

JUSTICIA & SOCIEDAD

1ER NÚMERO
Mazo 2025



CHASKA
AMARU

Justicia & Sociedad

N° 1 - Mayo 2025

© CHASCA AMARU

Urb. Virgen de Chapi B-11. Camino a la Huega, Ica - Perú

asociacionchaskaamaru@gmail.com

Página web: <https://www.chaskaamaru.com>

Equipo editorial:

- Alfonso Julián Dávila Arrese
- Ana Eirene Martínez Saavedra
- Ana Lucía Anicama
- Estefanía Lucero Barrenechea Cayo
- José David Castrejón Puente

Depósito Legal N° 2025- 05551

ISSN N° 3084-7737 (Impresa)

ISSN N° 3084-7753 (Virtual)

Tiraje: 50 ejemplares

Impreso en: Junio de 2025

Grafica Rojas

RUC - 10107260914

JR. Huancavelica 626 Cercado De Lima -Lima Peru

INDICE

Presentación

Consejo Directivo al momento de la Publicación

Miembros de la Asociación

Primera Parte: Artículos coordinados por el Maestro Díaz Colchado

1. **El carácter político de las controversias constitucionales y los desafíos a la justicia constitucional: constitucionalización y convencionalización**
Juan Carlos Díaz Colchado
2. **Constitucionalización del Proceso Civil peruano y el indebido Proceso de Ejecución de Garantías**
Julio Jesús Mormontoy Pérez
3. **Discriminación indirecta y pobreza estructural. A propósito de los casos "Muro de la vergüenza" y "Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesús y sus familiares vs. Brasil"**
Liliana María Salomé Resurrección
4. **El procedimiento parlamentario de acusación constitucional en la Constitución de 1993: Análisis y balance de las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Congreso de la República**
Abraham García Chávarri
5. **El poder constituyente en el Perú: navegando entre la caja de Pandora y la sabiduría de Atenea**
Galimberty R. Ponce Flores
6. **Proceso constitucional del cumplimiento y proceso contencioso administrativo urgente ¡Qué complicada la convivencia!**
Victor J. Salinas Tume
7. **Límites del control parlamentario frente a las decisiones de la jurisdicción constitucional: Reflexiones a propósito de la acusación constitucional contra magistrados del Tribunal**

Constitucional por el caso El Frontón
Erika García Cobián Castro

8. **El originalismo vs. la lectura moral de la Constitución: Una reconstrucción crítica del caso Ugarteche Galarza desde la teoría constitucional y la argumentación jurídica**
Niels J. Apaza Jallo

Segunda Parte: Artículos coordinados por magistrados y ex magistrados del Tribunal Constitucional y Ministerio Público

1. **¿Es la dignidad el mejor sustento de nuestro actual constitucionalismo?**
Eloy Espinosa-Saldaña Barrera
2. **El Rol del Ministerio Público en la Protección de los Derechos Humanos: Análisis desde el Estado Constitucional**
Myrna Rossana Arrese Chavez
3. **Actual normativa de extinción de dominio en Perú**
Carmen Victoria Huayre Proaño
4. **La Presunción de Inocencia y la Cultura de la Cancelación - Derechos Fundamental - Proceso Penal**
Maria Ana Ley Tokumori

Tercera Parte: Artículos elaborados por estudiantes de derecho

1. **Interés Social vs. Interés Particular: Regulación de Servicios Públicos Esenciales y el Rol del Estado**
Alfonso Julian Davila Arrese
2. **La Gestación Subrogada: Una Expresión del Patriarcado y la Mercantilización del Cuerpo de las Mujeres desde una perspectiva de Derechos Humanos**
Ana Lucia Anicama Ley
3. **Eficiencia administrativa: Propuestas para reducir la burocracia en los procesos administrativos**
Samir Farid Chumán Samaniego

4. **¿Qué es y qué función cumple la simplificación administrativa?**
Algunas consideraciones sobre sus alcances
Stefano Mosca Farfan
5. **Uso de la virtualidad, la inserción de la responsabilidad social y la ampliación del Sistema Nacional de Control en pro de reducir actuaciones administrativas en contra del interés público y la normativa**
vigente
Kaira Portillo Paulino
6. **Políticas de inclusión social y las propuestas para garantizar la participación ciudadana y mejorar la equidad en la provisión de servicios**
públicos
Sophia Paola Yaranga Aguilar
7. **Procedimiento Administrativo sancionador: Esencial para el funcionamiento del Estado de Derecho**
Valerin Janae Diaz Chujutalli
8. **El derecho al debido proceso y su rol en el funcionamiento de la administración**
Franco Fabrizio Robles Díaz
9. **La simplificación administrativa como una solución a la digitalización del sistema administrativo público**
Marco Antonio Periche López
10. **Transparencia y rendición de cuentas: Mecanismos para fortalecer la transparencia en la administración pública y combatir la corrupción**
Mell Ximena Tineo Vilchez

Presentación

El Derecho no solo se construye en los códigos ni se debate exclusivamente en los tribunales. Se forma, se transforma y se cuestiona también en los espacios académicos, en el diálogo abierto y en el intercambio de ideas. Bajo esa premisa, la revista Justicia & Sociedad by Chaska Amaru nace como una plataforma destinada a promover la reflexión crítica, plural y rigurosa sobre los desafíos que enfrenta hoy el Derecho en nuestras sociedades.

Desde Chaska Amaru, entendemos el estudio jurídico como un compromiso con la justicia social y la transformación estructural. Por ello, esta publicación se inscribe en los fines de nuestra asociación: fomentar el análisis de temas controversiales con relevancia jurídica, defender principios fundamentales como el de inocencia, y propiciar el intercambio de conocimientos y experiencias entre quienes pensamos el Derecho desde distintas perspectivas.

Además, buscamos que Justicia & Sociedad sea un canal para la difusión de investigaciones, la producción de pensamiento crítico y la formación académica de calidad, articulando esfuerzos por una cultura jurídica más consciente, accesible y comprometida con los problemas reales de nuestra comunidad.

Invitamos a las y los lectores a sumarse a este espacio, no solo como consumidores de ideas, sino como agentes activos en la construcción de un Derecho más justo, humano y conectado con la sociedad.

Consejo Directivo al momento de la Publicación

Presidencias

- Alfonso Julián Dávila Arrese – Presidente
- Estefanía Lucero Barrenechea Cayo – Vice-Presidenta
- Ana Lucia Anicama Ley – Directora General

Direcciones

- Jose David Castrejon Puente – Director de la Comisión de Economía y Administración
- Zarely Quijano Quezada – Directora de la Comisión de Recursos Humanos
- Katy Quijano Quezada – Sub-Directora de la Comisión de Recursos Humanos
- Estefanía Lucero Barrenechea Cayo – Directora de la Comisión de Publicaciones
- Any Carolina Ravello Alfaro – Directora de la Comisión de Eventos
- Ana Lucia Anicama – Directora de Responsabilidad Social
- Stefano Mosca Farfan – Sub - Directora de Responsabilidad Social
- Cielo Vanessa Gamez Pachas – Directora de la Comisión de Imagen y Publicidad
- Ana Eirene Martínez Saavedra – Directora de la Comisión de Investigación Académica

Editores de la Revista

- Alfonso Julián Dávila Arrese
- Ana Eirene Martínez Saavedra
- Ana Lucia Anicama Ley
- Estefanía Lucero Barrenechea Cayo
- Jose David Castrejon Puente

Miembros de Chaska Amaru

- Analucía Anicama Ley
- Alfonso Julian Davila Arrese
- Estefanía Lucero Barrenechea Cayo
- Any Carolina Ravello Alfaro
- Juan Diego Rojas Verastegui
- Ana Eirene Martínez Saavedra
- Vivian Lizbeth Olivera Norabuena
- María Claudia Gamarra Navarro
- Cielo Vanessa Gamez Pachas
- Valerin Janae Diaz Chujutalli
- Daniel García Calle
- José David Castrejón Puente
- Gladys Andrea García Huamán
- Carlos Sebastián Casós Sarzo
- Adriana Alessandra Mondragón Obregón
- Zarely Dayanne Quijano Quezada
- Katy Quijano Quezada
- Barbara Valentina Gathe Tomanguilla
- Arturo Franco Nieto Gutierrez
- Valeria Noelia Roca Perez
- Vasti Silvana Flores Baldeon
- Yolanda Isabel Berrocal Carpio
- Frida Giudice Parra
- Stefano Mosca Farfan
- Alonso Ramos Ramos Gomez



Primera Parte

Artículos coordinados por el Maestro Díaz Colchado

La presente parte está conformada por trabajos académicos coordinados por el maestro Díaz Colchado, los cuales reúnen una serie de artículos que se distinguen por su elevada calidad intelectual y por un enfoque eminentemente doctrinario. Estos aportes no solo reflejan un profundo conocimiento de diversas áreas del derecho, sino que también ponen de relieve la importancia de la doctrina como fuente fundamental para la construcción, interpretación y evolución del ordenamiento jurídico.

La doctrina jurídica —como reflexión sistemática y crítica elaborada por juristas, investigadores y académicos— cumple un papel esencial en el fortalecimiento del pensamiento jurídico, al ofrecer marcos teóricos que orientan tanto la aplicación práctica del derecho como el diseño de políticas públicas y las reformas legislativas. En este sentido, los artículos aquí presentados no solo enriquecen el debate académico, sino que también constituyen valiosos insumos para los operadores jurídicos, legisladores, docentes y estudiantes interesados en comprender los fundamentos teóricos que sustentan las instituciones jurídicas contemporáneas.

El carácter político de las controversias constitucionales y los desafíos a la justicia constitucional: constitucionalización y convencionalización

Juan Carlos Díaz Colchado
Profesor de Derecho Constitucional en la PUCP

Sumario:

1. A modo de introducción: ¿Qué es lo importante sobre la justicia constitucional?; 2. Las concepciones sobre la justicia constitucional en sus orígenes emblemáticos: de Marshall a Kelsen, 2.1. La concepción de la justicia constitucional en Marbury vs. Madison, 2.2. La concepción de la justicia constitucional en Kelsen; 3. Las tensiones políticas en casos judiciales emblemáticos peruanos; 4. La progresiva convergencia de los procesos de constitucionalización y convencionalización del ordenamiento peruano como desafío a la justicia constitucional; 5. A modo de conclusión; 6. Bibliografía

Resumen

El presente trabajo, como homenaje a don Valentín Paniagua Corazao, pone de relieve la problemática de la legitimidad de la justicia constitucional a partir del carácter político de las controversias que resuelve, así como de los desafíos actuales que para esta representan los procesos convergentes de constitucionalización y convencionalización del derecho.

Palabras clave:

Tribunal Constitucional, política y justicia constitucional, constitucionalización y convencionalización del derecho, casos emblemáticos

1. A modo de introducción: ¿Qué es lo importante sobre la justicia constitucional?

En un texto paradigmático Gustavo Zagrebelsky señala que el origen de las controversias que se presentan en el ámbito jurídico nunca están en los textos del derecho positivo (Constitución, ley o sentencia), sino en un lugar más profundo, en nuestras ideas o concepciones que se tiene sobre las instituciones jurídicas, porque:

(...) la idea es tan determinante que a veces, cuando está particularmente viva y es ampliamente aceptada, puede incluso prescindirse de la "cosa" misma (...) Y, al contrario, cuando la idea no existe o se disuelve en una variedad de perfiles que cada

cual alimenta a su gusto, el derecho “positivo” se pierde en una Babel de lenguas incomprensibles entre sí y confusos para el público profano (2009, p. 9).

De ahí que el punto de partida en la reflexión sobre la justicia constitucional y su legitimidad hay que buscarla en las concepciones que están en su origen y en su desarrollo, para luego dar cuenta de sus actuales problemas y desafíos. Por ello, en este trabajo se revisará las concepciones que sobre la justicia constitucional existen en sus momentos fundacionales, así como caracterizar las tensiones políticas que ha afrontado en el contexto peruano. Finalmente, se revisará los desafíos que los procesos de constitucionalización y convencionalización presentan a la justicia constitucional. A fin de poner en evidencia la necesidad de reflexionar en torno a su legitimidad.

2. Las concepciones sobre la justicia constitucional en sus orígenes emblemáticos: de Marshall a Kelsen

2.1. La concepción de la justicia constitucional en Marbury vs. Madison

Como es ampliamente conocido el caso -formalmente- fundacional de la justicia constitucional, es decir, de un asentamiento del control de constitucionalidad de la ley o, lo que es lo mismo, de asentamiento del principio de supremacía de la Constitución sobre la ley, se da en Marbury vs. Madison en 1803, siendo ponente del caso el *Chief Justice* John Marshall.

En este caso se resolvió que la Ley de Organización Judicial de 1791 (*Judiciary Act*) era contraria a la Constitución de 1787 en lo relativo a la competencia de la propia Corte Suprema para resolver el *writ of mandamus* iniciado por William Marbury contra el Secretario de Estado James Madison.

El contexto político del caso (tránsito del gobierno federalista de John Adams hacia el gobierno demócrata de Thomas Jefferson) y el caso en sí mismo son ampliamente conocidos, así como el argumento central de Marshall para resolver el caso. En pocas palabras, en el cambio de régimen, el Secretario de Estado de John Adams, a la sazón John Marshall (luego *Chief Justice* de la Corte Suprema), dejó sin notificar una serie de nombramientos para jueces de paz en el Distrito de Columbia, entre ellos el de William Marbury, quién con otros colegas, acude ante el nuevo Secretario de Estado, James Madison para que este haga entrega de los nombramientos. Ante la negativa de notificar los nombramientos, Marbury presenta un *writ of mandamus* ante la Corte Suprema, debido a que la Ley de Organización Judicial aludida establecía la competencia de dicha Corte para esos casos como primera instancia. Al momento de resolver la controversia, John Marshall, asumiendo la posición del pleno de la Corte, advierte que la Constitución en casos de *writ of mandamus* establecía competencia de apelación para la Corte Suprema, más no competencia como primera instancia, según

la Ley de Organización Judicial. Ante tal incompatibilidad, La Corte Suprema prefirió la Constitución sobre la ley, las competencias constitucionales establecidas en la primera a su favor, a las que la ley le ampliaba (Horn 2010, pp. 184-186).

Como se advertirá el caso no genera una gran controversia jurídica, la cuestión era relativamente sencilla de resolver, prevalece la norma dada por el pueblo soberano frente a la norma dada por sus representantes. No obstante, el contexto político es particularmente importante. En la época que se decide el caso, la Corte Suprema de EE.UU. no tenía el prestigio que luego se le reconocería, es más, de las tres ramas del gobierno americano, era la que menor cuota de legitimidad y poder tenía en relación con el Ejecutivo y el Congreso. Este contexto se vuelve particularmente más intenso cuanto advertimos que al frente del Ejecutivo se encuentra uno de los padres fundadores de la nación americana: Thomas Jefferson; quien fue el que finalmente decidió que su Secretario de Estado no entregara las nominaciones de Marbury y sus colegas por motivos estrictamente políticos (pertenecían al partido político opositor) (Amaya 2014).

De ahí que la decisión asumida por Marshall al frente de la Corte Suprema es de especial relevancia, puesto que, si bien jurídicamente la solución podría resultar sencilla (prevalece la norma de mayor rango), políticamente las alternativas inicialmente consideradas podían tener efectos perniciosos en la propia institucionalidad de la Corte.

Estimar la demanda de Marbury suponía iniciar una tensión política con el Ejecutivo que, como ya lo había hecho, no hubiera cumplido lo ordenado en la sentencia, perjudicando con ello la autoridad de una Corte Suprema aún en proceso de consolidación institucional. Por el contrario, rechazar la demanda hubiese llevado a Marshall a asumir pasivos con sus propios correligionarios políticos, que eran los que lo habían colocado donde se encontraba. De ahí es que se afirma que, con cierta genialidad, Marshall elude resolver un conflicto político altamente controvertible, dejando de resolver un caso, aparentemente menor, para irrogarse un gran poder: controlar la constitucionalidad de la ley (Carbonell 2005).

