias, medidas provisionales y resoluciones de supervisión de sentencias.

8 Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (1969)

Artículo 26. "Pacta sunt servanda". Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

Artículo 27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. (...).

9 Artículo 29 Normas de Interpretación.

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

10 AMADO RIVADENEYRA, Alex (2006), *Evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*; Revista Internauta de Práctica Jurídica - RIPJ N° 18, edición agosto-diciembre 2006.

Este concepto lo encontramos en la Opinión Consultiva 26/20 de la Corte IDH, que señala la obligación que tienen los Estados Partes de la CADH, así como los Estados Miembros de la OEA de garantizar la efectividad de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

dentro de su jurisdicción¹¹, al cual debemos agregar, estándares internacionales como los interamericanos.

2.3. Doctrina del control de convencionalidad

Este control como se mencionó, se realiza mediante un examen de compatibilidad que implica mirar tanto a la CADH como la jurisprudencia de la Corte IDH y las normas internas. No obstante, antes hay que distinguirlo del control de constitucionalidad. Para ello su creador, Sergio García Ramírez, es muy claro en las pretensiones que persigue el control de convencionalidad, el cual señala es un procedimiento de verificación de la congruencia del ordenamiento internacional y nacional que consiste en valorar actos internos a la luz de las convenciones.

Primero, busca establecer un *corpus iuris* y *uis* comune interamericano que de alguna manera unifique criterios respecto a estándares de protección de Derechos Humanos. Como segunda pretensión implica la construcción de un orden jurídico supranacional y regional —esto va claramente más allá del control de constitucionalidad que tiene a nivel interno la primacía de la Constitución—. Además, y acá radica el tercer punto, tiene un aspecto vinculado a la prevención de malas prácticas nacionales que vulneran los derechos que garantiza la CADH, pues abre la posibilidad de ir a instancias internacionales.

No obstante, la doctrina del control de convencionalidad no es solo una cuestión académica, sino que implica una regla y es que tiene carácter obligatorio, dichos efectos vinculantes trascienden del caso particular. Cabe señalar que personalidades de la dogmática académica han apuntado que este no es un tema novedoso, en tanto que ya existía materialmente porque la Corte IDH¹² lo venía aplicando sin ese *nomen iuris*.¹³ En efecto, ya en votos razonados de Sergio García Ramírez hablaba de un control de convencionalidad.

Dentro de la idea de este control mencionada por el autor, hay que profundizar en la distinción entre la observancia de los tratados del control de convencionalidad. El primero refiere a que los agentes del Estado cumplan

11 AMADO RIVADENEYRA, Alex (2013), Proceso de internacionalización de los derechos humanos: de la protección diplomática al reconocimiento de la subjetividad internacional del individuo en torno a los derechos humanos. En: *Revista Ita Est de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres*.

12 FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y LÓPEZ GUERRA, Luis (2020), Control de constitucionalidad y control de convencionalidad en Europa y América. Conferencia en la UCLM. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=lcXwvESspQ>

13 Votos razonados de juez Sergio García Ramírez de la Corte IDH en los casos *Myrna Max Chang vs. Guatemala* (2003) y *Tibi vs Ecuador* (2004).

las disposiciones de la CADH (deberes de garantía, las libertades, el derecho a la propiedad, etc.), acatar sus disposiciones. El segundo tiene como materia de control una norma o práctica interna, en otras palabras, una actuación del Estado que implica un análisis de coherencia, un juicio de compatibilidad para evaluar si aquella regulación interna o práctica estatal es compatible con las disposiciones de la Convención y los estándares de la Corte Interamericana.

En lo concerniente a su aplicación, Eduardo Ferrer Mac-Gregor¹⁴ nos recuerda que el primer caso en el cual se usó el control de convencionalidad fue aunque sin mencionarlo expresamente fue el Caso Barrios Altos vs Perú (2001)— en el cual sendas leyes de amnistía fueron consideradas inconvencionales por ser contrarias a la CADH, se inicia así un importante desarrollo jurisprudencial en torno a las amnistías, y se proscribe en buena cuenta toda regulación (como el indulto) que esté orientada a generar la impunidad, restar o eximir de responsabilidad ante graves violaciones de derechos humanos¹⁵. De este modo es que las leyes N° 26479 y N° 26492¹⁶ fueron dejadas sin efectos al ser declaradas inconvencionales por la Corte IDH, la cual señaló que “carecen de efectos jurídicos” ab initio, ex tunc, desde que se expidió la ley con efectos retroactivos.

Posterior a ello vendrían los votos razonados de Sergio García Ramírez, como en el caso Myrna Max Chang vs. Guatemala (2003)¹⁷ en el que empieza a visibilizar que la responsabilidad internacional del Estado abarca a este en su globalidad, a todos sus órganos, pues no es posible seccionar internacionalmente al Estado (a pesar de que la vulneración se haya generado en el gobierno y/o el Congreso, o el Poder Judicial, etc., la responsabilidad alcanza al Estado).

La doctrina jurisprudencial entonces aclara que la responsabilidad internacional es del Estado y por ello todos los funcionarios están obligados a cumplir y acatar una sentencia cuando hay un procedimiento que está a cargo de la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH. Otro caso importante es el de Tibi vs Ecuador (2004), pues Ramírez hace un examen detallado entre el control de convencionalidad y constitucionalidad. Así,

14 FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (2022), El control de convencionalidad como vehículo para el diálogo judicial en Latinoamérica. Disertación en la Universidad Castilla La Mancha (España). Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=VNz99wjNrSw>

15 FERRER MAC-GREGOR Eduardo (2015), Las siete principales líneas jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicable a la justicia penal. En: *Revista IIDH*, Vol. 59, pp. 70-83.

16 Esta ley declaró que la amnistía no era “revisable” en sede judicial y que era de obligatoria aplicación.

17 FERRER MAC GREGOR, Eduardo (2022), El control de convencionalidad como instrumento como vehículo para el dialogo judicial en Latinoamérica, *Ut Supra*.

individualmente por medio de sus votos razonados empieza a diseñar el tipo de control y a marcar la pauta de que no es suficiente el control de constitucionalidad.

2.4. Evolución jurisprudencial del control de convencionalidad

El leading case en el que empieza formalmente a usarse la nomenclatura o noción de control de convencionalidad es el Caso *Almonacid vs Chile* (2006), en el cual como en el Caso *Barrios Altos* hay un tema de por medio de amnistía para agentes del Estado de la dictadura militar pinochetista. En este contexto es que se emite la sentencia que deja acuñado el nombre para esta clase de control ejercido por la Corte IDH.

En ese mismo año gracias al Caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs Perú* se va perfilando el concepto y la doctrina del control de convencionalidad, pues se señalará que este debe realizarse de oficio por los órganos jurisdiccionales internos (y no ha pedido de parte).

Ello se basa en el principio *iura novit curia*, es decir, los juzgadores (solo los jueces) en el marco de su competencia y regulaciones correspondientes están obligados a efectuar este control a toda norma interna.

Años después, en el Caso *Radilla Pacheco vs México* (2009) empieza a delinearse más este control que en la práctica fue aceptado por todos los Estados, debido a que hubo una conciencia de obligatoriedad y fueron internalizando la obligación del control de convencionalidad. La discusión pasa entonces a ser quién debe hacerlo, en qué condiciones y con qué efectos, lo cual es una discusión a nivel interno del Estado. Así, el presente caso reitera el tema, pero orientando no a un tipo de control destructivo/represivo (el cual cabe señalar motivó la realización de reformas constitucionales como en Chile, México e incluso nuestro país en la medida en que anuló ciertas normas internas de distinto rango) sino a uno de interpretación conforme. Tal como apunta Néstor Pedro Sagüés a uno de efecto positivo o constructivo¹⁸, el cual es un control de tipo interpretativo e implica acatar

18 "Después del caso *Rosenda Radilla* (considerandos 338-340, ratificado por ejemplo en *Comunidad indígena Xákmok Kásek* considerando 311, y en *García Cabrera-Montiel* considerando 233,) la Corte dibuja otra función del control de convencionalidad, con un efecto positivo o constructivo. En esta etapa los jueces deben aplicar y hacer funcionar el derecho local con las reglas del Pacto de San José y, según también, la jurisprudencia de la Corte IDH. Esto justifica relecturas adaptativas del derecho nacional de tipo armonizante, en consonancia, esto es, conforme, con el Pacto y la jurisprudencia. Esto obliga a distinguir entre "interpretaciones convencionales" y "interpretaciones inconvencionales" del derecho doméstico. Las primeras conformes con el Pacto y la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Las segundas opuestas a uno de ellos, o a ambos". SAGÜÉS Néstor Pedro (2011), *El control de convencionalidad en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de ellos derechos económicos-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo*, pág. 426.

las interpretaciones de la Corte IDH (en sus sentencias, opiniones consultivas y medidas provisionales) quien es el máximo intérprete de la CADH, el cual en buena cuenta debe estar orientado a armonizar criterios en clave de diálogo jurisdiccional entre cortes.

Es en el Caso *García Montiel vs México* (2010) se precisa que no solo los jueces realizan un control de convencionalidad, sino también los órganos vinculados a la administración de justicia como el Tribunal Constitucional (TC) y todos aquellos que deciden jurisdiccionalmente sobre los derechos de los ciudadanos. Posteriormente en el caso *Gelman vs Uruguay* (2011) se amplía el control a cualquier autoridad pública, inclusive al Poder Legislativo en la emisión y sanción de normas, así como, por ejemplo, a la producción normativa del Poder Ejecutivo y las disposiciones de tribunales electorales, es más, hay un efecto irradiador, porque el control constructivo amplía a la *ratio decidendi*¹⁹ de las sentencias de la Corte IDH. Cabe señalar que este caso también trataba sobre una ley de amnistía, la cual incluso había sido ratificada por un proceso democrático (referéndum), pero a pesar de ello la Corte IDH manifestó que aun tratándose del ámbito de las reglas de las mayorías para justificar su aprobación resulta inadmisibles generar impunidad cuando hay responsabilidad por graves violaciones a los DD. HH carece de efecto *ex nunc*.

En el 2013, en el ámbito de un procedimiento de supervisión para la ejecución de sentencia del caso *Helman vs Uruguay* (*Helman 1*) es que se emite una resolución importante, que nos delinea los tipos de control que han sido desarrollados por la doctrina como control represivo y control constructivo que abordaremos más adelante. Sin embargo, vale decir que en el 2014 durante el Caso *Alibux vs Surinam*, la Corte IDH con tal de perfilar más su doctrina se dirige a los Estados manifestándoles que no busca imponerles un modelo constitucional, ni el control de convencionalidad bajo un sistema difuso (cualquier juez) o concentrado (TC, Sala Constitucional

¹⁹ Lo cual es importante a considerar, pues hay una diferencia entre ser parte de un proceso contencioso internacional ante la Corte IDH y no haberlo sido, lo cual nos señala que existen diferentes efectos e intensidades según se sea o no parte de este contencioso. Además, habrá distinta intensidad si se ha ratificado o no la CADH y cuando se haya reconocido la competencia contenciosa de la Corte, como ejemplo se puede mencionar el caso de nuestro país, el cual por decisión del Poder Ejecutivo a nivel de Consejo de Ministros optó por retirarse de la jurisdicción contenciosa alegando que afectaba su jurisdicción interna y la seguridad nacional, además de haber sido ya sentenciado en dos casos previos e iba a serlo en dos casos posteriores. Ante esto el PE mandó un proyecto de resolución legislativa, que el Congreso después de una larga sesión aprobó (retirarse de la jurisdicción), no obstante este hecho no eximió que la Corte IDH emita sentencias sobre competencias y señaló que era incompatible retirarse de la jurisdicción sin denunciar globalmente al tratado (en este caso, la denuncia era con efectos inmediatos, pero la Corte IDH precisa invocando la CADH, que el retiro solo se hace efectivo pasado un año de efectuada la denuncia a la CADH, es decir proscribiendo un retiro anticipado). Artículo 78, numeral 1, CADH.

de la Suprema Corte o de la Corte Suprema²⁰), pero que sí han de cumplir con realizar ese control, porque los tratados son estándares, obligatorios, y; en el marco de sus soberanías, han decidido vincularse al sistema de protección de Derechos Humanos de carácter regional a nivel de la OEA²¹. Ello implica, que se respetan los derechos reconocidos en la Convención Americana tanto como las sentencias de la Corte IDH, porque se ha ratificado dicho tratado y reconocido su jurisdicción, siendo, por tanto, el máximo guardián de los derechos en nuestra región²².