Lo curioso es que luego de este primer caso fundacional, la Corte Suprema, bajo la presidencia de Marshall, no volvió a emplear el *judicial review*. La Corte volvió hacer uso de dicha potestad en el marco del caso *Dred Scott vs. Sandford*, poco más de cincuenta años después (Carbonell 2007). Este caso a decir de Carbonell es de los más nefastos de la historia judicial americana, habida cuenta que con el mismo se constitucionaliza la esclavitud y fue, junto con otros factores, uno de los motivos de la Guerra de Secesión que dividió al país, entre los sureños que favorecían la esclavitud (pues los esclavos eran la mano de obra de las plantaciones sureñas) y los yanquis del norte que propugnaban su abolición. Lo que pone en evidencia que los contextos políticos que subyacen a los casos jugaron un rol en el surgimiento y consolidación del control judicial de la ley en Estados Unidos.

2.2. La concepción de la justicia constitucional en Kelsen

Hans Kelsen uno de los grandes teóricos del derecho propuso un modelo de justicia constitucional que tuvo su inspiración en el modelo de *judicial review* norteamericano. No obstante, su propuesta debe entenderse a partir de su comprensión sobre el derecho.

Kelsen concebía al derecho como la conjunción de una serie de normas que se ordenaban de forma jerárquica por gradas en un ordenamiento que, sobre la base de la unidad del Estado, debiera estar libre de contradicciones y vacíos.

En este modelo, un papel importante jugaba el concepto de regularidad, esta era entendida como la conformidad entre dos normas, una de grado inferior en relación con la de grado superior. Esta norma superior condicionaba a la inferior en su proceso de creación. De modo tal que las normas superiores del ordenamiento debían contener los procedimientos de creación de las normas inferiores. Por lo que, si las normas inferiores no seguían dicho procedimiento adolecían de invalidez (Kelsen 1960, pp. 201-225).

Para preservar dicha regularidad es que Kelsen (2011, pp. 249-300) propone un Tribunal Constitucional, apartado y externo al Poder Judicial, encargado de preservar la regularidad de la ley respecto de la Constitución, y dado que el legislador actuaba positivamente al crear la ley, el Tribunal al invalidarla y expulsarla del ordenamiento, estaba actuando en un sentido negativo. De ahí surge la fórmula de denominar al Tribunal Constitucional como un legislador negativo.

Esta propuesta de Kelsen surge en un contexto particular, si bien su desarrollo es puramente teórico, da inicio a un debate con Schmitt en torno a quien debe asumir el rol de defensa de la Constitución. Este último, como se sabe, encomendaba a la figura del *führer* el papel de guardián de la Constitución, en vista que este decidía sobre la excepción, es decir, sobre la posibilidad de decidir si la Constitución rige o se suspende debido a ciertas circunstancias que deben ser valorados políticamente, ello con la finalidad de preservarla de sus enemigos (anarquista y comunistas en la época) (Herrera 1994, pp. 195-227).

No obstante, como es de sobra conocido, la polémica la terminó ganando Kelsen, habida cuenta de la incorporación de cortes y tribunales constitucionales luego de la Segunda Guerra Mundial, aunque estos tribunales no han seguido el diseño original kelseniano (expulsión de normas por cuestiones de índole formal o procedimental), sino con competencias de control que se acercan a la idea de Schmitt, dado que hoy se reconoce que son los tribunales y cortes constitucionales los que deben de preservar la Constitución, que reconoce los valores de la comunidad política, frente a intentos por invalidarla por parte de los poderes públicos y privados al interior de los Estados.

Esto ha conllevado a que los Tribunales ya no sean concebidos como meros legisladores negativos, sino también como legisladores positivos, como creadores de derecho, aunque de forma subsidiaria, vía los precedentes (Castillo 2018) y las sentencias normativas (Díaz 2003). Lo que ha motivado el surgimiento de tensiones entre este y los demás poderes públicos y los poderes fácticos (especialmente económicos).

3. Las tensiones políticas en casos judiciales emblemáticos peruanos

La experiencia peruana en materia de justicia constitucional es rica en casos que han originado tensiones y despertado enconados enfrentamientos jurídicos desde luego, pero revestidos por un indudable cariz político. Se han seleccionado tres casos emblemáticos que permitirán graficar esas tensiones políticas subyacentes que para ser resueltas han sido revestidos de una profusa argumentación jurídica: a) el control difuso sobre la Ley de interpretación auténtica (1996); b) el caso El Frontón (2008); y, c) la sentencia sobre la disolución del parlamento (2020).

En dicho sentido, en el caso de la ley de interpretación auténtica estuvieron enfrentados el gobierno y su mayoría congresal contra la oposición, en el marco de las intenciones del entonces presidente Fujimori de tentar una tercera reelección presidencial. Su primera elección fue en 1990, se reeligió en 1995 y pretendía hacer lo mismo en el año 2000, aun cuando la Constitución de 1993 solo permite una sola reelección inmediata, algo que finalmente hizo, siendo elegido en el proceso electoral del año 2000, plagado de serias irregularidades denunciadas internacionalmente inclusive.

En el caso, en términos formales, el Colegio de Abogados de Lima formuló una demanda contra la ley de interpretación auténtica, la que, luego de idas y vueltas entre los magistrados, no alcanzó los seis votos conformes que de acuerdo a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de aquella época eran exigibles para declarar la inconstitucionalidad, debido a que dos magistrados, vinculados al régimen (luego con los vladivideos se supo que estaban comprados por Montesinos, el ex asesor de Fujimori) votaron en contra, otros dos se abstuvieron por presuntamente haber adelantado opinión, y otros tres, destacados ex magistrados, optaron por declarar la inaplicación de dicha ley al caso específico de Fujimori (Tribunal Constitucional 1996).

Esta decisión generó una gran polémica política y académica. Por el lado político, la decisión generó gran incertidumbre por lo atípico de la decisión, lo que motivó que se iniciara un juicio político contra los magistrados que suscribieron el voto de inaplicación de la Ley de interpretación auténtica, aunque formalmente escudado en otros motivos. Este juicio político, a pesar de la defensa jurídico constitucional elaborada por don Valentín Paniagua, Raúl Ferrero Costa y Juan Monroy Gálvez, terminó con la destitución de los tres magistrados (Landa 2007), incluso, la magistrada Delia

Revoredo de Mur, temió por su vida y la de su familia (pidieron asilo a la embajada de la República de Colombia), ante la arremetida del oficialismo, los medios de comunicación (mayoritariamente controlados por el ex asesor presidencial) y amenazas de reglaje y seguimiento por parte de oficiales del servicio de inteligencia nacional.

En perspectiva académica, la polémica del caso se origina porque al interior de un proceso de control concentrado, se terminó emitiendo una decisión de control concreto, de inaplicación de una norma para un caso específico. Finalmente, luego de la caída del régimen fujimorista, y en el marco del gobierno de transición de Paniagua, los tres magistrados -Revoredo, Aguirre, Rey- fueron repuestos.

En el caso de Teodorico Bernabé Montoya, el Tribunal Constitucional, vía un recurso de queja, admitió un recurso de agravio constitucional formulado por el Instituto de Defensa Legal, quien no era parte del proceso, aunque formuló el agravio en representación de los familiares de las víctimas. El caso, un hábeas corpus, fue iniciado por Teodorico Bernabé contra las autoridades fiscales que reabrieron las investigaciones por los asesinatos del caso El Frontón.

En el proceso, el demandante alegaba que el caso debía archivarse por haber sido lesionado su derecho a un plazo razonable, por la excesiva duración de las investigaciones (que databan desde el año 1987, luego de ocurridos los hechos de El Frontón). En primera instancia, el caso fue declarado infundado, en tanto que en segunda instancia fue declarado fundado (con lo que el caso debió archivarse). Ante ello, el Instituto de Defensa Legal formuló el recurso de agravio que vía recurso de queja fue declarado procedente (Tribunal Constitucional 2008).

Esta decisión provocó un cisma al interior de la composición del Tribunal Constitucional en esa época, pues el entonces presidente de dicho organismo, César Landa, se vio obligado a renunciar ante la arremetida del grupo de magistrados afines al gobierno de turno de aquél entonces. Jurídicamente el caso ameritaba recibir un pronunciamiento sobre el fondo, pues se trataba de un caso que estaba cumpliendo una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000), sentencia del caso Durand y Ugarte vs. Perú, en que se había establecido que el Estado peruano tiene la obligación de investigar y sancionar las ejecuciones extrajudiciales ocurridas en el contexto de la toma de la Isa de El Frontón, donde se encontraban reclusos miembros de los grupos terroristas Sendero Luminoso y el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru. A pesar de estas razones, la resolución que resolvió la controversia declaró nula la resolución que concedió el recurso de agravio constitucional, debido a razones puramente formales.

En este caso, en juego estaban los intereses de los entonces presidente y primer vicepresidente, Alan García y Luis Giampietri, para que no se reabran las investigaciones y se les incorpore como investigados, pues eran involucrados directos

en la matanza del El Frontón, dado que el primero ordenó la represión de los presos amotinados y el segundo ejecutó esa orden.

Finalmente, en el caso de la disolución del Congreso de la República como se sabe, el Tribunal convalidó la decisión del presidente de la República, del 30 de setiembre de 2019, de disolver el Congreso de la República al haberse votado una segunda denegación de confianza a un gabinete dentro del período presidencial 2016-2021.

El contexto político del caso estaba marcado por la abierta confrontación entre los poderes ejecutivo y legislativo a propósito de la lucha anticorrupción acogida como bandera por el primero y la presunta resistencia y protección de cúpulas de poder representadas por el fujimorismo en la segunda, incluso de "blindaje político" a diversos altos funcionarios judiciales de la Corte Suprema de Justicia y del extinto Consejo Nacional de la Magistratura involucrados en actos de corrupción (caso Lava Juez, los Cuellos Blancos del Puerto o Los Hermanitos).

Con una enorme expectativa ciudadana y mediática sobre la solución del caso, el Tribunal Constitucional (2020) declaró infundada la demanda competencial formulada por el Procurador del Congreso de la República, para lo cual se hizo uso de una argumentación de corte histórica, señalando que el Poder Ejecutivo puede decidir cuándo se presenta una denegación fáctica de confianza a un gabinete ministerial, no sin indicar que el ejercicio de esta potestad está sujeta a límites y controles.

El caso ha tenido un alto contenido político, el Congreso fue disuelto, habiendo motivado la elección de nuevos representantes parlamentarios que completen el periodo congresal. No obstante, el entorno político ha permanecido relativamente estable, esencialmente motivado por los altos índices de desaprobación del Parlamento y el mayoritario apoyo popular a la decisión presidencial de disolver el Congreso en aplicación de lo dispuesto en el artículo 134 de la Constitución. Con mucha diferencia, ha sido el caso constitucional más importante de los últimos años.

Estos casos evidencian que cuando el clima político que rodea a los casos implica un alto compromiso de los actores involucrados, directa o indirectamente, porque afectaría sus intereses (como sucedió con Fujimori en 1996 y García en 2008), las decisiones que adopte el Tribunal Constitucional pueden desencadenar situaciones límite que ponen en riesgo la institucionalidad del propio Tribunal pues sus magistrados quedan expuestos a los poderes fácticos que ven sus intereses amenazados por sus decisiones. En cambio, cuando el clima político es relativamente estable o está impregnado por la defensa de principios y valores constitucionales (como la lucha contra la corrupción política y judicial) el Tribunal puede salir airoso tomando una decisión principista que busque consolidar el Estado constitucional (caso de la disolución del Congreso).

4. La progresiva convergencia de los procesos de constitucionalización y convencionalización del ordenamiento como desafío a la justicia constitucional

A pesar de la alta conflictividad política de los casos que resuelve el Tribunal Constitucional, este se ha convertido en el principal impulsor de dos procesos convergentes: la constitucionalización y convencionalización del derecho. Estos presentan ciertas características y desafíos al desarrollo de la justicia constitucional.

El proceso de constitucionalización ha sido ampliamente estudiado desde la perspectiva teórica (Guastini 2001, pp. 153-183) y jurisprudencial (Landa 2018). Desde la primera se ha indicado que los ordenamientos jurídicos, en mayor o menor medida, se encuentran transitando procesos de progresiva constitucionalización debido a la presencia de distintos factores, entre las que destacan la presencia de constituciones rígidas y de mecanismos de justicia constitucional que garantizan sus contenidos frente a la acción del legislador. Las constituciones rígidas son aquellas en las que los procedimientos para su reforma (modificación) presentan características diferenciales a las establecidas para aprobar o modificar una ley. En tanto que la garantía jurisdiccional de las constituciones conlleva incorporar procesos judiciales para que los jueces puedan pronunciarse y decidir sobre la validez constitucional de una ley, ya sea que sigan el modelo americano o el denominado modelo europeo propuesto por Kelsen (Guastini 2001, pp. 154-157).

Por otro lado, en la experiencia peruana, se destaca el activo rol que ha tenido el Tribunal Constitucional y su jurisprudencia para impulsar la constitucionalización del ordenamiento peruano. En dicho sentido destaca el desplazamiento que han tenido el principio de legalidad y la ley en la conformación del derecho y su reemplazo por el principio de constitucionalidad y la Constitución -como norma suprema y *norma normarum*- del ordenamiento; así como del activo rol de la jurisprudencia como fuente de derecho (Landa 2013, pp. 14-16). Cabe añadir que este proceso de constitucionalización ha estado caracterizado principalmente por el denominado efecto de irradiación de los derechos fundamentales o su aplicación judicial en distintos sectores del ordenamiento jurídico, tanto públicos como privados (Landa 2018 y 2019). El mismo que con sus indudables avances, no ha sido lineal ni ha estado exento de tropiezos, ya que pone en evidencia la tensión entre lo político y lo jurídico, debido a las resistencias del Congreso de la República de acatar las sentencias del Tribunal Constitucional (Alvites 2018, p. 385).

Como puede advertirse, en este proceso los derechos fundamentales juegan un rol destacado, dado que los mismos se judicializan y se aplican de modo directo a los casos que son resueltos por el Tribunal Constitucional. Precisamente, en la interpretación de los derechos por parte del Tribunal -y de todos los jueces- desde hace unos catorce años aproximadamente, va asumiendo un protagónico papel la

interpretación que sobre los derechos viene efectuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de sus sentencias, especialmente por la incorporación del denominado control de convencionalidad en el párrafo 124 del caso Almonacid Arellano vs. Chile (2006) como una obligación de los jueces nacionales.

La incorporación de esta herramienta ha dado origen a lo que se ha denominado la convencionalización del derecho, parafraseando una expresión ya conocida, que supondría una interpretación del ordenamiento jurídico nacional a partir de instrumentos internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos (Espinoza-Saldaña 2017, p. 151). Pero que, observando más allá de la superficie, según nos indicaba Zagrebelsky, es posible advertir que este proceso tiene sus propias particularidades.

En efecto, lo que se aprecia, en principio, es claro una convergencia en los procesos de interpretación sobre las disposiciones constitucionales, realizadas por los tribunales y cortes constitucionales nacionales, y convencionales, realizadas por la Corte Interamericana (y la Comisión Interamericana) que reconocen derechos.

Aparentemente, una primera aproximación sería ordenar la concurrencia de estas fuentes en virtud al principio de jerarquía. De ahí que sea posible sostener que deben prevalecer las decisiones e interpretaciones de los órganos del sistema interamericano sobre las decisiones de los jueces nacionales. No obstante, consideramos que este criterio de ordenación sería errado, por las siguientes razones:

- Entre el ordenamiento jurídico nacional y el interamericano no existen relaciones de jerarquía, son sistemas que si bien concurren en una finalidad común (protección de derechos), no están ordenados en función a jerarquías normativas, dado que si bien puede argüirse cierta prevalencia esta no es estática sino móvil, pues en un caso debe prevalecer el ordenamiento que mejor proteja el derecho que es materia de controversia.
- La convergencia del derecho interamericano y nacional no puede ser abordado desde las perspectivas de una teoría monista o dualista, sino de integración e interacción entre derecho estatal y derecho interamericano.
- En buena cuenta, ambos ordenamientos se integran a partir de las cláusulas de apertura previstas en las constituciones nacionales y la labor interpretativa que desempeñan los jueces, tanto nacionales como interamericanos.
- Estos ordenamientos -nacional e interamericano- interactúan en un proceso dinámico de recíprocas influencias. Dado que el ordenamiento nacional se convencionaliza y el sistema interamericano se constitucionaliza. Esto se advierte en la utilización de las herramientas interpretativas, como el principio de proporcionalidad

y la idea misma de un control de convencionalidad que tiene su claro origen en el control de constitucionalidad.

- Control de convencionalidad y control de constitucionalidad, empleados por las cortes nacionales e interamericana, a pesar de sus distinciones formales, se basan en la prevalencia de un derecho superior en términos materiales frente a una norma estatal que contraviene esos contenidos.

En este marco, los jueces, tanto interamericanos y nacionales (especialmente los que integran justicia constitucional), juegan un rol preponderante, dado que tienen la difícil labor de integrar y armonizar ambos ordenamientos, que pueden tener zonas de confluencia, pero también de divergencias, cuando no de interacción.

Al respecto, podemos citar el caso del derecho a la consulta previa que en la sentencia Kichwa de Sarayacu vs. Ecuador la Corte Interamericana ha establecido que, si bien su finalidad es que se llegue a un acuerdo entre los pueblos y comunidades afectados por un proyecto estatal y el Estado, ello no significa que se reconozca un derecho de veto en favor de las comunidades. En cambio, la Corte Constitucional ha reconocido la existencia una obligación indispensable de que el Estado obtenga el consentimiento de las comunidades afectadas en casos excepcionales (si el proyecto a ejecutar implica que se transporte material radiactivo por los territorios de las comunidades afectadas, si el proyecto implicaría el traslado de las comunidades de sus territorios ancestrales o su puesta en peligro y subsistencia), lo que representaría un avance en relación con lo desarrollado por el estándar interamericano (2014, fundamento 2.5.2).

Pero los jueces nacionales también han sido resistentes al acatamiento de las decisiones de la Corte Interamericana, como ha sucedido en el caso Fontevecchia cuando la Corte Suprema de la Nación de Argentina se resistió a dar cumplimiento a una resolución de supervisión de la Corte Interamericana (Abramovich 2017)

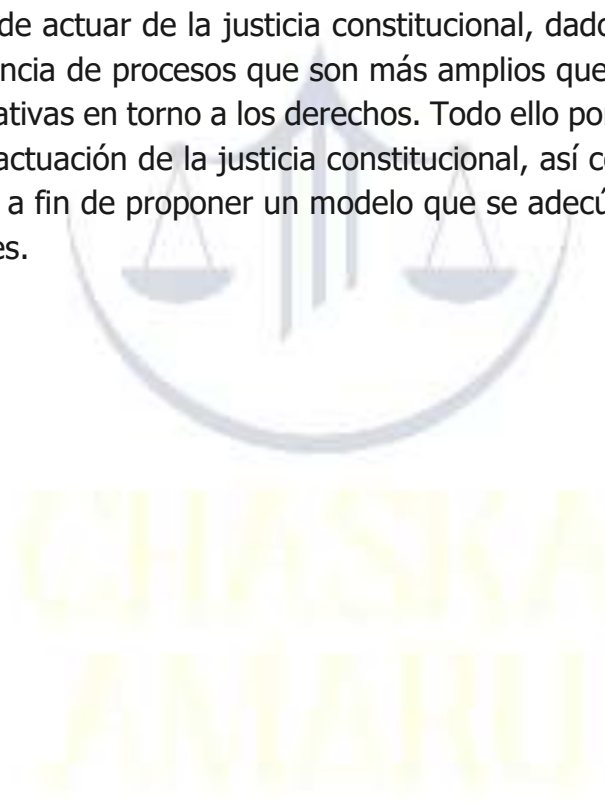
Por otro lado, podemos citar el control judicial sobre el indulto otorgado al ex presidente Fujimori, quien fuera condenado por delitos de lesa humanidad por los casos Barrios Altos y La Cantuta. Como se sabe, en las fiestas navideñas del año 2017, el entonces presidente Pedro Pablo Kuczynski otorgó un indulto humanitario a su favor, lo que fue cuestionado ante la Corte Interamericana por los familiares de las víctimas de esos crímenes, siendo que esta instancia judicial, devolvió el caso a fin de que las autoridades judiciales peruanas pudieran hacer un control de convencionalidad sobre el referido indulto (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2018).

Los casos evidencian avances en la relación entre los estándares interamericanos y nacionales, tensiones y desde luego interacción, dado que la relación entre las cortes nacionales y la Corte Interamericana no es lineal ni pacífica, sino que puede estar condicionada por una serie de factores diversos factores, algunos políticos claramente,

pero que hacen de esta relación algo dinámico con avances, resistencias y también con retrocesos ciertamente (Landa 2016).

5. A modo de conclusión

Como puede advertirse de lo desarrollado en el presente trabajo la justicia constitucional ha estado muy vinculada en sus orígenes a contextos políticos particulares. Incluso, contemporáneamente los casos que se resuelven tienen alta incidencia política. Aunque, a ello debe sumarse los procesos de constitucionalización y convencionalización de los ordenamientos. Siendo que estos últimos generan un cambio en el modo de actuar de la justicia constitucional, dado que se constituye en un punto de confluencia de procesos que son más amplios que la mera convergencia de fuentes interpretativas en torno a los derechos. Todo ello pone en cuestionamiento la legitimidad de la actuación de la justicia constitucional, así como la importancia de su estudio y análisis a fin de proponer un modelo que se adecúe al contexto peruano y sus particularidades.



Bibliografía

- Abramovich, V. (2017). Comentarios sobre el "caso Fontevecchia" La autoridad de las sentencias de la Corte Interamericana y los principios de derecho público argentino. Consulta: 22 de julio de 2020. <http://ijdh.unla.edu.ar/advf/documentos/2017/02/58ab010a10d4c.pdf>
- Alvites, Elena (2018). "La constitucionalización del ordenamiento jurídico peruano: avances y obstáculos del proceso". Derecho PUCP, número 80, pp. 316-390.
- Amaya, J. (2014). Marbury vs. Madison. Sobre el origen del control judicial de constitucionalidad. Rosario: Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas.
- Carbonell, M. (2007). La peor sentencia: a 150 años de Dred Scott vs. Sandford. Revista de Derecho del Estado. Bogotá, número 20, pp. 145-153.
- Carbonell, M. (2005). Notas sobre Marbury vs. Madison. México: UNAM. Consulta: 23 de junio de 2020. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4647/4.pdf>
- Castillo, L. (2018). Los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional. Segunda Edición. Lima: Gaceta Jurídica.
- Corte Constitucional de Colombia (2014). Sentencia C-371/2014, del 11 de junio de 2014. Consulta: 22 de julio de 2020. https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-371-14.htm#_ftnref67
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2018). Caso La Cantuta y Barrios Altos. Resolución de Supervisión de sentencia del 20 de marzo de 2018.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006). Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Sentencia de 26 de setiembre de 2006 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000). Caso Durand y Ugarte vs. Perú.

Sentencia de 16 de agosto de 2000 (Fondo).

Díaz, F. J. (2003). La interpretación constitucional de la ley. Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional. Lima: Palestra Editores.

El Comercio (s/f). El fax que marcó el fin del fujimorato. Consulta: 16 de agosto de 2020. <https://elcomercio.pe/especiales/alberto-fujimori-renuncia-fax-15-anos/>

Espinoza-Saldaña, E. (2017). Cuando el juez(a) constitucional latinoamericano(a) olvida

su labor de Convencionalización del Derecho: reflexiones en torno a una reciente sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina. *Ius et Veritas*, número 51, pp. 150-170.

Guastini, R. (2001). Estudios de teoría constitucional. México: Fontamara.

Herrera, C. (1994). La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*. Madrid, número 86, octubre-diciembre, pp. 195-227.

Horn, H.-R. (2010). Activismo judicial versus gobierno democrático. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, año 14, pp. 183-192

Landa, C. (2019). Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Segunda edición. Lima: Palestra Editores.

Landa, C. (2018). La constitucionalización del derecho. El caso del Perú. Lima: Palestra Editores.

Landa, C. (2016). La convencionalización del derecho peruano. Lima: Palestra Editores.

Landa, C. (2013). "La constitucionalización del derecho peruano". *Derecho PUCP*, número 71, pp. 13-36. Consulta: 20 de julio de 2020. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/8895/9300>

Landa, C. (2007). Tribunal Constitucional y Estado democrático. Lima: Palestra Editores.

Kelsen, H. (2011). La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional). *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Madrid, número 15, pp. 249-300.

Kelsen, H. (1960). Teoría pura del derecho. México: UNAM.

Paniagua, V. (1999). La justiciabilidad de los actos político-jurisdiccionales del Parlamento. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, número 3, pp. 181-204.

Paniagua, V. (1997). Alegato del doctor Valentín Paniagua Corazao en la sesión matinal del viernes 28 de mayo de 1997. Pensamiento Constitucional, año 4, número 4, pp. 445-461.

Tribunal Constitucional (1996). Sentencia del Exp. 001-1996-AI/TC, caso de la demanda contra la Ley de interpretación auténtica.

Tribunal Constitucional (2008). Resolución del Exp. 3173-2008-PHC/TC, caso Teodorico Bernabé Montoya (El Frontón).

Tribunal Constitucional (2020). Sentencia del Exp. 0006-2019-CC/TC, caso disolución del Congreso de la República.

Zagrebelsky, Gustavo (2009). El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Madrid: Editorial Trotta.

Zagrebelsky, G. y V. Marcenó (2019). Justicia constitucional. Volumen 1: Historia, principios e interpretación. Puno: Zela.

Constitucionalización del Proceso Civil peruano y el indebido Proceso de Ejecución de Garantías

Julio Jesús Mormontoy Pérez¹

Resumen

El presente tema analiza la denominación, la regulación, los cimientos doctrinarios o jurisprudenciales y el contexto en el que permanece vigente el Proceso de Ejecución de Garantías en el Perú. Argumentando que a partir del desarrollo de un debido contradictorio antes de emitirse el mal denominado mandato ejecutivo se garantizaría de manera adecuada el ejercicio de derechos de las partes que intervienen en este tipo de proceso (Proceso de Ejecución de Garantías).

Permitiéndose así la realización de un proceso con garantías equitativas que promueva las mismas oportunidades (alegar, probar, contradecir y defenderse) para con las partes.

Abstract

This topic analyzes the name, regulation, doctrinal or jurisprudential foundations and the context in which the Guarantee Enforcement Process remains in force in Peru. Arguing that from the development of an adversarial due process before the so-called executive order is issued, the exercise of rights of the parties involved in this type of process would be adequately guaranteed (Proceso de Ejecución de Garantías).

This allows the realization of a process with equitable guarantees that promotes the same opportunities (alleging, proving, contradicting and defending) for the parties.

Palabras claves: Constitución, proceso, ejecución, debido proceso.

¹ Abogado por la Universidad Nacional del Santa. Invitado académico a las Aulas de Maestría y Doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile 2018-2. Invitado académico a las Aulas de Maestría del Programa de Racionalidad Jurídica y Estado de Derecho de la Universidad de Riberão Preto, São Paulo, Brasil. Maestrando en Ciencias de la Educación mención Docencia e Investigación por la Universidad Nacional del Santa. Investigador y colaborador en el Portal Web de Enfoque Derecho de la Revista Jurídica THEMIS de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Representante legal de SkyMobile - Chile, Región Metropolitana de Santiago. CEO del Centro de Estudios e Investigación de CUMBRE JURÍDICA, Perú. E-mail: jmormontoy3@gmail.com Ex asesor, integrante y colaborador del Centro de Estudios e Investigación de Ius Homines. Ex integrante del Círculo de Relaciones Internacionales y Derechos Humanos – Aleph (Miembro honorario). Ex integrante del Centro de Estudios e Investigación de Proceso y Constitución. Investigador invitado y colaborador en el Blog: "Derecho a Saber", (Página Web) de la **Editorial & Librería Yachay** (Editorial Jurídica YACHAY). Colaborador en investigación en el Departamento Académico de Humanidades y Ciencias Sociales de la Facultad de Educación y Humanidades de la Universidad Nacional del Santa, Áncash, Perú. ORCID: <https://orcid.org/my-orcid?orcid=0000-0003-2799-2292>

Keywords: Constitution, process, execution, due process

1. Introducción

En la presente investigación reflexionaremos acerca de la nomenclatura, la regulación vigente, el diseño estructural, y el contexto del proceso de ejecución, y en específico sobre el diseño estructural del proceso de ejecución de garantías regulado por el Código Procesal Civil peruano a partir del artículo setecientos veinte al setecientos veintidós de la sección quinta, en el título quinto, del capítulo cuarto.

Siendo así, sostenemos que la incorporación de una audiencia constituye la base adecuada para que se desarrollen y ejerciten de manera equitativa los derechos de las partes en este tipo de proceso. Estas son: el ejecutante, quien reclama tutela efectiva, y el ejecutado, quien amerita el ejercicio pleno de su derecho de defensa, y el juez, quien debe posibilitar la realización de un debido proceso.

Es así que para poder gozar de un despliegue satisfactorio de la audiencia en el proceso de Ejecución de Garantías es necesario comprender a qué nos referimos respecto del vocablo ejecución para ulteriormente bajo fundados argumentos indicar la necesidad de modificar la estructura procedimental de este tipo de proceso el cual soslaya derechos a partir de un marco normativo insuficiente para la protección equitativa de las partes, lo cual se contrapone al desarrollo del paradigma de la constitucionalización del proceso civil.

Por todo ello, surge la iniciativa de realizar un análisis del presente tema en coherencia al paradigma del Estado Constitucional de Derecho el cual es exigente del cumplimiento de garantías procesales para con las partes.

Todo esto a saber según el paso de la historia en la que el proceso ha transcurrido y se ha rediseñado de acuerdo a textos y contextos como la descrita actualmente por el nuevo escenario del paradigma del Estado Constitucional de Derecho el cual desplaza al Estado Legal de Derecho para demostrar así que la ley no sería más medidora suprema de todas las cosas, y que si en algún momento la cúspide de la Constitución, la cual recoge y protege la dignidad de la persona se ve afectada habría que dirigirnos a la búsqueda de mejores condiciones que garanticen, protejan, y optimicen la consagración de los derechos.

2. Desarrollo

2.1. La constante búsqueda de la constitucionalización del Proceso Civil

Basados en la idea de concebir al proceso como un personaje de rostro humano en el que en su interior deba ser democrático respecto de la participación de las partes y lo cual deba ir acorde según lo regulado por el derecho de defensa previsto en el artículo 139, inciso 14 de la Constitución Política del Perú, adecuado para llevarse a cabo la cancelación de garantías y no las mal llamadas ejecución de garantías evidenciaría que es en este tipo de casos donde subyace la necesidad del diálogo entre las partes, además que estas puedan plenamente alegar, probar, contradecir y defenderse activamente a partir de la audiencia.