Otro acontecimiento importante es el Caso Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños vs El Salvador, en el que la Corte IDH advirtió que una ley de amnistía carecía de efectos jurídicos al ser inconvencional y además se incide en la obligación que tienen todos los órganos y agentes del Estado de realizar este control.

Regresando a la supervisión de sentencia del Caso Gelman (2013), ocurrió que la Corte Suprema de Uruguay había señalado en una sentencia que ciertos casos de violación de DD. HH. eran prescriptibles. Por ello la Corte Interamericana tuvo que reafirmar lo que ya había señalado en su sentencia, es decir, que resulta inadmisibile en el sistema americano, determinando que toda violación a los DD. HH. tiene carácter imprescriptible y son normas del *ius cogens*.

Dentro del caso precitado, se delinea dos manifestaciones o efectos del control de convencionalidad, según el Estado sea o no parte del contencioso internacional ante la Corte IDH, la primera derivada del *res judicata* para el Estado que fue parte, aspecto que está vinculada a la cosa juzgada internacional, , evidentemente, la parte resolutive establecerá si existe o no responsabilidad internacional estatal, lo cual implica definir qué derechos y garantías se han vulnerado y cuáles son los tipos de reparación, además de ser obligatoria para el Estado condenado (y al que, insistimos, establece responsabilidad internacional estatal, no responsabilidad penal individual, pues no es esa la competencia de la Corte IDH)

Finalmente, el Estado condenado tendrá que en su ámbito interno realizar la investigación, el juzgamiento y sanción a la persona responsable según corresponda al tipo de reparación establecida por la Corte IDH. La segunda manifestación del control de convencionalidad, es la *res interpretata*, o cosa interpretada, que tiene un efecto interpretativo directo para el Estado

20 En nuestro caso contamos con ambos sistemas, ya que lo puede hacer tanto el Poder Judicial como el TC.

21 AMADO RIVADENEYRA, Alex (2007) *Sistemas Regionales de Protección de Derechos Humanos*. Revista Internauta de Práctica Jurídica. Num.20 julio-diciembre, 2007.

22 Nuestra Constitución indica en su artículo 205 que cuando se agota la vía interna, (jurisdicción nacional) se recurre a la internacional, que se inicia con la CIDH y luego con la Corte IDH.

condenado e indirecto en los demás Estados, en la medida que define los derechos o preceptos que está interpretando con efectos vinculantes para los Estados que no fueron parte del contencioso internacional ante la Corte, que está correlacionado con el control de convencionalidad interpretativo y/o control de interpretación convencional y se encuentra en la ratio decidendi (o razones que justifican) sus sentencias, pues tiene un efecto irradiador que vincula a todos los Estados sean o no parte del contencioso, es decir, la interpretación se extiende a todos los Estados inclusive a los que no pertenecen a la jurisdicción de la Corte; cabe señalar que se basa en tres principios: bona fide, pacta sunt servanda y el efecto útil de la CADH.

Cabe señalar que el control de convencionalidad que ejerce la Corte IDH no es solo sobre la CADH, sino también sobre sus protocolos y otras convenciones que los Estados hayan firmado y ratificado, y lo propio harán por ejemplo en otras esferas, a nivel universal, los comités u órganos de los tratados como el del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; igualmente los comités de Derechos Civiles y Políticos, que aunque es cierto que cada uno tiene diferentes estándares, efectos y ámbitos de aplicación y protección, evidentemente la creación de cortes es de donde deriva un ámbito jurisdiccional y con ello, una sentencia que tiene mayor potencia para el cumplimiento de las obligaciones que imperan de los tratados cuando estos son vulnerados por los Estados Partes, en la medida que configura una garantía jurisdiccional complementaria y subsidiaria a las jurisdicciones internas.

Un punto importante a tomar en cuenta, que conviene resaltar, en la línea de lo anotado precedentemente es que existen dos tipos de controles, un control de convencionalidad constructivo o positivo de tipo armonizante, y; otro destructivo o represivo, el primero se da mediante la selección de interpretaciones, a saber, cuando hay un número importante de soluciones interpretativas se elige la interpretación convencional y descarta la interpretación inconvencional, sin embargo conviene precisar que en virtud del principio pro persona se elija aquella interpretación que es más favorable (el cual vale mencionar en es un principio se encuentra positivizado en el artículo 1 de la Constitución mexicana tras la reforma del 2011), si bien el estándar internacional, es el estándar mínimo, no obstante, resulta siendo muchas veces más tuitivo que el derecho interno; mientras que el segundo control, es de tipo destructivo o represivo²³, se da cuando hay divergencias entre las normas internas con la CADH y los estándares de la Corte IDH

²³ "Cuando la norma doméstica es opuesta al pacto o a la jurisprudencia de la Corte Interamericana es inconvencional o anticonvencional tiene un resultado de mínima no se aplica al caso concreto, se descarta o resulta invalida para el mismo". SAGÜÉS Néstor Pedro (2011), El control de convencionalidad en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo, pág. 425.

resulten inconvencionales, genera la inaplicación de la norma interna al caso concreto y/o declara que carece de efectos jurídicos.

Las divergencias surgirán cuando los estándares interpretativos y/o normativos de la Corte IDH, colisionan con las normas internas, en especial cuando sus fallos son el resultado de interpretaciones creativas y/o interpretaciones evolutivas o un “convencionalismo viviente” que amplía el sentido normativo del texto convencional, alegando un cambio de contexto social y/o la necesidad de una tutela reforzada, lo que en buena cuenta llama Pedro Sagüés interpretaciones mutativas, porque cambiará el texto literal, con similar efecto a lo que la doctrina denomina sentencias manipulativas, por adición, sustracción, sustitución o mixta, verbigracia-sustitutivas y aditivas, y/o reductivas y aditivas.

Entonces, podemos decir que en ocasiones la Corte IDH está asumiendo una función monogenética, debido a que está creando derecho, lo cual abre un gran debate sobre si la corte deben o no asumir esta función que tiene incidencia directa en el control de convencionalidad, en la medida que en ocasiones confrontan con el derecho interno, surgiendo ante ello, el denominado margen de apreciación nacional de los Estados y, que pone en cuestión, cuáles son los límites y alcances de la competencia de la Corte IDH, es especial, cuando impacta en el sistema de fuentes nacionales, particularmente, en la Constituciones de los Estados y/o cuando estas inciden en las sentencias de las altas cortes nacionales con calidad de cosa juzgada, en la medida que constituyen órganos de cierre de la jurisdicción nacional, aspecto que requiere un diálogo de tipo constructivo,²⁴ no en clave de quien tiene la última palabra sino en pro de aplicar el mejor estándar de protección de los derechos humanos, en la relaciones multinivel que en ocasiones no resultan pacíficas, pero que necesitan ser armonizadas, el caso *Fontev ecchia vs. Argentina*, resulta un caso emblemático en la región, como lo es a nivel europeo, (pero a nivel comunitario) el caso *Taricco vs Italia*, con la denominada doctrina de los contra límites que pone a la palestra, las identidades constitucionales y/o núcleo duro de las Constituciones de los Estados frente al derecho comunitario de la Unión Europea.

3. Plano nacional

3.1. Constitución Política de 1979

²⁴ Como bien advierte Sofía Sagüés “el elemento que determinará el éxito de la doctrina se encuentra ínsito en los términos “diálogo jurisprudencial”, “coexistencia armónica” con que se procura calificar al accionar recíproco de los operadores tanto transnacionales como nacionales, en miras a que tales palabras procuren asidero en la realidad y confluyan en el efectivo respeto de los derechos fundamentales”. En: *Diálogo jurisprudencial y control de convencionalidad a la luz de la experiencia en el caso argentino*. Publicado en «Control de Convencionalidad», Max-Planck-Institut, (2017).

En principio el artículo 4 de esta Constitución es la famosa cláusula abierta de derechos, es decir, que no se encuentran excluidos los derechos que no estén expresamente manifiestos en este apartado o sean análogos y se deriven de la dignidad del hombre, la soberanía del pueblo, del Estado social y democrático de derecho. Entonces, la enumeración del catálogo de derechos fundamentales que se inició sistemáticamente con esta Constitución —y hoy se replica en la Constitución de 1993 en su artículo 2 y en su artículo 3 hallamos la cláusula abierta de derechos— no es una lista cerrada, es más, a lo largo de la Constitución se mencionan otros derechos civiles, políticos, sociales y económicos. Incluso vale mencionar que el TC dará un desarrollo importante cuando inicia la conceptualización de derechos implícitos y expresos, nuevos y viejos.

Un par importante de artículos son el 101, pues indica que, en caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el primero; y el 105, que señalaba que los tratados relativos a Derechos Humanos tienen jerarquía constitucional y si se desea modificarlos establecía seguir el procedimiento que rige para la reforma constitucional. También hay que agregar que la cláusula decimosexta ratifica —aunque antes que la Constitución, lo más propio sería decir que lo hace la Asamblea Constituyente— el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, así como también la CADH y de igual modo la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH.

Cabe señalar que la Constitución del 79 es la primera que desarrolla de manera sistemática y orgánica lo concerniente a los tratados, lo cual será replicado en la Constitución posterior.

3.2. Constitución Política de 1993

Nuestra actual Constitución tiene artículos puntuales referidos a los tratados, incluso un grupo de ellos señala cuáles tratados requieren aprobación legislativa (artículo 56) y cuáles son ejecutivos (artículo 57).

El artículo 55 menciona que los tratados que firma el Estado peruano y se encuentran en vigor forma parte del derecho nacional, con ello abraza la teoría monista (derecho internacional y nacional son uno solo). También, como se apuntó anteriormente, el artículo 205 que expresa que agotada la jurisdicción interna cualquier persona que considere lesionados sus derechos puede recurrir a las instancias internacionales; así podemos ver que se reconoce el derecho al acceso a la justicia internacional agotada la jurisdicción interna²⁵.

²⁵ Un texto parecido existía en la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales de 1982, que surgió a raíz de la Constitución de 1979 (artículo 305).

En la disposición transitoria y final de la Constitución, la cuarta para ser específicos señala que las normas relativas a derechos y libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la DUDH y con los tratados y acuerdos internacionales sobre la misma materia que haya ratificado el Perú.

3.3. Nuevo Código Procesal Constitucional

El Nuevo Código Procesal Constitucional (2021) replica a la Constitución en su artículo VII al señalar que cuando exista incompatibilidad entre esta y una norma de menor jerarquía el juez debe preferir la primera siempre y cuando esta no puede ser interpretada de tal modo que se salve su constitucionalidad, siendo este el famoso control difuso.

Lo mismo ocurre a nivel de la Corte IDH al momento de hacer el examen de compatibilidad a la Constitución de un Estado o una ley interna también realiza un esfuerzo de interpretación conforme, como lo hizo con la Constitución colombiana en el caso *Petro Urrego*, que resulta importante porque un tribunal administrativo (un procurador) lo destituyó de su cargo de alcalde, o sea inhabilitó sus derechos políticos lo cual no es posible, pues hay una regla en la CADH que indica que esto solo puede hacer por una sanción penal. Este punto lo ha recogido el TC peruano a raíz de la discusión respecto a la potestad sancionadora de la Contraloría de la República al interpretar “el artículo 47.1, literal a, de la Ley 27785, incorporado por el artículo 1 de la Ley 29622, en el sentido que “las sanciones de inhabilitación impuestas por la Contraloría General de la República no restringen los derechos políticos de aquellos que son objeto de inhabilitación; esto es, el conjunto de derechos reconocidos en el Capítulo III del Título I de la Constitución”, realiza una interpretación conforme con la CADH²⁶ (Exp. 00020-2015-AI). En el artículo VIII del Nuevo Código también se trata el tema de interpretación conforme y se agrega que en caso de incompatibilidad entre una norma convencional y una constitucional el juez preferirá la norma que más favorezca a la persona y sus DD. HH. (principio pro persona)²⁷, entonces no hay un criterio de rangos o jerarquía.