Es así que no debe perderse de vista importantes posturas en torno al tema que se atiende. Sustanciales aportes como el que se rescata de Juárez, quien en un artículo de revista indexada denominado como: *Proceso ejecutivo. Necesidad de modificar su estructura*, hace un desarrollo detallado sobre el proceso ejecutivo en el que señala:

La problemática jurídica de la sentencia innecesaria y propuestas de cambio al pensamiento procesal civil concluyendo que los ordenamientos jurídicos varían en relación a tiempos y espacios. Por ello alega que el Proceso Ejecutivo puede ser vinculante a un proceso en donde se emita resolución judicial que ha pasado a la autoridad de cosa juzgada o resolución administrativa que cause estado, pues en ambos existiría una declaración de condena. Ello basado en el incumplimiento de lo establecido por la ley o las partes en base a un documento, título valor u otro que señale la norma adjetiva. Prosigue mencionando este autor, con mucha certeza, que, en el Perú, este proceso - Proceso de Ejecución - se ha burocratizado de manera muy engorrosa y exhaustiva en relación a su falta de accesibilidad rápida, eficiente, económica, oportuna y certera (2004, p. 20).

Lo cual ha significado ir contra la tutela ejecutiva que el Estado peruano debe resguardar con la finalidad de proteger y asegurar los intereses, derechos y obligaciones del ejecutante, otorgarle al ejecutado el ejercicio de sus garantías mínimas de defensa y resolver de manera rápida, económica y efectiva el caso.

Y, que según como consta de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo N.º 8, concerniente a las "Garantías Judiciales", inciso 1:

“Todos tienen derecho a ser oídos, no solo a ser leídos, en cualquier tipo de proceso de carácter judicial”².

Ante esto, la incorporación de una audiencia en el proceso de ejecución de garantías se presenta como un desafío que va aparejada a la democracia. Desde dicha perspectiva es una constante búsqueda del buen ejercicio del poder jurídico que emana del juez mediante procedimientos, reglas, límites y controles orientados a la consecución de ciertos fines que las partes en contienda han de considerar valiosas.

Por ende, al existir conexión entre derechos y democracia es evidente que los derechos son exigencias y parámetros a cumplir ante un posible ejercicio desmedido del poder del juez en el marco de los procedimientos jurídicos y democráticos en los que se desarrolla la mal llamada ejecución de garantías. Dichos derechos de las partes son un dique de contención al ejercicio del poder del juez.

2.2. Restricciones de contradicción en la ejecución judicial de garantías y una notable vulneración del derecho de defensa a nivel constitucional

Una vez que el demandante ha decidido dar inicio a la ejecución de garantías deberá presentar y probar ante el juez la existencia de una obligación que ha sido incumplida, hasta aquí el proceso se va construyendo a espaldas del ejecutado y el juez va proyectando un análisis que solo se podrá interrumpir a la intervención del ejecutado, quien planteando alguna causal o haciendo anómalamente encajar, por actos de malabarismo, su oposición basada en causales de contradicción antes de la emisión del mandato de ejecución podrá cuestionar dichas documentales y las adicionales que se hayan ofrecido por el ejecutante; documentos adicionales que al no ser el título sino pruebas que serán valoradas por el juez podrán cuestionarse para crear una cierta convicción o no de lo ofrecido.

Todo lo cual resulta una reducida e insuficiente manera de intentar hablar en un proceso de ejecución de garantías. Acogiéndonos a Ariano, manifiesta que:

“Si se parte de la idea de que el artículo N.º 720 del CPC lo único que estableció fueron requisitos especiales para “simplificar” la ejecución, el legislador, al establecer los

² Ello desde la consagración de un debido proceso que no solo corresponde con comprenderlo como principio que es un conjunto de normas que debemos cumplir para asegurar un fallo justo sino más bien como un estándar jurídico que debe permitir en esencia garantizar el contradictorio de las partes.

motivos de contradicción fue muy poco consecuente con sus requerimientos “especiales” (2016, p. 96).

De allí se parte que en la praxis los ejecutados (y algunos jueces “benévolos”) hicieran acrobacias para poder encajar las diversas alegaciones de hecho en algunos de esos supuestos (en particular en el de “inexigibilidad” que se convirtió en una especie de motivo “ómnibus” en donde entraba todo y lo contrario de todo...), forzando más de las veces el angosto texto de la ley a fin de evitar ese obvio estado de indefensión en el que venía a encontrarse un ejecutado con la no rara posibilidad de que luego en la Corte Suprema aquél juez y aquel ejecutado oyera a decir que procediéndose así, en una suerte de mundo al revés, se “habría” violado el “debido proceso” (Ariano, 2016, p. 97).

2.3. El contradictorio en el proceso de ejecución, una cuestión inconstitucional

Mencionar que el proceso de ejecución de garantías es un modelo de proceso insuficiente para el ejercicio de derechos de las partes no solo basta con afirmarlo sino también con probarlo y para ello planteamos algunas interrogantes como ¿En pro de quién se concibió en nuestra legislación el proceso de ejecución de garantías? ¿A favor del demandante o del demandado? ¿En favor solo del crédito que se reclama o del proceso en que se discute? O ¿Permitirá realmente un proceso de ejecución de garantías la consagración de un debido proceso además de respetar y ser garante en la efectivización de derechos como el de la tutela ejecutiva y el ejercicio pleno del derecho de defensa?

A dichas cuestiones consideramos que ningún tipo de proceso supone que este elaborado, desarrollado ni menos concluido en pro del proceso para el proceso.

Pues, ya lo había señalado Ariano en su artículo titulado como:

“La Tutela Jurisdiccional del Crédito Cambiario en la Nueva Ley de Títulos Valores, indicando que el actual proceso de ejecución puede desproteger a todas las partes del proceso - refiriéndose al demandante y demandado” (2004, p. 26).

Pero la situación se agrava más aun por el lado del ejecutado recogiendo lo que afirma Cavani, en su artículo titulado *Incoherencias del proceso de ejecución: causales de contradicción y suspensión de la ejecución*, en el que menciona lo siguiente:

"...existe una estrechez de la defensa para con el ejecutado". Prosigue afirmando, que, el problema aquí es la sumarización de la cognición vertical. ¿Es que acaso el deudor solo puede disponer de ese tipo de ataques contra la ejecución? siendo que una gran cantidad de relaciones jurídicas (y no solo obligacionales) contenidas en títulos pueden ser tramitadas vía proceso de ejecución. ¿Qué, acaso no se debería otorgar la posibilidad de una mayor defensa al ejecutado? ¿Por qué el ejecutado no puede defenderse con amplitud? ¿Acaso la ley material lo impide? Y si ella no lo impidiese, ¿Por qué la ley procesal toma cartas en el asunto?... el corte efectuado en la cognición vertical, que genera una drástica reducción de defensa, no es compensado (como se hace en cualquier otro lugar) con un proceso posterior que busque obtener una cognición completa. La violación al derecho de defensa queda totalmente consumada (2014, p. 296).

A todo eso, creemos que la contradicción que se realiza a partir de un incidente llamado oposición a la ejecución es una audiencia de limitada cognición y naturalmente sumaria, pero en la práctica se desnaturaliza y termina siendo de conocimiento mucho más amplio y duradero.

Así el juez descarta afirmaciones que no provengan en razón de las contempladas por el Código Procesal Civil para discutir sobre la eficacia o legitimidad del título a pesar de que puedan surgir una serie de cuestionamientos más amplios que los regulados en la norma procesal y solo por mencionar algunos, estos podrían ser los siguientes: inexigibilidad, iliquidez de la obligación contemplada en el título, nulidad formal, falsedad del título o cuando al haberse emitido un título valor de manera incompleta o cuando los documentos que se anexen al título sean inexactos, etc.

Además, dichas limitaciones que parecieran ahorrarle trabajo al juez por equivocadas consideraciones que se profesan es nada más que una desajustada salida al descongestionamiento procesal porque lo único que hace es recortar el accionar y/o la propia actividad probatoria del ejecutado además que también sus alegaciones, cotejos de medios de prueba y pericias las cuales resultan invalorable o no actuadas.

Así también compartimos la idea expresada por Ariano cuando menciona en su trabajo titulado como *Problemas del proceso civil*, que:

"Dicho incidente que da cabida al contradictorio resulta inconstitucional" (2003, p. 379).

Creemos que la sola consagración de procesos sumarios que son restringidos en conocer la causa inicial que se discute no hace posible en acceder a un litigio completo para la cognición del debate que es por menos calificarlo como el de ser un terreno procesal de infortunios matices como para pensar en desarrollar una adecuada tutela

ejecutiva o un ejercicio pleno de derecho de defensa y para ello acogemos la idea de Bernal quien alega lo siguiente:

"...para que pueda hablarse de un proceso debido debe existir primero algo que pueda denominarse un proceso y el proceso existe cuando se da un debate contradictorio en condiciones de igualdad, que es resuelto por un órgano imparcial" (1994, p.109).

3. Sobre la necesidad de una audiencia que garantice el contradictorio para la ejecución de garantías en el paradigma del Estado constitucional de Derecho

El demandante desfavorecido en primera instancia por la decisión emitida respecto del título ejecutivo concerniente a la ejecución de garantías puede plantear recursos como los de nulidad, apelación y otros según los contemplados en el Código Procesal Civil.

Por otro lado, el demandado el más importante recurso que presenta es el de la oposición, pues esta figura al interior de un proceso de ejecución de garantías le permite al demandado tener la posibilidad - aunque reducida - de poder oponerse a la ejecución que quizás esté siendo mal desarrollada, pues tan solo planteándose el recurso de oposición al mandato ejecutivo (auto de pago) puede lograr en convertir dicho proceso (ejecución), en un proceso más amplio.

Dicha oposición puede ser rechazada de plano sino expone los argumentos de derecho sobre los que se desarrolla, exigiéndose que estén de la mano con sus causales de oposición regulada por el Código Procesal Civil en el artículo 690, literal D, numerales 1, 2, y 3.

Posterior a todo esto si aún persistiese afectación sobre alguno de los derechos del ejecutado, la apelación cabe y puede plantearse, pero para ello el ejecutado necesita medios veraces de carácter probatorio que logren invalidar o desacreditar la validez del título ejecutivo o demostrar su ilegitimidad. Y, como no puede ser de otra forma toda esta actuación se encuentra sujeta a plazos que en este tipo de contiendas son reducidos.

A toda esta descripción que se alza como natural al interior de un mal denominado "proceso de ejecución de garantías" pareciese ser característico el escenario del siglo XX, donde el derecho procesal alcanzando tempranamente un excesivo dogmatismo llegó a separarse o desvincularse de las instituciones de carácter material.

Calamandrei, hablaba sobre una realidad contra la que se batalló por mucho tiempo, alegando lo siguiente dice:

“De este modo, todos los puentes entre la acción y el derecho quedan rotos. A fuerza de insistir sobre la independencia del derecho procesal respecto del derecho sustancial, se ha llegado a alzar entre ellos una muralla sin ventanas” (1945, p.150).

Situación que evidenció un alejamiento del derecho procesal que trabajaba a espaldas del derecho material. Circunstancia similar que creemos ocurre hoy en día al interior de un proceso de ejecución de garantías del cual creemos no permite consagrar una adecuada tutela jurisdiccional efectiva. Por tales razones, a este punto, consideramos que resulta ser necesaria una pronta mejora a la estructura del proceso de ejecución de garantías mientras llegue una modificación más adecuada o completa respecto a la sección de procesos de ejecución. Siendo necesario por ahora hacerse un análisis para ofrecer sólidas razones que permitan entender que el proceso de ejecución de garantías no es un modelo de proceso adecuado para la época en que hoy ha alcanzado desarrollo nuestro derecho procesal.

Calamandrei en una de sus obras titulada como: *Instituzioni di diritto processuale civile, secondo il nuovo codice*, del año de 1943 (en la que expresaba la necesidad de estudiar el proceso a partir de la constitución, señalando que ello se debía y correspondía con el carácter público del proceso), indica:

“... no se debe olvidar que para poder comprender la reforma del proceso civil en todo su alcance histórico no basta ponerla en relación con la codificación del derecho sustancial, al cual deberá servir, sino que es además necesario considerarla en función del ordenamiento constitucional, dentro del cual la administración de justicia se encuadra” (1962, p.102).

La tutela jurisdiccional efectiva que a nuestros días es requerida al interior de un proceso de ejecución de garantías considera que la presencia de esta garantía hace posible el desarrollo de un debido proceso, aunque a veces ello pueda verse afectado por otras consideraciones, según como lo expresase Calamandrei:

“Que esa automática sumisión del juez a la ley, su relación con la constitución y con el estado constitucional lo colocan al juez en un lugar privilegiado, no solo al mismo lado del legislador, sino en un espacio en el que incluso puede llenar vacíos que el legislador tiene” (1962, p. 220).

A todo esto, seguiremos creyendo que la tutela jurisdiccional efectiva al interior de un proceso de ejecución de garantías tiene por fines u objetivos: la protección de derechos, el aseguramiento de intereses, el cumplimiento de obligaciones del ejecutado

permitiendo a este un adecuado, posible, cierto, real y efectivo ejercicio de sus derechos así como posibilitarle en todo momento que el ejercicio de sus garantías mínimas le permitan probar, alegar, contradecir y defenderse y lo mismo sea tan célere y efectivo como para con el ejecutante.

Por su parte Cavani, en uno de sus artículos titulado como: *Incoherencias del proceso de ejecución: causales de contradicción y suspensión de la ejecución*, refiriéndose al derecho fundamental de la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo N.º 139, inciso 3 de nuestra Constitución menciona que:

El derecho fundamental a una tutela efectiva, adecuada y tempestiva, el cual es posible de ser entendida en tres dimensiones diferentes: (i) efectividad (fin), (ii) adecuación (medio), y (iii) tempestividad (tiempo) (2014, p. 290). Vendrían a ser los elementos circunscritos al interior de dicho derecho que permitirían un adecuado ejercicio de dicha garantía.

A todo este esfuerzo por concebir la realización de un proceso de ejecución de garantías adecuado en isonomía, tutela, reconocimientos y reposición de derechos no ha de ser posible según como lo expresase Calamandrei:

Si todas las libertades son vanas, sino pueden ser reivindicadas y defendidas en juicio, si los jueces no son libres, cultos, y humanos, si el ordenamiento del juicio no está fundado el mismo sobre el respeto de la persona humana, el cual en todo hombre reconoce una conciencia libre, única, responsable de si y, por esto inviolable (1945, p. 120).

Por ello, podríamos materializar el fortalecimiento de dicha garantía a través de las ideas compuestas por Cavani quien menciona que: “el buen ejercicio de este derecho (de la tutela judicial efectiva) permite el desarrollo adecuado de un debido proceso. Debido proceso que además ha de buscar la incorporación de técnicas procesales idóneas para la mejor configuración, actuación y desarrollo de los derechos. Prosigue diciendo tal autor que:

“No basta que el legislador plasme normativamente las técnicas procesales más adecuadas. Es imprescindible que estos sean correctamente aplicados al caso concreto, y esta labor es encargada al Estado-juez” (2014, p. 292).

Siendo creyentes de que la audiencia supliría satisfactoriamente dicha necesidad de manera completa y adecuada para el debate de cuestiones que ameriten ser necesarias a diferencia de aquella tramitación que restringe el contradictorio conllevando muchas veces a limitar derechos respecto de un proceso de ejecución de garantías erróneamente desarrollado.

4. Un derecho expreso en el texto constitucional: el derecho de defensa, en el contexto del paradigma del Estado Constitucional

Podríamos considerar que a partir de en un Proceso de Ejecución de Garantías el artículo N.º 139, y sus incisos 03 y 14 de la Constitución política del Perú podrían ser más ampliados para una configuración real, cierta, adecuada, tempestiva y efectiva para el ejercicio del derecho de defensa del demandado en este tipo de proceso, pero para llegar a ello es necesario describir en qué consiste hasta nuestros días este derecho el cual se limita o sufre recortes en el interior de un Proceso de Ejecución de Garantías.

El derecho de defensa en nuestra legislación nacional es el que permite transversalmente para todo tipo de proceso o procedimiento con exclusión del Proceso de Ejecución de Garantías que las partes puedan defenderse activamente.

Es justamente en este derecho en que las partes una vez de haber tomado conocimiento de lo que se suscita al interior del litigio por medio de la información que se les ha proveído, presenten la posibilidad de influir en la decisión que se emita en la resolución final de dicho proceso, pero para llegar a tal punto se hace necesario que las partes intervinientes en discordia puedan formular sus alegaciones de hecho y de derecho adjuntadas a sus pretensiones.

Para la doctrina más garante y publicitada hoy en día nos explica que este derecho tiende a configurarse en la medida en que una vez cumplida la labor del legislador quien previamente debió crear estructuras adecuadas de proceso faculte al juez quien por medio del procedimiento judicial posibilite reconocer las mínimas garantías de derechos a las partes que concurren ante él, permitiéndoles a estas la posibilidad de ser equitativamente oídas.

Lo hasta aquí hecho mención no es una ideación del deber ser, ni de pensamientos ajenos a la realidad en que la doctrina jurídica hoy por hoy subsiste y afirma respecto de la correcta consagración de un proceso, pues si tan solo se dirigieran minuciosas miradas al apartado del artículo N.º 139, inciso 03 de la Constitución Política del Perú se podría entender de manera más amplia que la configuración real, cierta y efectiva del adecuado ejercicio del derecho de defensa de las partes intra proceso es tan importante como lo es una debida tutela judicial efectiva, un debido proceso, etc. (Alfaro, 2014, p. 113).

Ello con miras a hacer del Proceso de Ejecución de Garantías terreno adecuado donde la igualdad de condiciones, el reconocimiento de derechos de las partes y la protección a estas sea similar como lo pueda ser otro tipo de proceso donde la audiencia plena, adecuada e isonómica no solo es eficaz sino también garante de todos sus intervinientes. Bien lo dice Urquiza:

Este principio (refiriéndose al derecho de defensa), está elevado a la norma constitucional, que consiste en el derecho de defensa del imputado, que comprende a la facultad o poder de resistir y contradecir la imputación que a alguien se le haga en algún tipo de proceso además de ser oído en el proceso, la de controlar la prueba a actuarse y probar los hechos orientados a lograr conseguir la exclusión o atenuación de la responsabilidad (1997, p. 35).

Así también podemos citar a Castillo, quien en su tesis para optar el grado de magister en derecho procesal titulada: *El Plenario Probatorio en la Tutela Ejecutiva en la búsqueda de la ponderación del derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva del ejecutante y del derecho de defensa del ejecutado*, indica que:

Resulta rescatable el modo en que expone, indicando que el proceso de ejecución debe ser analizado no como un fin en sí mismo sino como instrumento de realización del derecho contenido en el título ejecutivo; por tanto, debe contener mecanismos procesales adecuados para hacer efectiva la tutela jurisdiccional del ejecutante y ejecutado. Además de afirmar que, la oposición a la ejecución es el mecanismo de defensa del ejecutado que influye sobre la continuación o no de la ejecución (2015, p. 18).

Trascendiendo que el Proceso de Ejecución peruano en cuanto a la limitación del derecho de defensa del ejecutado no contiene un diseño acorde a la Constitución que optimice el ejercicio del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del ejecutante y del ejecutado.

Finalmente podemos advertir que el diseño del Proceso de Ejecución ha de merecer cambios, ello a todas luces no es nada nuevo, pues creemos es un aspecto yermo para los formalistas fundamentalistas y un tanto acre para quienes no han logrado corresponderse con el paradigma de un Estado Constitucional de Derecho.

5. Conclusiones

La oposición a la ejecución de garantías regulado en el artículo 690, literal D, del Código Procesal Civil es el mecanismo de defensa que el ejecutado presenta, de manera limitada, no siendo un medio de defensa técnicamente adecuado para que el demandado pueda defenderse o al menos sea escuchado, lo cual es una muestra clara del indebido Proceso de Ejecución de Garantías.

El Proceso de Ejecución de Garantías en el Perú en cuanto a la limitación del derecho de defensa del ejecutado no contiene una elaboración adecuada ni acorde a la relación congruente que debería existir entre el derecho material y el derecho adjetivo ni tampoco existe respecto a la Constitución siendo más bien la regulación vigente inconstitucional respecto a la oposición de la mal denominada ejecución de garantías reales. Todo lo cual no permite un adecuado ejercicio del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del demandante y menos con el ejercicio del derecho de defensa del demandado.

En el paradigma del Estado Constitucional de Derecho la audiencia busca generar en el mayor grado posible el cumplimiento de garantías que solo a través del proceso se pueden brindar para la cancelación crediticia de las obligaciones contenidas en un título o en un documento que contenga una determinada obligación o en un estado de cuenta de saldo deudor, lo cual debería dirigirnos en todo momento a consolidar la elaboración de un Proceso de Ejecución de Garantías que en todos sus extremos maximice beneficios, reduzca costos económicos y además deba ajustarse a sus respectivos plazos según mande su propia regulación en el Código Procesal Civil, cumpliendo con el reconocimiento de derechos y el otorgamiento de tutela a las partes.

Mientras que lo mencionado no se atiende desde una mirada garantista que la constitucionalización del Proceso Civil ofrece, difícilmente podremos superar categorías normativas que en la práctica más bien terminan por recortar derechos, limitar garantías y generando afectaciones por décadas a las partes procesales, por ello es necesario estudiar, refutar y conciliar ideas para tratar asuntos como el indebido Proceso de Ejecución de Garantías desde la Constitución.

Bibliografía

Alfaro, L. (2014). "El Principio de Audiencia". Editorial J.M. Bosch

Ariano, E (1996). "El Proceso de Ejecución". Editorial Jurista Editores

Ariano, E. (1998). "El Proceso de Ejecución". Editorial Rodas

Ariano, E (2003). "Problemas del Proceso de Civil". Editorial Rhodas

Ariano, E. (2004). "La Tutela Jurisdiccional del Crédito Cambiario en la Nueva Ley de
Títulos Valores". Editorial San Marcos

Ariano, E. (2016). "Ejecución de garantías reales en el Perú. Antecedentes olvidados y
perspectivas de reformas". Editorial Docentia et investigatio

Calamandrei, P. (1950). "Il proceso come giuoco". Editorial Padova

Calamandrei, P. (1996). "Instituciones del Derecho Procesal Civil. Según el Nuevo
Código, Traducción de Santiago Sentis Melendo". Editorial Foro

Carrión Lugo, J. (2009). "Tratado de Derecho Procesal Civil". Lima: Editorial Grijley

Casassa, S. (2009). "La sumarización y nuestro indebido proceso de ejecución". Editorial THEMIS

Castillo, G. (2015). El plenario probatorio en la tutela ejecutiva. En la búsqueda de la ponderación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del ejecutante y del derecho de defensa del ejecutado. Editorial THEMIS

Cavani, R. (2014). Incoherencias del Proceso de ejecución: causales de contradicción y suspensión de la ejecución. Editorial Gaceta Civil y Procesal Civil, número 12

Juárez, E. (2004). Proceso Ejecutivo: Necesidad de modificar su estructura. Editorial Centro de Educación y Cultura de la Corte Superior de Justicia, número 6
Villanueva, B. (2006). Aspectos Generales del Proceso Ejecutivo. Editorial Internauta de Práctica Jurídica, número 13.



Discriminación indirecta y pobreza estructural. A propósito de los casos “Muro de la vergüenza” y “Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesús y sus familiares vs. Brasil”

Liliana María Salomé Resurrección¹

Resumen

A partir de un caso resuelto por el Tribunal Constitucional peruano en enero de 2023, conocido como “Muro de la vergüenza”; y del caso “Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesús y sus familiares vs. Brasil”, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en julio de 2020, la autora reflexiona en torno a la amplitud y complejidad que ha ido ganando la prohibición de discriminación por diferentes causas, en particular, por la condición de pobreza. A partir de conceptos como los de discriminación indirecta y discriminación estructural e interseccional, el Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han buscado dar respuesta a algunas de las profundas injusticias que enfrentan determinados grupos sociales en Perú y en la región.

Palabras clave:

Discriminación indirecta; discriminación estructural; discriminación sistémica.

Abstract

Based on a case resolved by the Peruvian Constitutional Court in January 2023, known as the “Wall of Shame”; and the case “Fireworks Factory in Santo Antônio de Jesús and their next of kin vs. Brazil”, resolved by the Inter-American Court of Human Rights in July 2020, the author reflects on the breadth and complexity that the prohibition of discrimination for different reasons has been gaining, in particular, due to poverty. Based on concepts such as indirect discrimination and structural and intersectional discrimination, the Constitutional Court and the Inter-American Court of Human Rights have sought to respond to some of the profound injustices faced by certain social groups in Peru and in the region.

^{1*} Abogada y Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Máster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid. Profesora de la Facultad de Derecho de la PUCP. Integrante del Grupo de Investigación en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales (GIDCYDEF) de la PUCP y de la asociación civil «Constitucionalismo Crítico».

Keywords:

Indirect discrimination; structural discrimination; systemic discrimination.

Sumario:

1. Introducción. 2. El artículo 2.2 de la Constitución de 1993 y su antecedente en la Constitución de 1979. 3. La prohibición de discriminación 4. Aproximación a la discriminación indirecta: A propósito del caso conocido como “Muro de la vergüenza”. 5. Desafíos desde una visión estructural e interseccional de la discriminación: A propósito del caso Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesús y sus familiares vs. Brasil. 6. Conclusión. 7. Bibliografía.

1. Introducción

La igualdad –siguiendo a Francisco Eguiguren– puede ser conceptualizada en una doble dimensión: de un lado, como un principio rector de todo el ordenamiento jurídico; y, de otro lado, en su dimensión subjetiva, como un derecho individualmente exigible que confiere a toda persona el derecho de ser tratada con igualdad ante la ley y a no ser objeto de ninguna forma de discriminación por el Estado o por los particulares (1997: 63).

En ese sentido, este artículo busca reflexionar sobre la amplitud y complejidad que la prohibición de discriminación ha ido ganando en nuestro medio a partir de nociones como la de “discriminación indirecta”, “discriminación estructural” y “discriminación interseccional”. Para ello, se hará referencia a dos casos emblemáticos relacionados con la pobreza y la prohibición de discriminación por posición económica: el caso conocido como “Muro de la vergüenza”, resuelto por el Tribunal Constitucional peruano en enero de 2023; y el caso “Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesús y sus familiares vs. Brasil”, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en julio de 2020. Al respecto, resulta oportuno recordar que las decisiones adoptadas por dicho tribunal constituyen un parámetro para la interpretación del contenido y alcances de los derechos constitucionales a nivel interno².

² De conformidad con el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (Ley No. 31307): “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”.

2. El artículo 2.2 de la Constitución de 1993 y su antecedente en la Constitución de 1979

La Constitución establece que toda persona tiene derecho "A la igualdad ante la ley" e inmediatamente señala que: "Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole". Esta disposición, prevista en el artículo 2, inciso 2, forma parte del primer capítulo del texto constitucional, titulado: "Derechos fundamentales de la persona".

La forma en que ha sido reconocido este derecho en la Constitución vigente presenta algunas deficiencias u omisiones puesto que, como señala Huerta, "[n]o existe un reconocimiento general del derecho a la igualdad, sino sólo una referencia al derecho a la igualdad ante la ley, que es una de sus manifestaciones" (2006, p. 61). Además, "[n]o existe una mención a la obligación del Estado de adoptar medidas a efectos de lograr una igualdad material, a favor de las personas que se encuentran en una situación de desigualdad" (Huerta, 2006, p. 61).

Si se compara la Constitución de 1993 con la Constitución de 1979, se advierte que esta última reconocía el derecho de toda persona: "A la igualdad ante la ley, sin discriminación alguna por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma". Además, la Constitución de 1979 señalaba que "[e]l varón y la mujer tienen iguales oportunidades y responsabilidades. La ley reconoce a la mujer derechos no menores que al varón". En general, por tanto, las dos constituciones coinciden en reconocer el derecho a la igualdad ante la ley y la proscripción de toda forma de discriminación. Se diferencian, sin embargo, en que la Constitución de 1993 señala algunas formas de discriminación no previstas en la Carta de 1979 (origen y condición económica) y expresa el carácter meramente enunciativo y no taxativo de dicha enumeración. Se trata, por tanto, de una *cláusula abierta*, "para que puedan incorporarse otros tipos de cláusulas específicas de no discriminación" (León, 2021, p. 27). Si bien esto representa un avance, como señala Jorge León, esto no debe hacernos perder de vista que "esta Constitución se presentó como más igualitaria y participativa, pero no puede negarse que su vocación originaria fue eliminar y/o reducir la cuestión social (derechos sociales, interés social y justicia social)" (León, 2021, p. 27).

Una diferencia importante entre ambos textos es la supresión que hace la Constitución vigente del párrafo que consagraba la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. A ello se suma que, al establecer la Carta de 1979 que "[l]a ley reconoce a la

mujer derechos no menores que al varón”, admitía la posibilidad de que se pudiera conferir –en ciertos casos– derechos mayores a las mujeres, en aras de garantizar una igualdad real y efectiva.

Al comentar este artículo constitucional, Francisco Eguiguren señala que, al menos en el texto, la Constitución de 1993 “[...] retornó hacia una visión formal y estrecha de la igualdad ante la ley, negándose a acoger propuestas más avanzadas y realistas, contenidas en constituciones coetáneas. Con ello se perdió la oportunidad de plasmar fórmulas tendientes a crear condiciones de una mayor democracia social efectiva y de igualdad sustancial, como son las llamadas acciones positivas o las medidas de discriminación inversa” (1997, p. 69).

Ha sido a través de la jurisprudencia y la doctrina constitucional que se ha reinterpretado el contenido y los alcances del derecho a la igualdad de manera que puedan superarse esas omisiones, reconociéndose así la obligación del Estado de adoptar medidas orientadas a garantizar una igualdad sustantiva, material o real.

3. La prohibición de discriminación

Si bien, en un sentido amplio, la voz *discriminación* puede hacer referencia a cualquier trato diferenciado; en un sentido estricto –que es aquel que está presente en el discurso de los Derechos Humanos– la discriminación alude a “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas” (Comité de Derechos Humanos, 1989, párr. 7). El Tribunal Constitucional peruano –siguiendo al Comité de Derechos Humanos– también ha acogido esta manera de entender la discriminación (STC Exp. N° 5652-2007-AA/TC, FJ 16).

La discriminación suele ser clasificada en directa e indirecta. Esta distinción permite comprender que las prácticas discriminatorias no siempre se manifiestan explícitamente (Huerta 2006: 71). Así, por ejemplo, en un caso emblemático en materia laboral –en el que se abordó la problemática de la discriminación por razón de sexo– el Tribunal Constitucional peruano señaló que la discriminación directa se configura cuando:

[...] las normas jurídicas, las políticas y los actos del empleador, excluyen, desfavorecen o dan preferencia explícitamente a ciertos trabajadores atendiendo a características como la opinión política, el estado civil, el sexo, la nacionalidad, el color de la piel o la orientación sexual, entre otros motivos, sin tomar en cuenta sus cualificaciones y experiencia laboral. Por ejemplo, los anuncios de ofertas de empleo en los que se excluye a los aspirantes mayores de cierta edad, o de determinado color de piel o complexión física, es una forma de discriminación directa. (STC Exp. N° 5652-2007-PA/TC, FJ 44)

En cambio, se considera que se ha configurado un supuesto de discriminación indirecta cuando:

[...] ciertas normas jurídicas, políticas y actos del empleador de carácter aparentemente imparcial o neutro tienen efectos desproporcionadamente perjudiciales en gran número de integrantes de un colectivo determinado, sin justificación alguna e independientemente de que éstos cumplan o no los requisitos exigidos para ocupar el puesto de trabajo de que se trate, pues la aplicación de una misma condición, un mismo trato o una misma exigencia no se les exige a todos por igual (STC Exp. N° 5652-2007-PA/TC, FJ 45).