²⁶ En otras sentencias a reafirmado estándares interamericanos respecto a la provisionalidad de la prisión preventiva expresando la necesidad de su revisión periódica, estableciendo doctrina jurisprudencial vinculante en el Exp. 03248-2019-PHC/TC. Y en otras, ha tenido un cambio de criterio como por ejemplo aquella sentencia expedida por el colegiado saliente (2021), que estableció que el derecho a la consulta previa no tiene rango constitucional, no es un derecho fundamental Sentencia del Tribunal Constitucional (Expediente N° 03066-2019-PA/TC)

²⁷ Nuevo Código Procesal Constitucional del Perú. Artículo VIII. Interpretación de los derechos humanos y tratados internacionales El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte. *En caso de incompatibilidad entre una norma convencional y una constitucional, los*

3.4 Rango constitucional de tratados e interpretación

Aunque, ante este vacío del rango de los tratados, el TC cerró la discusión al indicar que tienen rango constitucional, que es derecho válido, eficaz y que es inmediatamente aplicable a nivel del Estado ²⁸(se abraza nuevamente la teoría monista); asimismo indicó que los tratados suscritos por el Estado peruano deben interpretarse de conformidad con los tratados, los cuales son parámetros de interpretación ²⁹ que amplían la visión y el carácter del control de convencionalidad interpretativo haciéndolo sobre la base de la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

Otra jurisprudencia relevante es que en base a la cuarta disposición aquella interpretación conforme a los tratados internacionales contiene, implícitamente, una adhesión a la interpretación que de los mismos hayan hecho órganos supranacionales y, en especial, la Corte Interamericana, pues es el guardián máximo de los derechos inherentes al ser humano en nuestra región ³⁰. Entonces, con esto el TC busca armonizar e integrar el derecho interno e internacional en torno a los DD. HH. porque a raíz de la internacionalización de la persona como sujeto de derechos empezamos a hablar de un Derecho Internacional de los Derechos Humanos; a su vez, el Tribunal Constitucional indica que no existe una relación de jerarquía entre los tribunales internos e internacionales sino una relación de cooperación en la interpretación pro homine de los derechos fundamentales ³¹, lo cual corresponde a una idea de un diálogo jurisprudencial entre cortes en pro de los DD. HH., se trata en suma de una justicia dialógica a nivel internacional, que es lo que se defiende y desarrolla constitucionalmente.

Aquello último conlleva a hablar de un constitucionalismo multinivel, que implica incorporar estándares internacionales al derecho interno de tal forma que se ofrezca la máxima protección a la persona, en clave también de complementariedad.

En cuanto a la *ratio decidendi* de la Corte IDH, el TC ha denotado claramente que esta obliga también al Estado peruano, esta no se agota en la parte resolutoria cuando el Estado es parte, pues señala que la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la Corte IDH, reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la CADH que se efectúa en todo proceso

jueces preferirán la norma que más favorezca a la persona y sus derechos humanos. (cursiva agregada)

28 Tribunal Constitucional del Perú, STC Exp. N.º 10063-2006-PA/TC, f. j. 22.

29 Tribunal Constitucional del Perú, Expediente N.º 1124-2001-AA, f. j. 9.

30 Tribunal Constitucional del Perú, Expediente N.º 218-2002/HC, f. j. 2.

31 Tribunal Constitucional del Perú Expediente N.º 2730-2006-PA/TC, f. j. 15.

contencioso ante la Corte IDH, sea vinculante para absolutamente todos los poderes públicos internos³².

El Tribunal Constitucional peruano igualmente ha expuesto que existe una doble vertiente respecto a los efectos de la Corte, una que busca reparar el derecho vulnerado y otra preventiva³³ que desea evitar sentencias nefastas de responsabilidad internacional³⁴.

4. Respuestas a las preguntas del público

4.1. ¿Cuáles son las críticas que se han formulado al control de convencionalidad?

En el caso del control de convencionalidad Sergio Ramírez, creador de este control, advirtió en su momento que este podría decirse que se “descarrió”, pues como toda figura jurídica que es de origen jurisprudencial se va perfeccionando en el tiempo la Corte Interamericana ha ido estableciendo candados, de alguna manera con el caso *Gelman I*, al señalar que lo aplican todos los agentes del Estado surgió una discusión sobre quiénes exactamente han de hacerlo, si figuras como directores o demás autoridades están preparados para hacerlo.

Además, como señalé hay que distinguir entre el acatamiento de los tratados que es propia del sujeto obligado (Estados Partes) y ejercer el control de la norma interna respecto a la internacional (llámese examen de compatibilidad con la Convención Interamericana y tratados interamericanos) que hace un controlador de la norma (agente estatal no en clave de obligado sino de control entre normas), de manera que si existe incompatibilidad, se inaplica la primera al caso concreto o realiza una interpretación convencional. Entonces, existe una discusión importante sobre quiénes, cómo y con qué efectos pueden ejercer el control de convencionalidad (en particular el control de tipo represivo y/o de inaplicación de una norma), que de manera pacífica está dirigida a los jueces, pues tienen la competencia de acuerdo a las reglas procesales del Estado Parte, finalmente como dije en el caso *Alibux vs Surinam*, se manifestó que se respeta los modelos constitucionales, y respecto a la manera o forma en que se aplicará o ejerce el control de convencionalidad. Inclusive, cabe decir, a nivel interno de los Estados se ha ejercido mal el control de convencionalidad, y con ello la Corte IDH ha tenido que ejercer un control del control de convencionalidad, como en el caso *Petro vs. Colombia*, el máximo tribunal tuvo que

³² Tribunal Constitucional del Perú. Expediente N.º 2730-2006-PA/TC, f.j. 12, en la cual se menciona la STC recaída en el Exp. N.º 4587-2004-AA/TC, P, f.j.44.

³³ Tribunal Constitucional del Perú. Expediente N.º 2730-2006-PA/TC

³⁴ La Corte ha expedido 53 sentencias contra nuestro país y solo en una no se ha establecido responsabilidad internacional, las otras 52 sí han sido condenatorias.

realizar una interpretación conforme con la CADH para salvar la convencionalidad de la Constitución colombiana, en la medida que las autoridades internas habían convalidado dejar sin efecto un cargo de elección popular, dispuesto por una autoridad administrativa y no por un juez penal. Entonces ahí radica el debate sobre quiénes pueden ejercer este mecanismo.

La protección del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de las poblaciones vulnerables en los procesos constitucionales*

Olga Cristina Gavancho León**
Universidad César Vallejo

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Acceso a la justicia de grupos en situación de vulnerabilidad / 3. Consideraciones previas / 4. Preguntas del público

1. Introducción

En el contexto social en que nos encontramos este tema entra en relevancia para hacer una serie de reflexiones y sobre todo para reconocer cuán importante es valorar y sostener nuestra democracia. El acceso a la justicia y el proteger la tutela jurisdiccional efectiva de todas las personas es uno de los temas que va acorde con el contexto actual, por ello es de necesario análisis en estas épocas de crisis social. En el contexto donde vivimos hay movilizaciones, y en la mayoría de estas las comunidades andinas, campesinas y también algunos pueblos indígenas necesitan ejercer su derecho de legítima defensa, es así que se debe reflexionar en el acceso a la justicia y sobre todo evitar que el mismo tenga restricciones.

* Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso Especializado en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional, Curso Especializado en Jurisprudencias y Precedentes al Nuevo Código Procesal Constitucional organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 16 al 19 de enero del 2023.

** Especialista en Justicia Constitucional, Interpretación y Aplicación de la Constitución por la Universidad de Castilla – La Mancha – España. Abogada por la Universidad César Vallejo. Cuenta con estudios de maestría en Derecho Constitucional por la Universidad Nacional de Trujillo. Egresada de la Maestría en Solución de conflictos por la Universidad de San Martín de Porres. Experta en Pueblos Indígenas, Derechos Humanos y Cooperación Constitucional por la Universidad Carlos III de Madrid, España. Ha sido presidenta del Consejo Superior de Arbitraje y Asesora Legal de la Cámara de Comercio, Producción y Turismo de San Martín. Consultora de IDL para el Área de Litigio de Pueblos Indígenas. Consultora Legal en materia procesal y de derecho constitucional. Apoyo técnico de la Dirección de Rondas Campesinas del Ministerio del Interior en la región San Martín.

2. Acceso a la justicia de grupos en situación de vulnerabilidad

América latina es una de las regiones más desiguales del planeta y las constantes crisis sociales que han venido explotando a lo largo de la historia, y en especial en esta última década demuestra esta desigualdad que se ve caracterizada en forma concreta por profundas y múltiples brechas dónde la pobreza y pobreza extrema se han agudizado y convertido en un problema común a todos los estados de la región de América Latina.

Las desigualdades generan, por ejemplo, altos índices de violencia, graves crisis penitenciarias, extensión del fenómeno de la migración, ya que el desplazamiento interno se ha masificado, la precariedad y el aspecto de mayor crisis social que genera la mayor movilización de aspecto social es la precariedad en el acceso al servicios básicos incluido el acceso a la justicia. Todo ese contexto que se ha visto agravado y agudizado por la pandemia, que ha afectado a este especialmente y en forma muy particular a las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad, ya que son precisamente estas personas quienes afrontan los mayores obstáculos para acceder a la justicia y hacer eficaz su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, cuyo tema es central debido a que estas personas en situación de pobreza son los que han sufrido más.

Se tiene como por ejemplo que en el contexto de pandemia la pérdida de empleos se agravó mucho más en el sector de pobreza y pobreza extrema porque estos trabajan en sectores informales, que son la mayoría de los que existen en los países de América Latina, lo que ha limitado su acceso a la salud, a la educación, a la vivienda, a las manifestaciones sociales, etc. Así mismo se han agudizado las víctimas y han aumentado las cifras de víctimas de violencia de género, violencia intrafamiliar, también las personas privadas de su libertad también se han visto afectadas, las personas en situación de movilidad, como los migrantes, pues se han refugiado en la categoría de población vulnerable porque han quedado varados en las fronteras, en los centros de acogida tanto niños y adolescentes dentro de los pueblos originarios.

Hay varios casos que se tienen que comentar pues las personas con discapacidad, los colectivos LGTBQ+, todos estos se han visto en un momento de mayor agudización de sus problemas y ampliación de todas las brechas de acceso a los servicios, en general durante la pandemia que se ha acrecentado. En este contexto pues es necesario que se considere que los estados y las situaciones del sistema de Justicia se enfrentan a un enorme desafío de poner en marcha medidas que aseguren el reconocimiento y la

protección efectiva de los ciudadanos, lo cual en realidad es su deber, y en especial de estos grupos vulnerables. De ello es que nace la relevancia de analizar, de impulsar y mejorar aquellas políticas públicas de acceso a la justicia, y otros derechos, esta debe ser la meta central frente a la explosión social y a la lucha contra las desigualdades que siguen siendo el tema más importante de agenda en América Latina, y no solo a nivel nacional, pues sabemos que a nivel nacional también sucede, pero a nivel regional es mayor. Con este objetivo hoy se ha iniciado una serie de trabajos para la elaboración de instrumentos y retos estratégicos que tienden justamente a pensar en estas mejoras, con el fin de aminorar y eliminar las barreras de acceso a la justicia y de acceso a los diversos servicios públicos que el Estado tiene el deber de brindar en razón a temas netamente vinculados con la desigualdad.