En síntesis, se configura un supuesto de discriminación indirecta cuando un tratamiento diferenciado se basa en un motivo aparentemente “neutro”, pero cuya aplicación tiene un impacto perjudicial e injustificado sobre los miembros de un determinado grupo o colectivo protegido por una cláusula antidiscriminatoria (Añón 2013b, p. 649). De ahí que a este tipo de discriminación también se la denomine “de impacto”.

En el siguiente punto, nos aproximaremos a la discriminación indirecta a partir del caso conocido como “Muro de la vergüenza”, resuelto por el Tribunal Constitucional peruano en enero de 2023

4. Aproximación a la discriminación indirecta: A propósito del caso conocido como “Muro de la vergüenza”

Como señala Barrère Unzueta (1997), la idea de que la discriminación puede ser directa o indirecta pone énfasis en la forma en que se manifiesta la discriminación y contribuye a detectarla (p. 24). Esto es especialmente relevante en el caso de la discriminación indirecta, que –a diferencia de la discriminación directa– no se presenta generalmente de manera explícita, clara o evidente. Para ilustrar esta afirmación se puede pensar en el siguiente ejemplo.

En el año 2017, se presentó en la ciudad de Lima una demanda de hábeas corpus con el objeto de que se ordene a la Municipalidad de La Molina la demolición de un muro de cuatro kilómetros y medio, que dividía dicho distrito de Villa María del Triunfo, alegándose la vulneración de –entre otros derechos fundamentales– el derecho a la no discriminación. La municipalidad demandada se defendió señalando que la construcción del muro respondía a razones objetivas relacionadas con la seguridad ciudadana, la prevención de invasiones, la conservación del medio ambiente y la conservación de la residencialidad (STC Exp. N° 1606-2018-PHC/TC, FJ 14). Desde esta perspectiva, al menos en apariencia, la edificación del muro no guardaba relación con alguna categoría sospechosa de discriminación (como el origen, la raza, el sexo, el idioma, la religión, la opinión, la condición económica, etc.). Sin embargo, al profundizar en el caso, quedaba claro que el muro en cuestión generaba un trato diferenciado entre las personas destinatarias de la obra, separando clases sociales por razones económicas. Como sintetiza el Tribunal Constitucional en su sentencia:

Un beneficio para los del distrito de La Molina. Un perjuicio para los vecinos del distrito de Villa María del Triunfo, quienes encuentran dificultades para acceso al transporte público y a espacios públicos como producto del muro en cuestión, lo que genera un impacto negativo en las condiciones de vida de los habitantes de uno de los lados del muro. Mientras que para los primeros el muro constituye un medio para la seguridad de sus propiedades, para los segundos es un acto vejatorio de la dignidad personal, al incidir en el derecho a la igualdad y la no discriminación. (STC Exp. N° 1606-2018-PHC/TC, FJ 57)

En consecuencia, el Tribunal Constitucional afirma que este “constituye un supuesto de discriminación indirecta puesto que la construcción de un muro, aparentemente inocuo

en su intención, termina generando efectos que perjudican el ejercicio de los derechos de los habitantes de uno de los lados de este muro” (STC Exp. N° 1606-2018-PHC/TC, FJ 58).

Uno de los aspectos a los que la doctrina ha prestado especial atención al hacer referencia a la discriminación indirecta, en oposición a la discriminación directa, es la intencionalidad. Así, se podría pensar –atendiendo a sus características– que la discriminación directa es deliberada, mientras que la discriminación indirecta es inconsciente; sin embargo, esto no es exacto (Barrère Unzueta, 1997, p. 25). Como se aprecia en el caso relativo al muro, en su construcción –al menos teóricamente– caben ambas posibilidades: que el muro haya sido construido para proteger un futuro parque ecológico (que fue una de las justificaciones que dio la municipalidad demandada); o, por el contrario, que el muro haya sido construido con la intención de marcar diferencias sociales con elementos físicos. En cualquier caso, es decir, haya existido o no intencionalidad, se ha configurado un supuesto de discriminación indirecta o de impacto.

Una importante sentencia que la doctrina suele citar al analizar esta forma de discriminación es el caso *Griggs v. Duke Power Company*, resuelto por Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos de América en el año 1971. Este caso fue promovido, a través de una *class action*³, por un grupo de trabajadores afroamericanos que buscaban que se analizara si estaba permitido que un empleador –en este caso una empresa– estableciera, como requisito para la contratación o el ascenso de los trabajadores, exigencias como la de haber completado la educación secundaria o superar determinadas pruebas de inteligencia.

Al analizar el caso, el Tribunal Supremo constató que ninguno de estos dos requisitos era relevante para determinar si el trabajador estaba o no calificado para desempeñar el trabajo. Además, pese a que formalmente dichos requisitos se presentaban como neutros, no lo eran en la práctica pues operaban en perjuicio de los trabajadores afroamericanos, quienes por mucho tiempo tuvieron acceso a una educación de menor calidad debido a la segregación en las escuelas. Por tanto, pese a que el propósito del empleador no hubiera sido discriminar, lo cierto es que se había configurado una barrera arbitraria e innecesaria para el acceso al empleo de la población afroamericana, por lo que esta práctica debía ser removida.

Como señala Barrère Unzueta, con este caso el Tribunal Supremo “empieza a considerar discriminatoria la contratación empresarial en términos de efectos o

³ Como explica Barrère Unzueta, “[l]as *class actions* constituyen una institución procesal originaria del *Common law* y de gran importancia en el Derecho estadounidense que capacita a un individuo para actuar en nombre propio y en el de un grupo o ‘clase’ de personas que se encuentran en una situación similar” (1997, p. 42).

consecuencias; pero, sobre todo, al margen de la intencionalidad” (1997, pp. 42-43). En ese sentido, “[n]o es que la discriminación indirecta se caracterice por ser *no intencional*, sino –se insiste– por conceptualizarse *al margen* de la intencionalidad discriminatoria” (Barrère Unzueta, 1997, p. 43)⁴. De ahí que el caso *Griggs v. Duke Power Company* sea considerado un hito importante en la formación del concepto discriminación indirecta (Rey Martínez, 2011, p. 175).

Actualmente, la clasificación que distingue entre la discriminación directa e indirecta es una de las más difundidas. Así, por ejemplo, estos conceptos se pueden encontrar en el ámbito internacional en tratados como la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (ICERD)⁵ y la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)⁶. En ambas convenciones la discriminación es definida como toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en una categoría sospechosa (raza y sexo, respectivamente) que tenga por objeto *o por resultado* menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio, de los derechos y libertades en todas las esferas. Así, al tomar en cuenta el resultado (o el impacto) de un tratamiento diferenciado, estos dos instrumentos se remiten a la idea de discriminación indirecta.

Otro instrumento internacional que conviene mencionar es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)⁷. Si bien este Pacto no contiene una definición del término “discriminación”, el Comité de Derechos Humanos –creado en virtud del mismo tratado, para supervisar su aplicación– ha tomado como referencia el contenido de las dos convenciones antes mencionadas (ICERD y CEDAW), de manera que también considera como discriminatorio todo tratamiento diferenciado basado en una categoría sospechosa que tenga por objeto *o por resultado* menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de un derecho o libertad (Comité de Derechos Humanos, 1989, párr. 6-7).

⁴ El caso *Griggs v. Duke Power Company* constituye un ejemplo de aplicación de la teoría norteamericana denominada *disparate impact*, que en el ámbito europeo se considera identificable con el concepto discriminación indirecta, mientras que la teoría del *disparate treatment* se suele identificar con el concepto discriminación directa. Sin embargo, con relación a esta identificación se ha efectuado la siguiente salvedad: “En realidad, cuando la doctrina estadounidense se refiere al *disparate treatment* y al *disparate impact* no habla estrictamente de conceptos, sino de ‘teorías generales’ del Tribunal Supremo sobre lo que constituye discriminación proscrita por el Título VII de la *Civil Right Act*. Sin entrar en la oportunidad del empleo del término ‘teoría’ en este caso, la matización es importante porque la complejidad de ambas figuras es mayor de la que a primera vista pudiera darse a entender hablando simplemente de conceptos” (Barrère Unzueta, 1997, p. 40).

⁵ Esta Convención fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965.

⁶ Esta Convención fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979.

⁷ Este Pacto fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966.

Igualmente, se ha referido a esta cuestión el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que supervisa la implementación del PIDESC⁸. En su Observación General N.º 20, este comité interpretó que “[t]anto las formas directas como las formas indirectas de trato diferencial constituyen discriminación conforme al artículo 2.2 del Pacto” (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2009, párr. 10). Seguidamente señaló que se configura un supuesto de discriminación directa cuando “un individuo recibe un trato menos favorable que otro en situación similar por alguna causa relacionada con uno de los motivos prohibidos de discriminación” (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2009, párr. 10-a)⁹. Mientras que la discriminación indirecta “hace referencia a leyes, políticas o prácticas en apariencia neutras pero que influyen de manera desproporcionada en los derechos del Pacto afectados por los motivos prohibidos de discriminación” (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2009, párr. 10-b).

5. Desafíos desde una visión estructural e interseccional de la discriminación: A propósito del caso Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesús y sus familiares vs. Brasil

En los últimos años el concepto “discriminación estructural” (o sistémica) ha cobrado mayor interés en el discurso de los derechos humanos. Al hablar de discriminación estructural, la doctrina plantea que existen ciertas problemáticas respecto de las cuales la concepción tradicional de la discriminación puede resultar insuficiente (Nash y David, 2010, p. 172). Esto se debe a que las causas y manifestaciones de la discriminación suelen estar atravesadas por complejas prácticas sociales que llevan a que determinados grupos sociales no gocen de sus derechos de la misma forma en que lo hacen otros grupos en la sociedad.

Para Añón Roig, el concepto discriminación estructural (o sistémica) constituye “una propuesta doctrinal dirigida a redefinir el concepto jurídico tradicional de discriminación y a dar cabida en su denotación a la noción de opresión intergrupal” (2013a, p. 147). Por su parte, Roberto Saba reconstruye la noción usualmente aceptada de igualdad (entendida como trato no arbitrario) para capturar en ella los problemas de desigualdad estructural que enfrentan determinados grupos sociales (2016, pp. 24 y ss.). El autor

⁸ Este Pacto fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966.

⁹ Cabe precisar que, para este Comité, la discriminación es directa cuando la diferencia de trato se funda en alguna categoría sospechosa; y esto puede ocurrir incluso en aquellos casos en que no exista una situación similar comparable. Al respecto, el Comité propone como ejemplo el caso de una discriminación por embarazo.

parte del reconocimiento de la existencia de normas y prácticas sociales que posicionan a ciertos grupos en una situación de desventaja; y, en respuesta, propone una noción de igualdad que se caracteriza por incorporar una exigencia dirigida al desmantelamiento de situaciones de subordinación. En ese sentido, el autor asocia la noción de igualdad con el principio de no sometimiento (Saba, 2016, p. 18).

Por su parte, la discriminación “interseccionalidad” pone de manifiesto que los diferentes grupos sociales no constituyen colectivos homogéneos, con una única identidad. Es posible encontrar grupos en situación de vulnerabilidad dentro de otros grupos también en desventaja, lo que no siempre se hace visible. En esta materia, resulta relevante el trabajo realizado por la profesora norteamericana Kimberlé W. Crenshaw, quien a finales de la década de 1980 acuñó el término “interseccionalidad” para hacer referencia a las diferentes formas en que interactúan la raza y el sexo en ámbitos como el de la violencia de género (1991, pp. 1241-1299).

Ahora bien, identificados –a grandes rasgos– los conceptos “discriminación estructural” y “discriminación interseccional” cabría preguntar si constituyen categorías jurídicas independientes y situadas al mismo nivel que otros conceptos jurídicos como el de “discriminación directa” y “discriminación indirecta”, o si ocupan un lugar distinto y, si es así, cuál sería este.

Esta es una reflexión que puede encontrarse en María José Añón, quien refiriéndose a esta cuestión ha señalado lo siguiente: “no pretendo sostener que el concepto de ‘discriminación estructural’ sea reconocido como una categoría jurídica independiente y situada al mismo nivel que el concepto jurídico de discriminación indirecta” (2013a, p. 147). Para esta autora la discriminación estructural constituye más bien un estándar interpretativo adicional, que apoya o complementa el concepto jurídico de discriminación indirecta, dándole una mayor fuerza o justificación. Ocurre lo mismo con la discriminación interseccional (Añón, 2013a, p. 147).

Uno de los mayores desafíos que trae consigo la visión estructural e interseccional de la discriminación es que pone de relieve la faceta o dimensión colectiva o grupal de la discriminación. Esto supone un desafío en el ámbito de lo jurídico pues, como explica María José Añón, “el concepto de discriminación utilizado en los textos legales y jurisprudenciales interpreta la discriminación como un conflicto entre individuos concretos y tiende a convertir el problema en una cuestión intersubjetiva” (2016, p. 145). Si bien la autora reconoce que existen algunos avances, puntualiza que “[e]l reconocimiento de la dimensión colectiva o grupal de la discriminación ha ido arraigando en una cultura jurídica que, sin embargo, se encuentra impregnada de categorías jurídicas individuales” (Añón Roig, 2016, p. 145).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se ha mostrado permeable a estos conceptos, lo cual le ha permitido visibilizar la magnitud de la discriminación que afecta a determinados grupos sociales en la región (mujeres, personas indígenas y afrodescendientes, personas en situación de pobreza, personas LGBTI, migrantes, etc.); discriminación que muchas veces ha sido tolerada e incluso convalidada a través de normas, políticas y prácticas estatales. Así, por ejemplo, resulta ilustrativo el caso Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesús y sus familiares vs. Brasil (Corte IDH, 2020).

El caso se relaciona con la explosión de una fábrica de fuegos artificiales ocurrida el 11 de diciembre de 1998 en un lugar llamado Santo Antônio de Jesús, en Brasil. En dicha explosión fallecieron 64 personas y hubo seis sobrevivientes. Al analizar el caso, la Corte IDH (2020) señaló que la actividad económica relacionada con la fabricación de fuegos artificiales se desarrollaba en una zona en la que residía población en situación de pobreza y marginación, lo que facilitó que dicha actividad peligrosa se instalara y funcionara sin la fiscalización del Estado; y sin que se adoptaran medidas orientadas a garantizar el ejercicio del derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias sin discriminación. Adicionalmente, refiriéndose a las víctimas de la explosión, la Corte puntualizó que se trataba de personas que “por cuenta de la discriminación estructural por su condición de pobreza, no podían acceder a otra de fuente de ingresos y debían exponerse al aceptar un trabajo en condiciones de vulnerabilidad, que desconocía los mandatos de la Convención Americana y que las expuso a los hechos victimizantes” (Corte IDH, 2020, párr. 188).

La Corte IDH también constató que las víctimas se encontraban inmersas en patrones de discriminación interseccional pues se encontraban en una situación de pobreza estructural y eran, en una amplísima mayoría, mujeres y niñas afrodescendientes (Corte IDH, 2020, párr. 197). Incluso cuatro de ellas se encontraban en estado de gestación y no contaban con ninguna otra alternativa de trabajo; en ese sentido, “[l]a confluencia de estos factores hizo posible que una fábrica como la que se describe en este proceso haya podido instalarse y operar en la zona y que las mujeres, niñas y niños presuntas víctimas se hayan visto compelidos a trabajar allí” (Corte IDH, 2020, párr. 197).

La Corte IDH encontró, por tanto, responsable al Estado de la violación del derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias sin discriminación, así como el derecho a la igualdad previstos en los artículos 24 y 26, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Corte IDH, 2020, párr. 203).