En los documentos que ha elaborado la comisión de derechos humanos y la conferencia del ministro de justicia de los países iberoamericanos en los diversos documentos de las cumbres iberoamericanas se ha trabajado algunos aspectos que se han materializado en varias políticas públicas de los países, pero cuya aplicación práctica es el problema. No obstante, queda claro que los derechos fundamentales en su condición de máxima protección están orientadas al máximo desarrollo y ejercicio, pues deben protegerse y para todos deben estar garantizados por mecanismos idóneos y eficaces que permitan la protección en casos de violación o amenaza. En ese sentido los procesos constitucionales también desarrollan elementos muy importantes y mecanismos específicos que justamente van a buscar la protección de todos los derechos y generalmente se vincula con los derechos económicos, sociales y culturales, los cuales a su vez se vinculan con aquellas mayores barreras que no permiten acceder a las personas a los servicios públicos y entre ellos la justicia.

Es claro que no se quiere entrar a una cuestión romántica o utópica de creer que solo con nuevas políticas públicas se va a solucionar las injusticias, pero es evidente que estas necesitan existir para tener garantizado y protegido nuestro derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, con mucha más razón para aquellas poblaciones en situación de vulnerabilidad. Uno de los aspectos esenciales de la tutela efectiva, es el acceso a la justicia y eso todos deben verlo como un derecho que posibilita a toda persona ejercer su derecho de acción ante los tribunales de Justicia cuando considera que se ha vulnerado, restringido o amenazado alguno de sus derechos elementales. Para el verdadero ejercicio de este derecho es necesario que se asegure la inexistencia de barreras que puedan dificultar o imposibilitar el acceso a los tribunales o que dentro de ello existan situaciones que podrían limitar al actor de quien pide la tutela. Por ejemplo, son nulas las Cortes

de Justicia que pueden garantizar intérpretes que acojan a las poblaciones indígenas que acuden a ellos, pues si se hace un recuento se puede concluir que no existen y tampoco se garantiza que algún poblador indígena que accede a algún proceso judicial haga ejercicio de su derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, pues no puede acceder en uso pleno y con su idioma. Es lamentable que existan 54 pueblos indígenas, de los cuales 51 son amazónicas y que, sin embargo, no tengan garantizado ni siquiera ese derecho básico, lo cual genera una barrera de acceso a la atención en el sistema de Justicia.

3. Consideraciones previas

Los procesos constitucionales son el mecanismo efectivo y más idóneo porque tienen aquella finalidad para garantizar la tutela efectiva de los derechos fundamentales en tanto van a ayudarnos a que su ejercicio puede ser pleno y también tener al menos la posibilidad de efectiva de realizarlos. Estos derechos justamente los derechos fundamentales van a constituir como el mecanismo integrador entre el Estado y los particulares, y genera adicionalmente que los particulares hagan conocer al Estado aquellas necesidades insatisfechas de sustento constitucional que son pasibles y son de obligación de tutela por parte del Estado.

El artículo II del título preliminar del nuevo código procesal constitucional, señala la norma expresa que son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la tutela efectiva en los procesos jurisdiccionales reconocido por la constitución y los tratados de derechos humanos. Esta forma más completa de redactar este artículo segundo, a comparación del anterior código es que al antiguo no señalaba que los procesos constitucionales garantizan la tutela efectiva de los procesos constitucionales y se limitaba solamente a la Constitución, sin embargo, este artículo actualizado hace alusión también a los tratados de Derechos Humanos, claramente los que el Perú haya ratificado y acogido en su norma sistemática.

Los derechos fundamentales y la posibilidad de reclamar la vigencia efectiva de los mismos a través de los procesos constitucionales nos hace considerar y siempre tener en cuenta que estos son condiciones esenciales del ordenamiento jurídico fundadas en la dignidad humana y sirven de base y de sustento a un conjunto de determinados principios que el Estado protege, y que es base de los derechos inherentes a cada sujeto de derecho. En ese sentido, son fundados en la dignidad y se puede hacer referencia a valores como la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad, la seguridad, la justicia, los cuales finalmente se fundarán correlacionalmente con el derecho a la vida, la libertad personal, el debido proceso, los que

también podrían reseñarse como derechos fundamentales, ya que son los principios morales positivizados.

La defensa de los derechos fundamentales son parte integrante de la jurisdicción constitucional, por lo que el derecho procesal constitucional como rama del derecho que delimita los alcances de los procesos constitucionales hace referencia justamente a toda actividad social relacionada o vinculada con la defensa de la Constitución. Debe entenderse que esta está emparentada y directamente relacionada con la defensa de los derechos fundamentales en razón a lo que conforma en la parte dogmática de la Constitución en ese sentido es que el artículo segundo del título preliminar del nuevo código procesal constitucional señala que es el fin constitucional de los procesos constitucionales la tutela efectiva de los derechos fundamentales.

La vigencia efectiva de los derechos fundamentales justamente se funda en la vida bidimensionalidad de los derechos fundamentales de modo tal que siempre tenemos que considerar que los procesos constitucionales deberán garantizar esa vigencia, tanto en su ejercicio, como en la posibilidad de ejercerlos. De este modo, sí es que no se tiene posibilidad de ejercerlo y, por tanto, existen barreras estructurales culturales o económicas que impidan el acceso a la justicia y el ejercicio efectivo de la tutela jurisdiccional efectiva de grupos o poblaciones vulnerables se está teniendo una falta de reconocimiento de las garantías fundamentales.

El derecho a la tutela procesal efectiva puede ser comprendido como sistema, pues es un conjunto de derechos que garantizan en sí su propia tutela. Se va a considerar relevante, pues es el derecho que garantiza el acceso a la justicia, entendido como el pase a los procesos judiciales.

Se debe considerar que en lo que respecta a la tutela procesal efectiva y para que esto se haga mucho más protegida se debe hacer mención a este artículo IV del nuevo código procesal constitucional, pues es muy importante, ya que en los procesos de habeas data, amparo, corpus o de cumplimiento el demandante que no cuenta con los recursos económicos suficientes por encontrarse en estado de vulnerabilidad puede recurrir a una defensa especializada como derecho constitucional. Pero lo lamentable es que la realidad de la defensa pública, con toda la carga que tiene de atender, en concreto procesos de defensa de procesados en procesos penales y también acceso para víctimas o para demandas por temas de familia, genera que no sea tan efectiva y no exista en realidad presupuesto o una situación concreta para decir que sí existe una tutela especializada en esta materia.

Esto acoge fortaleza en mérito a que este aspecto está siendo discutido, por ejemplo, por parte del equipo de área legal te IDL a razón de justamente

ser una posibilidad de mejora o garantía al acceso a la justicia de la población vulnerable, como las que se va a mencionar más adelante.

Para garantizar el acceso a la justicia hay algunos tipos de barrera como las barreras legales y las barreras extralegales. Las barreras legales van a ser aquellas que son consecuencia de justamente cualquier norma que registre de manera directa la posibilidad de que un ciudadano no puede acceder al sistema de Justicia para tutelar sus derechos. Un ejemplo de estas son las leyes de autoamnistía que impedian a cualquier ciudadano que le hubieran vulnerado cualquier derecho en el período de la lucha contra el terrorismo, pudiera condenar aquellas situaciones graves a través del proceso de Justicia. Otro tema de las barreras legales son las que se vinculan con las personas que tuvieron los impedimentos de condenar las graves violaciones de Derechos Humanos en la época de conflicto armado generalmente producidas por entes paramilitares, estatales y demás, de acuerdo, a los informes contenido por la comisión de la Verdad, y tuvieron que recurrir al que los tribunales internacionales, específicamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para que el Estado peruano pueda permitir el acceso a procesos concretos internos que permitan que se garantice su derecho a la verdad y que se identifiquen a quienes fueron los responsables de los mismos lo cual siguió realizando de forma continua a lo largo de esos años.

Lo que respecta a las barreras extralegales se tiene, por ejemplo, aquellas que hacen referencia a situaciones fácticas que van a obstaculizar de forma directa la posibilidad de acceder al sistema de Justicia, pero sin que dicha restricción responda de manera estricta necesariamente una norma. Dentro de ese tipo de barreras incluso se hace mención de algunos como el nivel de educación jurídica que tengan las personas que quieran acudir al sistema de Justicia. Por ejemplo, ese tipo de barreras se puede ver que se produce porque el lenguaje jurídico debería ser menos técnico y más de fácil entendimiento para todas las personas que están involucradas en un conflicto de intereses, en un proceso de cualquier naturaleza y eso es mérito de que existe una brecha en el lenguaje jurídico y el lenguaje común, lo cual es innegable. Lo anterior hace que se consignen los temas de los procesos como un aspecto meramente formalista, que al ciudadano común sin duda le va a ser difícil de comprender, y lo que a su vez genera que no se solucione en el fondo los conflictos dada esta falta de entendimiento sobre la situación y la forma de resolver que tienen los tribunales. Un ejemplo de este tipo de barreras son los casos de usurpación ante el vencimiento de un contrato de arrendamiento, pues el propietario pretende recurrir a la violencia, antes que recurrir a la administración de Justicia para iniciar un proceso de desalojo justamente por lo difícil que es entender cómo funciona el sistema. Otro tema es la carga procesal, pues en vez de bajar la

cantidad de casos, suben y generalmente vulneran los derechos como, por ejemplo, obtener una resolución a una respuesta motivada y tener plazos razonables establecidos en los diversos códigos procesales que determinan los resultados de los procesos

4. Preguntas del público

4.1. Cuál es su opinión con respecto a los últimos pronunciamos del Tribunal Constitucional relacionados a la consulta previa. ¿ Si se aplicó de manera adecuada o si hubo algunas incongruencias?

El juzgado civil de Lamas, dentro del Departamento de San Martín, sobre el caso de vulneración de una población indígena contra la empresa Petro Perú, sobre el no consultar previamente el de explotar correctamente los recursos. Dentro de ello, se menciona que dos magistrados que el Derecho a la Consulta no era un Derecho Fundamental que ameritaba una protección de amparo. Sin embargo, el caso amerito una gran reflexión debido a la opinión vertida, terminado con la sentencia a favor de la comunidad indígena. Asimismo, en la actual redacción del Código Procesal Constitucional en su artículo segundo, señala que no solo son materia de protección los derechos tipificados en el mismo, sino también aquellos que estén redactados en algún tratado, adicionalmente de la interpretación sistemática.

El sustento legal se cae junto a precedentes vinculantes con diversos casos similares que solo se sostiene con un argumento legal. Se definido finalmente que el Derecho a la consulta previa debe ser protegido. En conclusión, dicha opinión es contrario a diversa sentencia consultas que se hicieron con anterioridad.

4.2. Con respecto a la población vulnerable LGTIQ, respecto al matrimonio igualitario. ¿Se debería buscar una reforma legislativa o buscar mociones para que se debata?

La reforma legislativa a falta de conceso, por tema del matrimonio igualitario, dentro de la opinión vertida, dentro de las sociedad peruana aun no se ve visible como una realidad legal. Lo que se va viendo realmente, se va viendo una inestabilidad y que existe unos gobiernos de corriente ciertamente fascista y que esta copando las instituciones de los últimos años. Dichos temas lamentablemente no están en sus temas. Priorizan otras leyes. El Tribunal Constitucional tampoco avalo el reconocimiento del matrimonio igualitario. Esta misma es importante para el reconocimiento para el Pero que prontamente estará presente en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La diversidad cultural frente a la globalización: Oportunidades y desafíos*

Juan Sebastián García-Acevedo**
Universidad de San Buenaventura

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Cultura / 3. Cultura y Estado nación / 4. Globalización / 5. Desafíos y oportunidades de la diversidad frente a lo global / 6. Problemas comunes de la humanidad / 7. Conclusiones / 8. Respuestas a las preguntas del público. / 9. Referencias

1. Introducción

Para entender el concepto de diversidad cultural se debe partir de definir qué es una cultura; sin embargo, toda tentativa de definición resulta problemática por la tendencia de estas a estar marcadas por la ausencia de elementos políticos morales y subjetivos en la definición. En la medida en que se trata de mostrar un aspecto de neutralidad en la definición de cultura se abandona sus dimensiones políticas, lo cual es importante mantener porque la cultura es el producto simbólico de la actividad y las relaciones de los seres humanos de una comunidad, lo cual siempre tiene una dimensión política. La globalización será el segundo elemento que deberá ser analizado para poder confrontarlo con el de cultura. En consonancia con lo anterior primero se explorará el concepto de cultura, luego la idea de globalización y luego se señalarán algunas oportunidades y desafíos que surgen al confrontar la diversidad cultural (característica de América Latina) con la realidad de la globalización.

* Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso especializado en derechos humanos y género, y Curso especializado en pueblos indígenas y diversidad cultural, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 20 al 23 de marzo del 2022.

** Abogado por la Universidad de Cartagena, Magíster en Filosofía por la Universidad Nacional de Colombia y cursando un Doctorado de Filosofía en la Universidad de Antioquia. Investigador y Docente de la Universidad de San Buenaventura – Medellín. Actualmente en formación doctoral en Filosofía trabajando el problema de la desigualdad desde la perspectiva de una concepción crítica de la justicia global.

2. Cultura

Las definiciones nunca son neutrales en el mundo de las ciencias sociales y humanas, siempre están cargadas de posiciones políticas y morales; es por ello que Schiappa señala que las definiciones son "conocimiento social retóricamente inducido" (2003). Este carácter político-moral se experimenta de forma directa al tratar de establecer una definición de la cultura.

Sabemos que la cultura es un conjunto de elementos con un valor simbólico profundo para una comunidad, pero también sabemos que la comunidad es un cuerpo político. Por lo anterior, definiciones como las planteadas por Ayala y Cela (2006, p. 128) que entiende la cultura como los "resultados públicos de la actividad mental humana" si bien resulta útil, falla al no resaltar de forma suficiente los aspectos simbólicos y político-morales de la cultura y postular una definición individualista.

Helen Spencer-Oatey (2012) menciona que hay características claves para entender que es una cultura y que considero que deben estar en el trasfondo de nuestra definición de cultura:

- (1) esta se manifiesta en diferentes capas de profundidad que implican distinguir al menos tres niveles fundamentales: (a) artefactos observables, (b) valores, y (c) supuestos básicos subyacentes;
- (2) la cultura afecta el comportamiento y las interpretaciones del comportamiento;
- (3) la cultura puede diferenciarse tanto de la naturaleza humana y de la personalidad individual;
- (4) la cultura influye en procesos biológicos;
- (5) la cultura está asociada con grupos sociales;
- (6) la cultura es al mismo tiempo un constructo individual y un constructo social;
- (7) la cultura se encuentra siempre social y psicológicamente distribuida en un grupo y en ese sentido el delineamiento de las características culturales siempre será difuso;
- (8) la cultura tiene tanto elementos universales como distintivos;
- (9) la cultura es aprendida;
- (10) la cultura se encuentra sometida a cambios graduales; y

(11) las diferentes partes de una cultura se encuentran en cierta medida interrelacionadas.

La cultura se entiende en este texto como el producto simbólico de la actividad y las relaciones de los seres humanos de una comunidad. Esta definición tiene la ventaja de reconocer el carácter principalmente simbólico de la producción cultural, señalar el origen social y comunitario de esta, así como tener la suficiente amplitud para incluir los productos materiales e inmateriales de la actividad de la comunidad.

3. Cultura y Estado nación

En la modernidad con el surgimiento de los Estados nación se afianzaron formas culturales hegemónicas vinculadas con los grupos sociales dominantes y sus identidades de clase, género, raza y religión y de alguna forma reclaman para sí el único valor cultural de la comunidad. Los Estados nación asumirán entonces el monopolio de lo que se considera cultura excluyendo cualquier alternativa.

Benedict Anderson en su libro *Comunidades imaginadas* (1993) define la nación como "una comunidad política imaginada, limitada y soberana", así mismo, Michael Hart y Toni Negri por su parte definen la nación, en *Imperio*, como una "identidad cultural integradora basada en una continuidad biológica de relaciones de sangre, una continuidad espacial del territorio y una comunidad lingüística".

El problema de esta comprensión de la cultura como un producto nacional ha sido la exclusión y la invisibilización de alternativas simbólicas a la cultura dominante. En esta línea, Herbert Marcuse (1967) señaló que toda cultura dominante se enfrentaba afirmando su superioridad sobre otras culturas delimitándose así frente a un otro. Para Marcuse, todas las culturas dominantes tienen la tendencia a plantearse como la única cultura correcta y es ahí donde se ubica la discusión sobre la diversidad cultural y el multiculturalismo.

De esta forma se excluyeron lenguas y prácticas culturales que no correspondieran a esas líneas, ejemplo de ello es la condena de Miguel Antonio Caro, en el siglo XIX, que señalaba que el que no hablaba español estaba en contra de ser colombiano. Con los conceptos dados podemos explicar que un problema que podemos encontrar en los Estados modernos es que su poder es vinculado a la representación cultural de una nación específica e ilimitada por lo que excluye la identidad de muchos pueblos, como en América latina con el problema de invisibilización y exterminio de pueblos indígenas.

Esto se refleja en la priorización de la lengua española en casi toda América Latina sobre todas las diversas lenguas existentes en la región, por lo que a partir de siglo XX se da el inicio de un reconocimiento claro de la coexistencia de múltiples culturas por lo que tendrán un impacto en ciclos constitucionales como por ejemplo la del Perú en el 93, en Colombia en el 91 y en Bolivia que incluye en la constitución textos en aymara y quechua.

Así también por la UNESCO en su declaración universal de la diversidad cultural adoptada en noviembre del 2001 que menciona que la diversidad cultural así:

Artículo 1 – La diversidad cultural, patrimonio común de la humanidad

La cultura adquiere formas diversas a través del tiempo y del espacio. Esta diversidad se manifiesta en la originalidad y la pluralidad de las identidades que caracterizan a los grupos y las sociedades que componen la humanidad. Fuente de intercambios, de innovación y de creatividad, la diversidad cultural es tan necesaria para el género humano como la diversidad biológica para los organismos vivos. En este sentido, constituye el patrimonio común de la humanidad y debe ser reconocida y consolidada en beneficio de las generaciones presentes y futuras.

Así, la diversidad cultural debe ser entendida como patrimonio cultural de la humanidad, adquiere formas diversas a través del tiempo y espacio donde se manifiesta en la originalidad y en pluralidad de las identidades que caracteriza a los grupos y sociedades que conforma la humanidad, fuente de intercambios de innovación y creatividad, por tanto, debe ser reconocido y consolidada en beneficio de las generaciones futuras.

En teoría y filosofía política esto tomó particular relevancia a partir de la obra del filósofo canadiense Will Kymlicka (2012) quien plantea el reemplazo de las formas de jerarquía racial y étnica por relaciones de ciudadanía democrática. Esta comprensión de la ciudadanía multicultural no solo hace referencia a las prácticas de la coexistencia étnico-cultural al interior de un Estado sino también al problema que representa las situaciones de migración y las relaciones interestatales.

4. La globalización

La globalización es un proceso fuerte que se percibe como reciente; sin embargo, es un producto de los procesos propios del sistema económico capitalista y del desarrollo político de la modernidad del siglo XVI. Para Anthony Giddens, sociólogo inglés, se define la globalización como la "intensificación de las relaciones sociales a nivel mundial que vincula

localidades distantes de tal manera que los acontecimientos locales locales son modelados por eventos que tienen lugar a muchas millas de distancia y viceversa." Este fenómeno global es polifacético y la dimensión económica es la que más se resalta, pero ahora lo que nos interesa a nosotros es el carácter cultural que implica transformaciones en las prácticas religiosas, sociales, políticas y cotidianas.

El origen de la globalización contemporánea surge de los mismos procesos de la expansión del capitalismo y el proceso de la consolidación de la modernidad. Por ello, el elemento determinante de la globalización es la conquista de América por parte de Europa a partir de 1492 (Dussel, 1992), esta permitió la construcción de rutas comerciales desde Asia y África hasta América pasando por Europa y constituyó el inicio de una red de relaciones asimétricas que llevarían con el tiempo al establecimiento de la hegemonía del norte global y a las relaciones de subordinación política y económica de los países del sur mediante el proceso de relocalización de riquezas (Wallerstein, 1988, 2005).

Sin embargo, estas relaciones no son unidireccionales, existen dinámicas que hay que tener en cuenta para entender la globalización. Una de ellas es el caso en el que un fenómeno local logra transformarse en un fenómeno global exitoso; y por otro, lado está el impacto específico de las prácticas de las industrias internacionales en las condiciones locales de vida de las personas desestructurándolas y reestructurándolas. Un ejemplo es como la comida japonesa se vuelve parte de la gastronomía de otro país como podría ser del Perú. Por la fuerza que se ha dado a la globalización de la producción cultural de Europa y Estados Unidos, tendemos a pensar en la globalización como un fenómeno homogéneo cuando en realidad es contrario a eso, por lo que carga contradicciones por las relaciones asimétricas de las sociedades centrales, periféricas y semi periféricas. Es decir, el papel del poderío económico de un país tiene influencia fuerte en la globalización de elementos culturales propios de este.

5. Desafíos y oportunidades de la diversidad frente a lo global

Uno de los conceptos que se puede entender como una oportunidad en la globalización es el universalismo del discurso de los Derechos Humanos donde se hace referencia a estos como un producto universal que abarca a todos y todos; aunque originalmente tiene que ver con la declaración de los derechos del hombre y el ciudadano establecida en Francia 1789 la cual hablaba de un hombre en específico, el hombre entendido como el europeo, blanco, heterosexual, libre y propietario.

En el texto de Karl Marx titulado “Sobre la cuestión judía” se hace una crítica profunda a dicha declaración en gran medida por sus pretensiones universalistas. Enrique Dussel en su texto 1492, el encubrimiento del otro habla también de como la modernidad se construye a base de explotación de América latina y pueblos originarios y si hablamos de la universalización de los derechos humanos el gran iniciador de esta línea sería Bartolomé de Las Casas con el trato que se da a los nativos de la región.

Este universalismo se relaciona con el desafío que es la invisibilización y borramiento de la herencia, aceptar tal y como es planteado para pueblos originales de la región implica abandonar muchos elementos centrales en su cultura. Por lo trae consigo el desafío de superar cosas como el racismo, machismo, xenofobia, etc, pues no todas culturas viven de la misma forma con la problemática.

La oportunidad que nos puede ofrecer es el uso de las redes globales para la defensa de los derechos humanos y la denuncia de sus violaciones, pues tiene la capacidad de trascender las fronteras nacionales visibilizando las problemáticas para generar apoyo y ejercer cierta presión para evitar estos abusos. Así también, están las instituciones de Derechos Humanos de carácter internacional como son Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos que hacen parte del discurso universalista. Actualmente, están los objetivos de desarrollo sostenible y cómo de alguna forma nos apoyamos de manera internacional para tratar de resolver problemas locales con una corresponsabilidad de países con mejores condiciones.

6. Problemas comunes de la humanidad

La realidad de la globalización contemporánea se caracteriza en gran medida por la aparición de fenómenos que no se limitan a las fronteras nacionales de un Estado, sino que son globales en su naturaleza y en sus efectos; un ejemplo de ello es la contaminación que afecta no solo a los locales del lugar de producción, sino que afecta también a las poblaciones de Estados distantes. Esto presenta un desafío grave para las culturas más vulnerables y las comunidades no hegemónicas porque se encuentran en una posición precaria frente a los efectos de la explotación del planeta por parte de los países más poderosos.

El cambio climático también lleva a la afectación de la producción de alimentos lo que resulta un daño grave para la diversidad cultural que termina inclinándose por alimentos disponibles que no son parte de sus tradiciones alimentaciones donde se utiliza el concepto de soberanía alimentaria en donde la contaminación y la dificultad de acceso de insumos también

genera problemas para mantener esa soberanía alimentaria. Los efectos nocivos de las grandes empresas son una responsabilidad compartida por los daños causados.

El encuentro de las culturas puede extinguir a las culturas locales, por ejemplo el olvido de las lenguas ancestrales por parte de las siguientes generaciones que han salido de sus territorios, las prácticas culturales ambientales que empiezan a percibirse como obsoletas por los jóvenes que no tienen una apropiación cultural o que se ven forzados a la migración a otros espacios. Al abandonar la comunidad o no identificarse con ella, se pierde la posibilidad de mantener una identidad cultural.

Así tenemos que tener presente la idea de una justicia global, lo cual hace referencia a las exigencias de justicia que van más allá de los límites del Estado nación; esta idea es relevante porque vivimos en sociedades inmersas en una situación de globalización desigual; esta realidad se encuentra en un estado grave de desigualdad que implica que la justicia global es una exigencia necesaria.

Por último, tenemos el pluralismo jurídico y el derecho global donde acudimos en el escenario global a la creación de ordenamientos jurídicos que se superponen a los derechos nacionales. En las prácticas tradicionales latinoamericanas, los diversos pueblos de la misma nación muchas veces se encuentran en una posición de diversidad cultural frente a la cultura jurídica de estos Estados; los ordenamientos jurídicos Estatales suelen ser el producto de la adopción jurídica de la tradición jurídica europea configurándose como el producto de una mezcla de elementos de derecho romano, francés y alemán. Los pueblos indígenas tienen sus propias prácticas de regulación de la conducta y resolución de conflictos, prácticas que son totalmente aceptadas en la comunidad, y deben reafirmar su diversidad cultural y exigir el reconocimiento de su autonomía.

Esto obliga a los abogados a observar y repensar la teoría jurídica tradicional para entender el lugar del concepto de derecho estatalista frente al pluralismo jurídico. Asimismo, da entender que el derecho debe desenvolverse en coexistencia en los muchos discursos que hacen parte de nuestra cultura, reconocerlas y validarlas.

7. Conclusiones

En síntesis, se hace presente la posición desigual frente a la hegemonía global por lo que tenemos que respetar las prácticas culturales y tradicionales de los diversos territorios. Lo que hace a la diversidad cultural frente a la globalización un tema problemático donde no hay y ni se puede tener

la última palabra sin considerar todos los factores que la componen. Por tanto, es importante explorar cómo vivimos esa globalización en nuestras culturas sin abandonar o perder en el transcurso nuestras identidades.

8. Respuestas a las preguntas del público

8.1. Frentes problemas ambientales por el cambio climático en Latino América ¿Cómo la globalización puede incorporar la seguridad ambiental en los recursos de las comunidades nativas?

Con la posibilidad de reafirmar la cultura haciendo uso de estos diferentes mecanismos internacionales existe una ambigüedad en las relaciones como la comunidad internacional porque ellos pueden rescatar los problemas que viven la comunidades como el calentamiento global exige un compromiso global para poder protegerse, lo cual el problema grave es que las potencia como China y Estados Unidos, países responsable de la mayor emisión de gases de efecto invernadero, no están comprometidos a protocolos ambientales. Por lo que se puede ejercer presión para un compromiso de los estados para disminuir estos niveles de contaminación.

8.2. ¿Cómo se ve el futuro de la globalización frente a la crisis política y social que está presente en Latinoamérica tras la pandemia?

América Latina tiene ventajas en generar un mercado económico latinoamericano fuerte, aunque más se ve que sean socios comerciales con países potencia por lo que explota los recursos de la región y su pago es muy poco frente a las ganancias que genera.

Su opción más posible es una integración económica y política porque los recursos que no hemos sabido aprovechar siguen siendo cotizados en otras partes del mundo.

8.3. ¿Cómo se presenta la aceptación e integración de la diversidad cultural hoy en día?

En la actual teoría política o filosofía política no hay contras en la aceptación de la diversidad cultural, pero en la práctica resulta diferente. Como la campaña de Donal Trump donde chocaba con la idea de diversidad cultural que entraba en EE.UU. y el discurso xenofóbico contra la migración jugó un papel muy importante, así como la reciente campaña de Bolsonaro en Brasil por la migración venezolana.

A nivel jurídico está incluida la diversidad cultural, pero en las prácticas políticas hay problemas sentados en el discurso de la xenofobia.

9. Referencias

- Anderson, B. (1993). Comunidades imaginadas. Reflexiones sobre el origen y la difusión del nacionalismo. Fondo de Cultura Económica.
- Ayala, F., & Cela, C. (2006). La piedra que se volvió palabra. Alianza.
- De Sousa Santos, B. (1998). La globalización del derecho. Universidad Nacional de Colombia-ILSA.
- Dussel, E. (1992). 1492: el encubrimiento del Otro. Plural.
- Kymlicka, W. (2012). Multiculturalism: success, failure, and the future. Migration Policy Institute.
- Marcuse, H. (1967). Acerca del carácter afirmativo de la cultura. In Cultura y sociedad. Sur.
- Schiappa, E. (2003). Defining reality. Southern Illinois University press.
- Spencer-Oatey, H. (2012). What is culture? A compilation of quotations. GlobalPAD Core Concepts.
- Wallerstein, I. (1988). El capitalismo histórico. Siglo XXI.
- Wallerstein, I. (2005). Análisis de sistemas-mundo. Siglo XXI.

Igualdad en el acceso a la justicia para las mujeres en los casos de violencia de género*

Claudia Rojas Mayora**
Universidad Científica del Perú

SUMARIO: 1. Presentación del tema / 2. Estereotipos de género / 2.1. Tipos de estereotipos / 2.2. Estereotipos y tratados internacionales / 3. Ley 30364 / 4. La violencia contra las mujeres en cifras / 5. Criterios para el acceso a la justicia en casos internacionales / 6. Conclusión / 7. Preguntas del público.

1. Presentación del tema

La situación de acceso a la justicia no solo es un tema resaltado en el espacio nacional, existen diversos instrumentos internacionales que también lo toman en cuenta y lo transforman en un principio universal. Tal como lo podemos observar en la declaración de eliminación de violencia contra la mujer, la convención sobre la eliminación sobre todo tipo de discriminación contra la mujer, la convención Belém do Pará y la recomendación general 19/35 del comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer (CEDAW).

Por lo tanto, el acceso igualitario a la justicia, así como exige el deber de ser cumplido, también exige la obligación por parte de los Estados en relación con la eliminación de prejuicios y estereotipos en los órganos de justicia a partir de la implementación de acciones para erradicar la discriminación hacia las mujeres.

* Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso especializado en derechos humanos y género, y Curso especializado en pueblos indígenas y diversidad cultural, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 20 al 23 de marzo del 2022.

** Cuenta con Abogada con mención por la Universidad Científica del Sur. Maestría en Ciencias Penales por la Universidad Científica del Perú. Es Fiscal Adjunta Provincial corporativa especializada en agresiones contra la mujer e integrantes del grupo familiar de Lima Sur. Desempeñó cargos en el Distrito Fiscal de Loreto.

2. Estereotipos de género

Dentro del derecho, ¿a qué se hace referencia con “estereotipos de género”? Son ideas preconcebidas generalizadas que se atribuyen a un grupo de personas en específico, además de ignorar características individuales y presumir que algunas de ellas son obligatorias a tales personas. Sin embargo, estos estereotipos no solo ocupan el campo del Derecho, sino que están arraigados en la sociedad misma y se designan desde su nacimiento. Como, por ejemplo, la designación de colores por el sexo, niñas usan rosa y niños usan azul. Un “debe ser así”, una atribución de comportamientos y expectativas que se distinguen por ser hombre o mujer.

2.1. Tipos de estereotipos

Desde una perspectiva transnacional jurídica, Rebeca Cook señala que existen diversos tipos de estereotipos. El primero de ellos: estereotipos prescriptivos, es decir, lo que dispone las leyes, las políticas públicas y las prácticas sociales; el segundo: los estereotipos falsos son los que asignan características ficticias, por ejemplo, el vincular la promiscuidad en contextos de violación sexual o que por el simple hecho de llevar prendas interiores de color rojo significa estar dispuesta a tener relaciones sexuales. Finalmente, el tercer tipo se basa en las normas jurídicas, relaciona la respuesta que da un operador de justicia ante hechos de violencia.

2.2. Estereotipos y tratados internacionales

El artículo 2, literal c de la Convención de CEDAW establece la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantiza por medio de los tribunales nacionales competentes y otras instituciones públicas contra todo acto de discriminación. Este concepto en la mayoría de sociedad es muy sensible, pues se entiende que por ser mujer existe una “protección especial desmedida” que deja al hombre indefenso al ser acusado. Esto es un perfecto ejemplo de estereotipo falso.

Las regulaciones sobre la discriminación de la mujer no significan que el sexo masculino quede indefenso, ni mucho menos tenga acceso a la justicia. Así también, el artículo 5, literal a, de la Convención de CEDAW, señala que se deben modificar los patrones socioculturales de las conductas de mujeres y hombres con miras a alcanzar la eliminación de prácticas discriminatorias basados en la idea de superioridad o inferioridad. Ello refuerza la idea de que los estándares internacionales buscan la protección de los derechos de las mujeres, pero con base en la igualdad.

Para lograr esta igualdad de derechos, deben eliminarse patrones socia-

les discriminatorios. Como, por ejemplo, dentro de las relaciones laborales solo permitir que los hombres accedan a cierto puesto. Por otro lado, debe tenerse en cuenta el artículo 6 de la Convención Belém do Pará, el cual señala que el derecho de las mujeres incluye la valoración y educación libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales basados en conceptos de inferioridad o subordinación.

El artículo 7 de la misma Convención señala que las autoridades deben actuar con debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. Mientras que el artículo 8 indica que se debe modificar los patrones de comportamiento de hombres y mujeres a través de la educación para así poder contrarrestar la desinformación que suele resultar en perjuicios. Por ejemplo, la implementación de talleres libres para niñas y niños, sin sesgo ni diferenciación por sexo, como lo puede ser la cosmetología, la cocina que solo "podían realizarlo las mujeres".

Dentro de los alcances internacionales también encontramos la Carta Iberoamericana del Derecho de las Víctimas, la cual señala que el acceso a la justicia por parte de las víctimas no debe verse obstaculizado por prácticas discriminatorias, además de contar con procedimientos judiciales que consideren sus necesidades, es decir, servicios oportunos, expeditos y gratuitos. Todas las normas de los instrumentos internacionales son reguladas e implementadas de acuerdo a la Ley 30364 en nuestro ámbito nacional.

3. Ley 30364

Esta ley tiene el propósito de prevenir, sancionar y eventualmente erradicar la violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar ¿De qué manera esta se integra con los acuerdos internacionales? Pues, a partir de ello se reconoce la asistencia y protección integral a las víctimas de violencia de género.

Cuando se refiere a una protección integral se abarca un plano psicológico y un plano legal, por ello es un mandato obligatorio el que el Estado designe un abogado de víctimas –el cual puede ser del Centro de Emergencia Mujer o del Ministerio de Justicia–. De lo contrario, si la persona opta por una defensa particular, ello debe ser comunicado. Asimismo, si este no pudiese continuar con su trabajo, el Estado puede subrogar al abogado particular –a pedido de la víctima– y designar uno estatal.

El acceso a la justicia también va de la mano con el asesoramiento adecuado, ello tomando en cuenta las condiciones sociales de la víctima. Por ejemplo, quienes estén en el contexto de tener hijos en medio de una discusión por la custodia, o brindar un enfoque intercultural hacia las personas

que pertenecen a comunidades nativas. Este último punto es pertinente del Ministerio de Cultura, incluye traductores, asistencia legal en su idioma, protección psicológica.

Estas cuestiones no significan algún tipo de privilegio, sino es una manera de otorgar protección a una víctima que se encuentra en condiciones vulnerables. Procurar un ambiente agradable, la asesoría correspondiente, tratamientos adecuados, todo ello es parte de un correcto acceso a la justicia.

Dentro de la Ley 30364 también se prevé que, como derecho de la víctima, sus declaraciones deben ser recibidas por personal especializado, ello en referencia a las entrevistas únicas de la Cámara Gesell realizadas a través de psicólogos. Asimismo, se incluye el brindar un ambiente adecuado para la víctima, puesto que, por ejemplo, si el agresor se encontrara en la misma sala, ello puede ser un obstáculo y no dejaría declarar a la víctima por miedo u otros sentimientos. Además, se menciona el derecho a la atención y recuperación tanto de la salud física como de la mental. El Estado, desde una perspectiva de género, tiene el compromiso y obligación de realizar un seguimiento a las personas víctimas de violencia, junto a las terapias psicológicas necesarias.