Finalmente, cabe señalar que la visión estructural e interseccional de la discriminación por parte de la Corte IDH supone varios desafíos para el campo del Derecho. Estos

desafíos se desprenden de aquellos elementos que caracterizan estos conceptos y que pueden sintetizarse de la siguiente manera: en primer lugar, desde esta perspectiva la discriminación se configura como un proceso, no como un acto individual. En segundo lugar, este proceso tiene un carácter difuso pues está conformado por una serie de estereotipos, normas, pautas, roles, actos individuales de mucha gente, etc., que atraviesan todas las esferas de la sociedad y que consolidan relaciones de poder de carácter intergrupar (estas relaciones de poder han sido teorizadas en términos de opresión, dominación y/o subordinación). En tercer lugar, si bien existen determinados grupos sociales que obtienen ventajas de estos procesos sociales, no necesariamente existe un elemento intencional; y, por lo general, las personas que participan en estos procesos consideran que simplemente están viviendo sus vidas o haciendo su trabajo (con lo cual no se conciben a sí mismas como agentes de opresión). Finalmente, dichos procesos sociales pueden condicionar severamente las decisiones individuales de las personas, en cuyo caso no se puede decir que estas decisiones sean auténticamente libres (Barrère & Morondo, 2011).

6. Conclusión

A partir de una breve revisión de los casos “Muro de la vergüenza”, resuelto por el Tribunal Constitucional peruano en enero de 2023; y “Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesús y sus familiares vs. Brasil”, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en julio de 2020, se advierte que la incorporación de los conceptos “discriminación indirecta”, discriminación estructural” y “discriminación interseccional” ha contribuido al fortalecimiento de la respuesta del Derecho frente a la discriminación. Asimismo, puede afirmarse que estos conceptos hacen posible un análisis más contextualizado del problema desde la perspectiva de los derechos fundamentales.

Queda pendiente, sin embargo, que estos conceptos sean abordados con mayor profundidad por las altas cortes a fin de disipar las dudas sobre su sentido y las consecuencias jurídicas de su aplicación a casos concretos. Esto es especialmente relevante si se tiene en cuenta que la discriminación sigue siendo uno de los mayores obstáculos para el goce y ejercicio de los derechos, por lo que se requiere de un mayor compromiso por parte de los Estados en la implementación de medidas que contribuyan a enfrentar este problema.

Bibliografía

- Añón Roig, M. J. (2013a). "Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja". *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, 39, pp. 127-157.
- Añón Roig, M. J. (2013b). "Grupos sociales vulnerables y derechos humanos. Una perspectiva desde el derecho antidiscriminatorio". En A. Iglesias Garzón (coord.), *Historia de los derechos fundamentales. Siglo XX* (Tomo IV, vol. V, libro II, pp. 609-671). Madrid: Dykinson.
- Añón Roig, M. J. (2016). "Discriminación racial: El racismo institucional desvelado". En F. Arcos Ramírez (ed.), *La justicia y los derechos en un mundo globalizado* (pp. 133-165), Madrid: Dykinson.
- Barrère Unzueta, M. A. (1997). *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*. Madrid: Civitas.
- Barrère, M.A. & Morondo. D. (2011). "Subordiscriminación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio". *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 45, pp. 15-42.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2009). Observación General N.º 20. *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del PIDESC)*. 42º periodo de sesiones.
- Comité de Derechos Humanos. (2000). *Observación General N° 28. La Igualdad de derechos entre hombres y mujeres (artículo 3)*. 68º periodo de sesiones.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2020). Caso Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesús y sus familiares vs. Brasil. Sentencia de 15 de julio de 2020. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.
- Crenshaw, K. (1991). Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color. *Stanford Law Review*, 43(6), 1241-1299.

Eguiguren Praeli, F. J. (1997). Principio de igualdad y derecho a la no discriminación. *Ius Et Veritas*, 8 (15), 63-72. Recuperado a partir de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15730>

Huerta, L. (2006). "El derecho a la igualdad: Su desarrollo en la Constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú". En S. Mosquera (coord.), *El derecho fundamental de igualdad* (pp. 59-125). Lima: Palestra Editores.

León, J. (2021). *Derechos a la igualdad y no discriminación*. Lima: Palestra Editores. Fondo Editorial PUCP.

Nash, C. & David, V. (2010). "Igualdad y no discriminación en el sistema interamericano de derechos humanos". En C. Nash e I. Mujica (eds.). *Derechos Humanos y Juicio Justo* (pp. 159-186). Lima: Red Interamericana de Formación en Gobernabilidad y Derechos Humanos, Colegio de las Américas – COLAM, Organización Interamericana Universitaria.

Rey Martínez, Fernando. (2011). ¿De qué hablamos cuando hablamos de igualdad constitucional? *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 45, pp. 167-181.

Saba, R. (2016). *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?* Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores (Ebook).

Tribunal Constitucional. (2023). Sentencia recaída en el Exp. N.º 01606-2018-PHC/TC. 20 de diciembre de 2022.

Tribunal Constitucional del Perú. (2008). Sentencia recaída en el Exp. N.º 5652-2007-PA/TC. 6 de noviembre de 2008

El procedimiento parlamentario de acusación constitucional en la Constitución de 1993: Análisis y balance de las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Congreso de la República^{1*}

Abraham García Chávarri^{2**}

1. Introducción.

La acusación constitucional, que es el procedimiento parlamentario de determinación de responsabilidad política *-impeachment-* y/o de autorización de procesamiento penal *-antejuicio-* contra determinados altos funcionarios, se encuentra regulada en los artículos 99 y 100 de la Constitución Política vigente. Dicha regulación implicó un cambio en nuestro constitucionalismo histórico, al contemplar la posibilidad de que el Congreso de la República no solo declare que haya lugar a la formación de causa (como era nuestro clásico modelo antejuicio), sino que ahora pueda destituir e inhabilitar hasta por diez años a los referidos altos funcionarios (bajo la figura incorporada de juicio político).

La doctrina dio cuenta crítica de las modificaciones introducidas por la Carta de 1993 (Paniagua Corazao, 1999, págs. 181-204) y la distinción entre ambas figuras fue asumida por el Tribunal Constitucional (Exp. 0006-2003-AI/TC, fundamentos 3-25) que, interpretando el primer párrafo del artículo 100, señaló que nuestro actual modelo contempla dos procedimientos de acusación constitucional. El primero, de juicio político o *impeachment*, por la amplia causal de infracción de la Constitución y con las sanciones de destitución e inhabilitación política hasta por diez años. El segundo, de antejuicio, por la causal de delito cometido en el ejercicio de las funciones, con la consecuencia de la imposición de la medida cautelar de suspensión en el cargo.

^{1*} Publicado originalmente en *Gaceta Constitucional*, (190), 61-77.

^{2**} Profesor Ordinario de la Pontificia Universidad Católica del Perú, profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Lima, abraham.garciac@pucp.pe, mabgarci@ulima.edu.pe

2. Antejuicio histórico y delitos cometidos en el ejercicio del cargo.

2.1. Noción.

Como una forma de tratamiento diferenciado de la criminalidad de los ministros, Cairo Roldán recuerda que el antejuicio aparece en la Francia posrevolucionaria (2000, pág. 324). Se constituye, así, en una antesala parlamentaria a un proceso penal.

En el antejuicio, es la judicatura quien determine si el funcionario cuestionado tiene responsabilidad penal o no. El Parlamento no aplica ninguna sanción al funcionario acusado, sino que se limita a decidir si se habilita o no la competencia penal judicial para iniciar el proceso respectivo contra dicho funcionario por la comisión de delitos en el ejercicio del cargo (Cairo Roldán, 2000, pág. 321 y ss.).

2.2. Filtro parlamentario.

El organismo político, luego de una previa investigación, valora solamente si existen indicios suficientes para levantarle el fuero a un determinado funcionario o no; y permitir después que sea procesado penalmente. En ese sentido, el antejuicio es un procedimiento parlamentario con incidencia en lo jurisdiccional (Paniagua Corazao, 1999, pág. 187), pues tiene por objetivo habilitar materializar la responsabilidad jurídico penal de los altos funcionarios por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones. Así, le permite a la judicatura ordinaria pueda procesarlos y establecer su culpabilidad o no.

La carga de valoración política de un procedimiento de antejuicio está dada en tanto que el Congreso deberá establecer el carácter y verosimilitud de los hechos imputados al funcionario acusado: calificará la intención política o no de la denuncia constitucional, para que se persigan las conductas legalmente punibles y no las acusaciones maliciosas destinadas a herir la autoridad, respetabilidad o dignidad del funcionario.

La estimación política de la denuncia constitucional radica en que los congresistas deberán observar en cada caso que los hechos que la sustentan persigan concretar una sanción penal por la comisión de un delito de función, mas no la exclusión de un funcionario "incómodo" por veladas –y por ello proscritas- consideraciones de conveniencia política (Paniagua Corazao, 1999, pág. 187).

2.3. Configuración constitucional histórica.

Previsto desde la Constitución de 1823, y delimitado en sus detalles por la Carta de 1828, el modelo de acusación de altos funcionarios se mantuvo, sin grandes variaciones, en todos los otros textos constitucionales anteriores al actual bajo la forma de un antejuicio. En ellos, la Cámara de Diputados³ acusa a las autoridades con el privilegio del antejuicio ante el Senado por infracción de la Constitución y delitos cometidos en el ejercicio de su cargo. Correspondía al Senado, por su parte, decidir si había lugar a la formación de causa o no contra los acusados. De resultar el primer supuesto, el funcionario quedaba suspendido en el ejercicio de su cargo en tanto la judicatura ordinaria determinaba su responsabilidad penal.

A nivel latinoamericano, el antejuicio está consagrado en las Cartas de Costa Rica y Guatemala. El modelo peruano, hasta la Constitución de 1993, era propiamente uno de antejuicio.

2.4. *Delito cometido en el ejercicio del cargo.*

La causal peruana para el antejuicio es la del delito que el alto funcionario cometa en el ejercicio de su cargo. Es decir, recae sobre los denominados delitos de función (San Martín Castro, 2002), y no corresponde respecto de los delitos comunes⁴.

En el caso de los delitos cometidos por los funcionarios –previstos en el título XVIII del Código Penal- el bien jurídico protegido es el interés estatal de tutelar el ejercicio normal de sus funciones, la regularidad funcional de los órganos estatales o el correcto funcionamiento de la administración pública (Abanto Vásquez, 2003, pág. 16), que puede ser lesionado por abuso de los poderes al cargo de funcionario -abuso de autoridad-, falta de probidad o fidelidad -concusión, peculado- o transgresión de deberes oficiales -corrupción- (Bramont Arias & Bramont-Arias Torres, 1998, pág. 444)⁵.

³ La afirmación indicada requiere esta información complementaria. La Carta de 1826 estableció un Congreso tricameral. Salvo la Constitución de 1867 y la actual, las demás Cartas establecieron un Congreso bicameral (1823, 1828, 1834, 1839, 1856, 1860, 1920, 1933 y 1979).

⁴ A diferencia del antejuicio, la inmunidad era la prerrogativa respecto de los delitos comunes que los congresistas, miembros del Tribunal Constitucional y el Defensor del Pueblo pudieran cometer asumidos sus cargos. La inmunidad fue eliminada por la reforma constitucional de febrero de 2021. Actualmente se discute en el Parlamento su reincorporación.

⁵ Resulta importante diferenciar el delito de función, del delito contra los deberes de función y del delito en el ejercicio de la función. El *delito de función*, típicamente considerado, es aquel donde el sujeto activo es un agente cualificado (un funcionario) y donde el bien jurídico protegido tiene estrecha relación con esta calificación especial del eventual infractor. Por ejemplo, en el caso castrense, un delito de función implica la presencia de un sujeto activo militar o policial, y de un bien jurídico militar o policial afectado. Por su parte, el *delito contra los deberes de función* tiene que ver con el incumplimiento de deberes especiales, los cuales están recogidos por lo general en los reglamentos respectivos. Finalmente, el *delito cometido en el ejercicio de la función* es aquel previstos específicamente cuando el agente activo (un funcionario, por ejemplo) se encuentra desempeñando una función especial (Defensoría del Pueblo, 1998, pág. 39 y ss.).

No obstante lo anterior, el Tribunal Constitucional prefiere otro criterio para apreciar la causal de delito cometido en el ejercicio del cargo. En posición que no comparto, el Tribunal Constitucional (Expediente 04747-2007-PHC/TC) tiene señalado que “*el Ministerio Público no puede promover una investigación a propósito de la supuesta comisión delictiva por parte de un alto funcionario si éste previamente no ha sido objeto de un acusación constitucional en el Congreso*” (f. 6). Es decir, para el alto colegiado, el Congreso tiene que pronunciarse respecto inclusive de delitos comunes como, en este caso, de homicidio calificado, siempre que se trate de un alto funcionario. El criterio fijado por el Tribunal Constitucional es uno de carácter personal (si se es alto funcionario o no), antes que material (si es delito de función o común).

Por lo tanto, existe un considerable margen discrecional para el Congreso al momento de calificar una conducta como delito cometido en el ejercicio del cargo o no, con las repercusiones que en términos de espíritu gremial e impunidad puedan acarrear.

3. El juicio político y la infracción de la Constitución.

3.1. Orígenes

El origen del *impeachment* se remonta al siglo XIV en Inglaterra. Consistía en la solemne acusación llevada por la Cámara de los Comunes a la de los Lores, en tanto esta última cámara tenía el carácter de gran inquisición de la nación y obraba como suprema corte de justicia (Gallo, 1897, pág. 8 y ss.).

Este procedimiento, inicialmente criminal, derivó de la tradicional organización del sistema de justicia británico, en el cual cada condado contaba con un jurado encargado de sancionar las conductas que importasen responsabilidad penal. De allí que la Cámara de los Comunes, en tanto representante de los condados y burgos, haya sido considerada como el cuerpo de acusación para la totalidad del reino. En ese mismo sentido, al ser la Cámara de los Lores el supremo tribunal, se admitió que examinase y decidiese sobre las acusaciones y los cargos que resultaran interpuestos por la Cámara Baja (Hauriou, 1980, pág. 277 y ss.).

A partir de 1688, con la Revolución Gloriosa que pone fin al reinado de Jacobo II, el *impeachment* comenzó a perder utilidad en Inglaterra a favor de la censura; institución de la responsabilidad política en virtud de la cual un ministro (o todo el gabinete, según el caso) era removido mediante el simple ejercicio del voto de confianza o su denegatoria, que lo obligaba a dimitir (Cairo Roldán, 2000, pág. 318).

3.2. Noción y finalidad

El *impeachment* es una institución esencialmente de naturaleza política, que se lleva a cabo a través del organismo político por excelencia como es el Parlamento o Congreso. Sus fines, objetivos y actos materia de procedimiento son de absoluta índole política (Paniagua Corazao, 1999, pág. 184).

La finalidad del *impeachment* es la protección del Estado. Su propósito es la severa moralización administrativa y tiene que ver con la verificación de la ausencia de una conducta calificable como “virtuosa” (Gallo, 1897, pág. 70 y ss.). Por ello, decidido el juicio político, tiene como sanción separar del cargo a quien es indigno de él (destitución), e inclusive hacerle imposible ocupar otro cargo público en el futuro (inhabilitación política).

3.3. La recepción del *impeachment* y sus peligros

Con características especiales, el *impeachment* fue previsto en la Constitución Federal de los Estados Unidos de Norteamérica de 1787. La historia norteamericana registra, hasta fines de abril de 2023, veintiún juicios políticos, incluidos tres presidentes. Procede contra funcionarios públicos (el presidente, el vicepresidente y todos los funcionarios civiles de los Estados Unidos, menos los miembros de las dos cámaras) y por causales específicas como traición, cohecho, y otros delitos y faltas graves (“*treason, bribery, or other high crimes and misdemeanors*”).