4. La violencia contra las mujeres en cifras

Según cifras recaudadas por la ONU MUJERES, el 35% de las mujeres de todo el mundo han sufrido violencia física o sexual por parte de una persona distinta a su pareja, mientras que un 75% ha sufrido este mismo tipo de violencia, pero por parte de su pareja. A partir de estos índices internacionales, es importante reconocer y concientizar el problema nuclear que pone a las mujeres en una situación de vulnerabilidad y desprotección.

Los aún estereotipos existentes como que "las mujeres casadas no pueden denunciar a sus esposos por violación sexual porque si no los niños se quedarían sin papá", o que una mujer mayor no puede denunciar ello porque ya es "muy grande" y ella sabe que situaciones lo propicia, estos comentarios y más solo son hechos que revictimizar a las mujeres y solo las culpan, minimizan las consecuencias e ignora la situación real. En este sentido, no solo es necesario formalidades en la ley, sino una verdadera sensibilización en nuestra sociedad. Existen 144 países que poseen leyes contra el acoso sexual, pero en 37 de ellos no se procesa a los autores de violaciones sexuales que están casados o se casan posteriormente con las víctimas. Aunque el Perú no forma parte de este último grupo, en la realidad es un argumento que suele usarse para disminuir la credibilidad de las declaraciones de las víctimas.

Dentro de los índices del INEI, se encuentra que durante el 2011 un 74% de mujeres fueron víctima de violencia; mientras que en el 2016 el porcentaje bajó a un 68%. Sin embargo, durante el periodo de pandemia en el año 2020-2021, las cifras se elevaron, pues el estar encerradas en casa, en diferentes casos, las acercaba más a sus agresores, siendo incluso víctimas de feminicidio.

El aparato estatal y el acceso a la justicia no empieza y termina tan solo con los abogados, sino que ello incluye médicos legales, psicólogos, centros de salud y demás personal estatal autorizado. Son estas personas las que deben poseer una capacitación adecuada para poder ayudar a las víctimas, con tratos empáticos, procesos sencillos y apoyo eficaz.

Sensibilizar a nivel social es otra tarea pendiente, la principal cuestión que busca evitarse es la revictimización, ya que es esta la cual impide una real justicia. Los diferentes centros y entidades estatales encargadas de brindar atención a las víctimas deben implementar y mejorar las políticas internas ya existentes para así realizar un mejor trabajo en cuanto programas asistenciales.

5. Criterios para el acceso a la justicia en casos internacionales

En el famoso caso "Campo algodoner vs. México", los funcionarios públicos incumplieron el deber de actuar con debida diligencia al no iniciar investigaciones por las mujeres desaparecidas, apoyándose en que estas no habían desaparecido, sino que se habrían escapado con su pareja. Este no es otro más que un criterio estereotipado por parte de un operador de justicia. Por ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró su responsabilidad internacional y concreto la idea de los derechos de las mujeres como parte de los derechos humanos.

En el caso "Atala Riffo y niñas vs. Chile", se ve una situación de discriminación por orientación sexual, razón por la cual en las instancias internas se declaró el retiro de la custodia de sus hijas, alegando la protección superior del niño. La protección de los niños no debe implicar la discriminación de su madre, sea por motivo de raza, sexo, orientación sexual ni otros. La falta de un trato igualitario perjudica el núcleo familiar y la vida privada.

Dentro del caso "Espinoza Gonzales vs. Perú", la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoció y rechazó el estereotipo de género por el cual se considera a las mujeres sospechosas de haber cometido un delito. Este caso se dio en el contexto de conflicto armado interno, donde se originó diversos casos de tortura, casos degradantes y penas crueles.

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoció la responsabilidad internacional del Perú por el incumplimiento al artículo 7 de la Convención Belém do Pará.

Como un ejemplo de caso nacional, en el caso de la Corte Suprema de Perú que declaró improcedente el recurso de nulidad de la absolución de Elsa Huilca –quien era propietaria de un bar en el sector minero de Mazuco– por delito de trata de personas. La Corte reconoce una situación de discriminación de la mujer y explica que existen criterios a nivel general para garantizar y respetar los testimonios y pruebas de las mujeres sin recaer en estereotipos o prejuicios.

6. Conclusión

La violencia contra las mujeres no debe ser aceptada ni justificada ni tolerada. Se debe reconocer que aún las mujeres están dentro de un proceso de desigualdad en cuanto reconocimiento de sus derechos que no solo parte desde la perspectiva del Estado no cumplidor de sus normas, sino también de la falta de sensibilización por parte de los operadores de justicia.

El acceso a la justicia para las mujeres es un reto pendiente, con estándares internacionales y mucho estudio por delante. No estamos hablando de solo protección y derecho para las mujeres, que solo las víctimas puedan acceder a ello, por el contrario, con la implementación de diferentes políticas públicas se busca una igualdad concreta para el acceso de todos. El tratamiento distinto se debe al contexto de vulnerabilidad, no a privilegios.

La protección integral debe darse en un sentido completo, con autoridades capacitadas, con eficacia, responsabilidad, empatía, con la finalidad principal de hacer justicia. No solo por ser mujer, sino porque como todo ser humano, posee derechos humanos y estos deben ser respetados y garantizados.

7. Preguntas del público

7.1. ¿Usted considera que las políticas públicas han tenido una buena repercusión en la aplicación de justicia?

Las implicancias de estas políticas públicas van más allá de sus objetivos. Es una situación que aún hay que trabajar. Su aplicación se da, y sí, existe un avance, pero no al 100%. Alcanzar las metas de estas requieren mayor trabajo por parte de los servidores públicos y operadores de justicia.

7.2. ¿Cuáles son los principales factores que impiden una verdadera igualdad en la ejecución de justicia en este tipo de casos?

No podría señalar factores específicos, ya que cada caso es único y propio de sus hechos. Sin embargo, es el desconocimiento un factor común, este por parte de las personas víctimas, pero también por parte del operador. Si no se sabe que derechos exigir, más los estereotipos pre colocados en su mente, resulta en un obstáculo para poder defenderse. Así, no se puede lograr una política integral de protección.

Otro factor importante que se une con el desconocimiento es el corto alcance de las normas, pues no en todo el país es sencillo acudir a estos recursos.

7.3. ¿Qué considera que hace falta para lograr equidad en la justicia?

Hace falta capacitarse mejor en enfoque de género, tenemos que equiparar ambas partes, ambas personas tienen derechos, pero debemos estudiar como han hecho uso de estos y si abusan de ellos.

Protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género en el Perú*

Manuel Forno Castro Pozo**
Universidad Nacional Agraria La Molina

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Orientación sexual / 3. Antecedentes en el Perú / 4. La homosexualidad / 5. Discriminación por parte del Estado / 6. Situación actual / 7. Conclusión / 8. Respuestas a las preguntas del público.

1. Introducción

Existen personas con otras orientaciones sexuales e identidades de género, por ende, no todas las personas son heterosexuales. Las personas con orientaciones e identidades no heterosexuales no optan o escogen sus identidades, por ende, no pueden modificarse. Además, algo importante no contagian, por lo tanto, la “homosexualización” es una mentira, no se puede producir porque tampoco existe la “heterosexualización”. Por ejemplo, una persona gay vive en una sociedad con una mayoría heterosexual que tiene un proceso de socialización hetero normativo y yo no soy heterosexual, a pesar de todos los esfuerzos de la sociedad de heterosexualizame, Lo único que logran las sociedades impositivas es oprimir a las personas que son diferentes. Por otro lado, es importante reconocer y tener claro que todas las personas tenemos los mismos derechos, libertades y oportunidades que

* Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso especializado en derechos humanos y género, y Curso especializado en pueblos indígenas y diversidad cultural, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 20 al 23 de marzo del 2022.

** Bachiller en Ciencias biológicas por UNALM. Maestría en Género, Sexualidad y Políticas Públicas en UNMSM. Trabajó como director del Proyecto Observatorio de DDHH LGBT y VIH/Sida del Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Sexualidad Sida y Sociedad CISSS de la Universidad Peruana Cayetano Heredia. Trabajó como Especialista en Capacitación en DDHH y Diversidad Sexual en PROMSEX. Ahora es consultor en Derechos Humanos y Diversidad Sexual

las personas heterosexuales; esta premisa en la práctica o en la realidad no se cumple en el Perú.

2. Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género

La orientación sexual está vinculada a con quien quieres compartir el placer, el amor, el erotismo y los afectos, pueden ser del mismo género o de géneros opuestos. Las identidades de género se vinculan al sentimiento profundo e íntimo que tienen las personas de ser hombres o mujeres, de sentirse masculinas o femeninas, este sentimiento no está sujeto al sexo que nos asignaron al momento de nacer. La expresión de género es la manera en que una persona actúa, habla y se comporta para comunicar su género al mundo exterior que lo rodea.

3. Antecedentes en el Perú

Parte del proceso de la importancia de proteger y promover los derechos humanos de las personas LGTBIQ+, es hablar de que las personas LGTBIQ+, que han existido en este país en las épocas de la civilización Moche que desarrolló y representó actos sexuales de diversos tipos, como el coito anal, la felación y la masturbación entre parejas del mismo sexo y de sexo diferente en sus iconografías, mal llamados "huacos eróticos". Se piensa que estaban relacionado con los rituales religiosos y que también representaban escenas de la vida cotidiana. Posteriormente, se encuentra información de Pedro Cieza de León, quien llegando a Lima escribe sus crónicas entre 1548 y 1550 en las que relata, que en la isla de Puná y en Puerto Viejo al norte del Perú, actualmente Ecuador, habían lugares conocidos donde existía la sodomía, que los varones de esos lugares mostraban el pecado de la sodomía de manera pública, además que se gloriaban de ello.

Luego, en 1813 en la ciudad de Lima, se encuentran historias donde nos narran que el mulato Francisco Pro fue detenido, enjuiciado y azotado por no vestirse de manera adecuada y sin una correspondencia entre su sexo y su expresión de género, fue el primer caso de una persona conocido de la existencia de una persona transgénero.

Otra hito importante para la reconstrucción de nuestra historia fue "La Fiesta de la Laguna de Barranco" que el 2 de febrero de 1959. Fue un baile de carnavales calificado en esa época como inmoral, Todos los participantes con apariencia femenina, fueron detenidos y muchos fueron sometidos a exámenes médicos para demostrar su condición de homosexuales pasivos, al menos dos de los detenidos que fueron obligados a someterse a estas pruebas se intentaron suicidar.

Por último, el 31 de mayo de 1989 el MRTA asesina a 8 travestis y gais en el bar "Las Gardenias", este asesinato fue realizado por un grupo de integrantes del MRTA que ingresó violentamente al bar y acusaron a los gais y travestis de lacras sociales y de corromper a la juventud, finalmente fueron denominados indeseables. Ese día el movimiento LGTBIQ+ declaró en el Perú el día nacional de lucha contra la violencia y crímenes de odio hacia las personas LGTBIQ+.

Por último, en el sistema cisheteronormativo que se instaló en nuestro país durante el proceso de colonización de España con la iglesia católica como su principal aliado, impuso el adoctrinamiento obligatorio de la moral judeocristiana. Este sistema, binario y heteronormativo, como mecanismo de control social y opresión reduce la sexualidad y sus diversas manifestaciones de sentires a cumplir solo un mandato, el reproductivo.

4. La homosexualidad

En el Perú la homosexualidad no es un delito desde 1924, además desde el 17 de mayo de 1970, la OMS eliminó de su Manual de Enfermedades y del capítulo de Enfermedades Mentales la homosexualidad. Desde esa fecha la homosexualidad es considerada una parte de la sexualidad de todas las personas. Así como también en el año 2018 la OMS eliminó la transgeneridad del Manual de las enfermedades, solo considerándola como una disforia de género.

Desde inicios de 1990 hasta finales de la década se inicia una profunda discusión sobre la heteronormatividad, la dicotomía sexual y genérica, el sexo asignado al momento del nacimiento y la definición del género como una variable socialmente construida y, por ello cambiante. No se puede hablar del género que es inmutable, que no cambia, que no se transforma porque las sociedades cambian y se transforman, y al ser un proceso social, este es transformable.

Entre 1968 y 1975, el materialismo histórico nos permitió identificar la existencia y las relaciones de dominación y subordinación en oposición binaria, por ejemplo, los explotadores y explotados, homosexuales y heterosexuales, cisgénero y transgénero, hombres y mujeres. Luego, esa dicotomía se fragmentó y se planteó la discusión de que somos diversos, pero de segunda clase, porque las personas LGTBIQ+ en el Perú no han logrado ningún reconocimiento, ni protección por la existencia de leyes, ordenanzas, Protocolos, que expresen un avance en ese sentido, que permita que las personas se puedan expresar sin miedo, con libertad, sabiendo de la existencia de leyes que nos protegen. Por ejemplo, en los últimos 30 años se han presentado varios proyectos de ley contra la discriminación

por orientación sexual, identidad de género, crímenes de odio, unión civil entre personas del mismo género, matrimonio igualitario, ley de identidad de género, etc., pero todos han sido archivados por los partidos políticos de derecha, que tienen en sus filas miembros con posiciones conservadoras y fundamentalistas religiosas.

Actualmente, existe muchas organizaciones fundamentalistas religiosas y conservadoras que continúan validando mitos, como, decir que la ideología de género existe y que conlleva a un proceso de homosexualización de los niños, niñas, adolescentes y jóvenes. Este discurso tiene la finalidad de entorpecer la aprobación de propuestas basadas en la Educación Sexual Integral y el reconocimiento de los derechos sexuales, reproductivos de todas las personas. Para ello estas organizaciones utilizan argumentos estigmatizadores falsos con la finalidad de boicotear las iniciativas por el reconocimiento de derechos y procedimientos que protejan, cuiden, y dignifiquen a las personas LGTBIQ+.

Este proceso de estigmatización cisgénero heteronormativa se inicia con el sexo asignado al nacimiento, luego en la niñez, adolescencia, juventud y adultez; y se expresa a través de la incorporación de prejuicios, creencias y roles de género, como reglas inalterables a través de nuestras vidas. También valida la diferencia entre lo público y privado como una relación inequitativa entre los masculino y femenino. Por ejemplo, pensemos quienes pueden acceder a este mundo público o al mundo privado, también seguir considerando que la homosexualidad es una enfermedad, pecado y delito a pesar de que en el país la homosexualidad no está penalizada y no es una enfermedad según la OMS.

La identidad de género no se escoge ni se opta, es un proceso identitario que es parte interna de nuestras vidas, estas situaciones nos hacen sentir que las personas LGTBQ+, hacen cosas prohibidas, por ende, piensan que es mejor "estar en el closet" con la finalidad de que nadie se entere de lo que son. También, hay que tener en cuenta que en los últimos 20 años encontramos diferencias generacionales entre las personas LGTBIQ+ sean por género o por identidad, y otras variables que ahora es necesario investigar: Todas las personas LGTBIQ+ no somos iguales, somos diversos.

Las experiencias de socialización han ido cambiando a lo largo del tiempo, si bien estas experiencias de socialización se han dado en barrios, escuelas, industrias de entretenimiento y televisión; han cambiado, se han hecho más permisivas a través del tiempo, más visibles y se ha dado mayor aceptación a las personas LGTBIQ+. Por ejemplo, en la música, películas, redes sociales y en el acceso a la información educativa y no educativa,

cosa que antes era difícil debido a la poca presencia del internet y las redes sociales.

5. Discriminación por parte del Estado

La violencia hacia esta población en situación de vulnerabilidad, pero vi- viendo discriminación, ha ido cambiando debido al inevitable acceso a in- formación seria e investigativa que favorezca a la protección de los dere- chos humanos de las personas LGTBIQ+, pero también se puede acceder a información que dificulta, estigmatiza y genera violencia a las personas LGTBIQ+, esto a la vez valida la violencia estructural de nuestro sistema contra toda persona que sea considerada diferente.

Esta problemática también está aún presente en las universidades porque hay una falta de decisión política por parte de sus autoridades para in- corporar cursos de sexualidad, salud sexual y reproductiva, orientaciones sexuales, identidades de género, derechos humanos, violencia estructural y la inclusión.

Otro espacio donde se puede reflejar esta problemática es en el acceso a la salud, cuando una persona LTGBIQ+ va a un centro de salud lo primero que le piden es una prueba de VIH, esto refleja que vinculan aún a los diversos sexuales como portadores de VIH SIDA. En la actualidad existen muy pocos espacios para poder prevenir y promover la defensa de los derechos hacia las personas LGTBIQ+, pero también hay poca confianza ante éstas instituciones; lo que hace difícil que las personas LTGBIQ+ que las personas se acerquen a denunciar. Es como ir "A la Boca del Lobo". Por ejemplo, si una persona LGTBIQ+ es violentada, no es tomada en serio, lo primero que piensan es "que habrá hecho para que le peguen" y por ello no puede efectivizar una denuncia. Esto refleja que actualmente prevalecen los prejuicios, por los tanto no existen mecanismos seguros y confiables para hacer denuncias.

Las instituciones lamentablemente todavía no han generado protocolos verdaderamente inclusivos en las cuales se pueda reconocer las violencias y discriminaciones que sufren las personas LGTBIQ+, no hay procedi- mientos claros y ni válidos para poder mantener sus identidades protegi- das y no se produzca la revictimización, sabiendo que, si se da a conocer sus nombres, lamentablemente pueden perder sus trabajos o sufrir peores tipos de violencia.

Muchas de las instituciones públicas dicen que no pueden construir estos propuestas por la falta de presupuesto para poder desarrollar estos tipos de mecanismos, pero tampoco aceptan que las organizaciones LGTB IQ+

o las ONG especializadas en estos temas puedan realizar capacitaciones dentro de estas instituciones públicas, ni dan validez a las investigaciones realizadas por las ONG y las organizaciones LGTBIQ+. Esta situación perenniza la violencia, discriminación y prejuicio al no haber un accionar del poder legislativo para aprobar leyes inclusivas, de la misma forma el poder ejecutivo no tiene la voluntad para desarrollar procedimientos y protocolos inclusivos para las personas LGTBIQ+.

Es prioritario que las organizaciones LGTBIQ+ se organicen y fortalezcan, además de que lleguen a consensos e identifiquen a sus aliados, desarrollen estrategias y acciones para el logro de sus objetivos y accedan a la igualdad con una vida digna y en libertad.

6. Situación actual

En los tiempos de COVID se han visibilizado situaciones en donde la sociedad heteronormativa y prejuiciosa han discriminado abiertamente a la comunidad LGTBIQ+, por ejemplo, no dejando a las mujeres transexuales salir a las calles para poder conseguir sus alimentos queriendo invisibilizarlas. No se ha aprobado una ley de identidad de género y es fundamental que las personas LGTBIQ+ tomen decisiones sobre qué políticas públicas les garantizaran una mejor vida libre y digna. Además de cuáles, son las afectaciones que están viviendo a causa de la ausencia de propuestas inclusivas.

Es prioritario incorporar en los procesos de socialización el tema de identidad de género, orientación sexual, expresión de género, sexo asignado al momento del nacimiento, los roles de género, procesos de aprendizaje, opresión, roles sexuales, placer, erotismo, amor, educación sexual integral, violencia estructural y de género, discriminación, parejas del mismo sexo, violencia de parejas, interseccionalidad; estos temas son importantes para identificar que no todos somos iguales. Otro punto que tomar en cuenta es que no todas las personas LGTBIQ+ son iguales, se debe considerar que al interior de cada acrónimo LGTBIQ+ existe clase social, discapacidad, edad, orientación sexual, etnia, creencia, sexo, etc.

7. Conclusión

La lucha de las personas LGTBIQ+ se libra en diferentes campos y un campo de acción es la incidencia de políticas públicas, el otro es el debilitamiento de creencias vinculadas a prejuicios como la lucha contra la opresión heteronormativa y cisgénero. Otro campo de disputa importante es el abordaje es la enseñanza de la educación sexual integral y el enfoque de género. Finalmente, no debemos dejar de lado nuestra posición frente a

las experiencias dentro del teatro, pintura, contracultura, festivales inclusivos, producción audiovisual y representación de la poesía. También, debemos de tener claridad frente a la neocolonización sobre las identidades LGTBQ+. Por ejemplo, en el mes de julio varias instituciones privadas ponen la bandera LGTBQ+ y se jactan de ser inclusivos, pero a la hora de contratar personal o promover cargos de gerencia piden documentos de identidad, y CVs sabiendo que en este país no existe una Ley de Identidad de Género, así como que no hay matrimonio igualitario, validando la violencia estructural y la desigualdad de oportunidades en las personas LGTBQ+. Para las personas LGTBQ+ es importante que dentro de este proceso de promoción no hay que instrumentalizar las agendas políticas de las personas y organizaciones para validar un modelo impuesto por las agencias financieras que invisibiliza nuestra la representación LGTBQ+.

8. Respuestas a las preguntas del público

8.1. En el contexto de la Covid-19 ¿qué tipos de revictimización han sido más notorios hacia la comunidad LGTBQ+?

El COVID evidenció muchas situaciones que no estaban resueltas, por el contrario, estaban invisibilizadas producto del prejuicio y del estigma, antes del COVID había muchas personas LGTBQ+ que habían logrado conseguir empleos con sueldos no muy altos, pero si les alcanzaba para poder vivir en comunidad. Al iniciar la pandemia algunas empresas suspendieron los trabajos y muchas personas LGTBQ+ dejó de tener ingresos.

En el caso de las mujeres transgénero donde lamentablemente el sistema heteronormativo ha generado el trabajo sexual como su espacio para que ellas puedan desarrollarse "para su bien, porque les gusta", Aquí se genera un mecanismo de control social y subordinación, en pandemia, estas mujeres sólo se les permitía generar y obtener dinero en la pandemia. Por último, uno de los grandes problemas que se presentó fue el acceso a medicamentos para las personas que tenían VIH, los sistemas de salud priorizaron la atención a las personas portadoras de COVID, por ende, todas las personas que tenían VIH antes de la pandemia y que accedían a sus medicamentos de manera gratuita dejaron de recibirlos, por consiguiente, dejaron de tomar los medicamentos, perdiendo adherencia a los medicamentos.

8.2. ¿Cuál es la diferencia entre un acto de discriminación y un acto de violencia de género?

Una situación de violencia de género se da en función a cómo el agresor identifica cual es el género de la persona violentada. Cuando se habla de

violencia de género para el agresor significa que la víctima es una persona más débil y que por ende puede agredir.

El acto de discriminación es cuando alguien considera a las otras personas como seres inferiores y actúan para hacerlos sentir mal.

8.3. ¿Se han encontrado diferencias entre las violencias de las personas trans en la sierra y selva del Perú?

Existen diferencias, las personas que sufren más violencia dentro del acrónimo LGTBIQ+ son las personas transgénero, dentro de las personas trans las mujeres trans son las que reciben más violencia visible, en este caso las agresiones de violencia son públicas, mientras que en el caso de los hombres trans la violencia se da en el entorno familiar y son quienes generan la mayor violencia. En las regiones de la sierra las cuestiones de violencia existen, por ejemplo, tenemos el caso de las mujeres transgénero asesinadas en Arequipa. Por el otro lado, la mayoría de las mujeres transgénero que ofrecen trabajos sexuales en Lima son provenientes de la selva, aquí hay un problema no resuelto. Esta situación sucede aunque la mayoría de personas piensa o tiene la idealización de que la selva es el "paraíso sexual" pero la realidad es otra, sigue siendo tan conservadora como todo el Perú. Lo claro es que en la selva del Perú también se ejerce la violencia y discriminación contra las personas transgénero.