La gran mayoría de las Constituciones latinoamericanas, tomando por base el *impeachment* norteamericano, incorporaron esta figura en sus ordenamientos jurídicos. Actualmente, el juicio político está establecido en las Cartas de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, México, Panamá, Paraguay, República Dominicana y Uruguay.

A diferencia de la experiencia norteamericana, en la que ninguno de los tres presidentes sometidos a *impeachment* fue encontrado culpable, Latinoamérica presenta varios casos de juicios políticos, cuya cifra ha sufrido un aumento a partir de la última década de mil novecientos (Pérez-Liñán, 2009, págs. 17-19; Eguiguren Praeli, 2017, págs. 73-77)⁶.

6

País
Presidente
Año
Decisión del Congreso
Brasil
Fernando Collor de Mello
1992
Destituido
Venezuela
Carlos Andrés Pérez
1993

Con ocasión de esta tendencia, mediante escrito de 13 de octubre de 2017, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sometió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) una solicitud de opinión consultiva sobre el ejercicio del juicio político por parte de los Congresos. La CIDH solicitó pronunciarse sobre *“las implicaciones de las garantías del debido proceso y del principio de legalidad en el contexto de juicios políticos contra presidentes/as democrática y constitucionalmente electos”*.

Si bien la Corte IDH admitió el pedido de la CIDH, en su Resolución de 29 de mayo de 2018, votó por no continuar con el trámite de la solicitud de opinión consultiva. Estimó que no podría emitirse consideraciones abstractas y generales atendiendo a las especificidades propias de los diferentes modelos latinoamericanos.

3.4. *La causal de infracción de la Constitución.*

Por su parte, en el modelo peruano, la causal prevista para el juicio político contra altos funcionarios es la de infracción de la Constitución, que se encuentra presente en la historia constitucional desde su inicio. Con antecedente en la Constitución de Cádiz de 1812, y prevista de modo genérico en la carta de 1823, fue establecida definitivamente en el texto de 1828 y se mantuvo hasta la Carta actual.

Destituido
Guatemala
Jorge Serrano
1996
Destituido
Colombia
Ernesto Samper
1996
Absuelto
Paraguay
Raúl Cubas Grau
1999
Renunció
Paraguay
Luis González Macchi
2003
Absuelto
Honduras
José Manuel Zelaya
2009
Destituido
Paraguay
Fernando Lugo
2012
Destituido
Brasil
Dilma Roussef
2016
Destituida
Perú
Martín Vizcarra Cornejo
2021
Inhabilitado políticamente

Pero esta causal, naturalmente amplia como sus similares en los diferentes modelos de juicio político, si bien ha estado prevista desde el inicio de la República, permaneció inaplicada hasta 1997. Como recuerda Paniagua Corazao, las conductas tipificadas como infracciones constitucionales fueron determinadas en una sola oportunidad: por la Ley de 17 de junio de 1834 y para el caso del presidente de la República y de los ministros de Estado, con penas tan severas que nunca fueron puestas en práctica (1999, pág. 187). Décadas después, la Ley de 28 de setiembre de 1868 prescribió que la responsabilidad de los funcionarios puede ser civil o mixta (penal y civil). De esta manera, excluyó -o por lo menos no contempló- una responsabilidad de tipo constitucional.

Hasta la vigencia de la Carta de 1979, únicamente cabía la acusación constitucional contra altos funcionarios para permitir el procesamiento por presuntos delitos de función. En 1997, ya vigente la Carta actual, ocurrió el primer caso de juicio político, y en él se recurrió, también por primera vez, a la causal de infracción de la Constitución.

Mediante Resoluciones Legislativas 002, 003 y 004-97-CR, de 28 de mayo de 1997, el Congreso destituyó a Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo Marsano de Mur, magistrados del Tribunal Constitucional, por infringir la Constitución al haber ejercido control difuso para declarar inaplicable al entonces presidente Alberto Fujimori la Ley 26657, contra la que se planteó una demanda de inconstitucionalidad (Expediente 002-96-I/TC). Dicha norma permitía a Fujimori una inconstitucional tercera elección consecutiva⁷.

⁷ Sobre este suceso, tres anotaciones complementarias:

La Ley 26657, publicada en El Peruano el 23 de agosto de 1996, dispuso en su **Artículo Único**: *“Interprétase de modo auténtico, que la reelección a que se refiere el Artículo 112° de la Constitución, está referida y condicionada a los mandatos presidenciales iniciados con posterioridad a la fecha de promulgación del referido texto constitucional. En consecuencia, interprétase auténticamente, que en el cómputo no se tienen en cuenta retroactivamente los períodos presidenciales iniciados antes de la vigencia de la Constitución”*. No por fuerza de emplear dos veces la misma frase esta se torna correcta o adquiere mayor entidad. Suele suceder lo contrario, y la frase repetida más bien termina denunciando sin disimulo su ilegitimidad. En este caso, por una argucia de lesa constitucionalidad se buscaba desconocer el primer periodo presidencial de Alberto Fujimori, y hacer la suma a partir de 1995, para permitir que pudiese gobernar quince años cuando la propia norma fundamental disponía -como el sentido democrático y el principio de alternancia en el poder- un máximo de diez años.

La Ley 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, publicada el 10 de enero de 1995, estipuló en su artículo 4 que *“para dictar sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley [...] se exigen seis votos conformes”*. Así como establecer cuatro votos conformes de siete es promover que las normas legales sean declaradas inconstitucionales con facilidad, fijar en seis votos conformes se pasa al otro extremo y lo vuelve muy difícil y acaso imposible, pues otorga a dos votos en contra mucho mayor peso, no razonablemente, que a cinco votos conformes. Si a eso se suma un gobierno poco democrático con mayoría obsecuente en el Congreso, entonces tendremos a un Tribunal Constitucional muy complicado -o casi maniatado- en su labor de controlar los excesos legislativos, tal y como pasaba en el régimen fujimorista. De los siete magistrados del Tribunal Constitucional, tres señalaron que se abstendían de votar por haber adelantado opinión en clases o

La infracción de la Constitución es amplia, difusa e imprecisa. En términos generales, y atendiendo a su literalidad, se entiende como aquella conducta u omisión que es contraria a la norma fundamental (Eguiguren Praeli, 2001, pág. XV). Por ello, puede llegar a ser con suma facilidad peligrosamente ominicomprendensiva, pues admitirá consideraciones no sólo jurídicas, sino políticas, éticas, religiosas o de cualquier otra naturaleza. En suma, según la valoración, siempre subjetiva y relativa de una mayoría, cualquier conducta u omisión puede revestir y significar una infracción al texto constitucional, con las consecuencias de la destitución e inhabilitación política del funcionario acusado.

La causal de infracción de la Constitución es una figura autónoma, de eminente carácter político, que forma “legítimamente” parte de los mecanismos parlamentarios de control político, y que es independiente de las conductas típicas sancionadas por el ordenamiento penal (Santistevan de Noriega, 2004, pág. 17 y ss.). El Tribunal Constitucional también comparte esta postura en la sentencia del caso *65 congresistas de la República* (Expediente 0006-2003-AI/TC).

Con el propósito de restringir los alcances de la figura, Landa Arroyo señala que la transgresión de cualquier artículo de la Constitución no configura una infracción constitucional. En ese sentido, importaría infracción constitucional “*toda violación de los bienes jurídicos –sociales, políticos y económicos- establecidos en la Constitución, que no sean materia de protección y sanción en caso de su incumplimiento- por norma legal alguna*” (Antejuicio político, 2004, pág. 613 y ss.). Este concepto fue recogido -sin referenciar la fuente- por el Tribunal Constitucional en su sentencia del caso *Luz Salgado Rubianes de Paredes y Carmen Lozada de Gamboa* (Expediente 3593-2006-AA/TC, f. 8).

3.5. La atipicidad de las infracciones constitucionales en cuestión.

conferencias “académicas”. El día indicado, el presidente del Tribunal Constitucional también se abstuvo. Los tres magistrados restantes optaron por defender la Constitución innovando una salida que, si bien fue insólita o iconoclasta, no era inconstitucional (cierto, desde una óptica de Tribunal Constitucional activista más que conservador), pues desde una interpretación sistemática antes que literal (práctica que posteriormente fue asumida como nueva competencia), y sobre la base -diríamos ahora- de los criterios interpretativos de unidad, coherencia práctica y fuerza normativa, declararon inaplicable a Alberto Fujimori su ley de interpretación constitucional auténtica. El Congreso, como no podía ser de otra manera, consiguió una ineludible infracción de la Constitución y los destituyó del cargo.

Finalmente, la interpretación auténtica es una fórmula que se emplea cuando el órgano creador de una norma es quien también elabora la interpretación. Así, por ejemplo, el Congreso es el único que puede interpretar auténticamente sus leyes, porque ha sido quien las ha creado. Por esa misma razón, el Congreso no puede interpretar auténticamente la Constitución, ya que esta ha sido elaborada por el poder constituyente, el cual se disuelve una vez que ha cumplido con su tarea. El Congreso, como todas las demás entidades estatales, es un poder constituido, creado por la voluntad constituyente y con los límites competenciales establecidos en la Constitución.

El principal riesgo de la infracción constitucional es su atipicidad o indeterminación (Soria Luján, 2003, pág. 17 y ss.). Si no existe en el ordenamiento jurídico una norma que describa y detalle las conductas u omisiones infractoras de la Constitución, la discrecionalidad del Congreso en un procedimiento de acusación constitucional puede devenir arbitraria, lejana de las garantías de todo Estado Constitucional.

Sin tipificación previa y claramente determinada, el alto funcionario no debiera ser objeto de *impeachment*, ya que no hay certeza de cuál ha sido la conducta o infracción reprimibles. En estas condiciones, acaso lo más propio de un Estado Constitucional es que la infracción constitucional no debiera ser admisible un procedimiento de acusación constitucional que puede implicar para el alto funcionario su destitución o inhabilitación hasta por diez años de todo cargo público.

Por ello, entendiendo la infracción constitucional como un atentado contra el sistema democrático, y teniendo en consideración que los tipos abiertos no son propios de un Estado Constitucional, Montoya Chávez propuso un catálogo de las conductas a estimarse como infracciones constitucionales: (i) violación de la soberanía nacional, (ii) inobservancia reiterada de compromisos públicos, (iii) menoscabo presupuestario, (iv) usurpación absoluta del poder, (v) intervención en otros poderes, y (vi) desestabilización interna (2005, pág. 237 y ss.). Debe destacarse este aporte porque contribuye a la discusión, a favor y en contra, sobre la tipificación de esta figura.

Si bien la Constitución actual señala que la acusación constitucional procede por infracción de ella misma, presenta el problema de que no desarrolla los supuestos de tal contravención, así como tampoco lo hace el Reglamento del Congreso de la República. Por lo tanto, en sentido estricto, al no estar debidamente tipificados sus supuestos, la infracción constitucional no debiera aplicarse.

En esta línea de reflexión encontramos el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en su sentencia en el caso *César Humberto Tineo Cabrera* (Expediente 156-2012-PHC/TC)⁸. Para el colegiado, también resulta exigible al juicio político el principio de legalidad, por lo que las infracciones constitucionales deben encontrarse previamente tipificadas para ser aplicadas (y pasibles de destitución e inhabilitación política).

⁸ Si bien los alcances y principios señalados en el citado caso sobre las comisiones investigadoras parlamentarias han sido superados por los precedentes fijados en el posterior caso *Luciano López Flores a favor de Alejandro Toledo Manrique y otra* (Expediente 04968-2014-PHC/TC), lo anotado respecto de la falta de tipificación de las infracciones constitucionales no ha sido objeto de tratamiento posterior en distinto sentido.

"La taxatividad no sólo se exige a los delitos. También le alcanza a las infracciones constitucionales previstas por el artículo 99º de la Constitución, tal como sucedía en la Ley de Acusación Constitucional de junio de 1834. Es decir, que exista una clara tipificación de la conducta (acción u omisión) que genere responsabilidad política por infracción constitucional (juicio político), porque si bien es verdad que la infracción constitucional se sanciona por motivos estrictamente políticos, también lo es, en aplicación del principio de interdicción de la arbitrariedad, que dichas infracciones tienen que estar previamente tipificadas" (Expediente 156-2012-PHC/TC, f. 13).

Teniendo en consideración lo anterior, corresponderá entonces optar por (i) la prohibición de utilizar la figura de infracción constitucional al no encontrarse tipificada, o por (ii) entender que dicha figura es esencialmente amplia y una tipificación previa la desnaturalizaría; por lo que corresponderá ser aplicada con prudencia por las mayorías parlamentarias, en votación calificada y con respeto de los derechos que integran el debido proceso.

La posición del Tribunal Constitucional en el caso *Tineo Cabrera* es acorde con la primera alternativa. No obstante, la práctica parlamentaria no ha requerido tipificarla previamente para decretarla e imponer sanciones de destitución o inhabilitación política. Así, por ejemplo, en octubre de 2018, el Congreso destituyó e inhabilitó por diez años, por infracción de la Constitución, al juez supremo César Hinostroza y a los miembros del entonces Consejo Nacional de la Magistratura Julio Gutiérrez Pebe, Guido Aguila, Iván Noguera y Orlando Velásquez (a los dos últimos solo los destituyó).

Asimismo, en abril de 2021, el Congreso inhabilitó por diez años para el ejercicio de toda función pública al vacado presidente (y electo congresista) Martín Vizcarra Cornejo, por encontrarlo responsable de infringir la Constitución tras su vacunación irregular contra la COVID-19. En el mismo *impeachment*, la ex ministra de Salud Pilar Mazzetti Soler fue inhabilitada por ocho años, mientras que a la ex Canciller Elizabeth Astete Rodríguez, por un año.

4. El procedimiento parlamentario de acusación constitucional peruano

4.1. Alcances generales.

Como se ha señalado, el histórico modelo de antejuicio varió con la Constitución de 1993, incluyó elementos del juicio político al tradicional modelo de antejuicio, al habilitar al pleno del Congreso imponer sanciones de destitución e inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos -modelo de juicio político-, independientemente del establecimiento de la eventual responsabilidad penal de los funcionarios acusados por parte de los tribunales ordinarios, razón por la cual solo quedaban suspendidos en el ejercicio de sus funciones -modelo de antejuicio-⁹.

Siguiendo el esquema británico según el cual la *House of Commons* (cámara baja) acusa y la *House of Lords* (cámara alta) “juzga”, corresponde en el modelo unicameral peruano que la comisión permanente acuse a los altos funcionarios, por infracción de la Constitución y por todo delito cometido en el ejercicio de sus funciones; mientras que el pleno del Congreso –sin participación de la mencionada comisión- decida su sanción política y/o permita su procesamiento ante la Corte Suprema de Justicia de la República.

Para Montoya Chávez, el procedimiento parlamentario de acusación constitucional presenta tres fases: (i) denuncia constitucional, (ii) acusación constitucional y (iii) resolución constitucional (2005, pág. 380 y ss.). El artículo 89 del Reglamento del Congreso los desarrolla con detalle.

4.2. Altos funcionarios sujetos a acusación constitucional.

La acusación constitucional recae sobre determinados altos funcionarios, sea para sancionarles mediante juicio político o para desactivar su prerrogativa funcional por antejuicio. El listado de tales altos funcionarios no ha sido del todo uniforme; ha ido variando, con inclusiones y exclusiones, de una carta constitucional a otra.

La Constitución de 1823 contempló como sujetos pasibles de acusación constitucional al presidente de la República y sus ministros y a los miembros del entonces Supremo Tribunal de Justicia (hoy jueces de la Corte Suprema de Justicia de la República).

⁹ Ello quedó fijado también por parte del Tribunal Constitucional en el caso *65 congresistas de la República* (Expediente 0006-2003-AI/TC), al señalar que en nuestro actual modelo existían ambas figuras: antejuicio y juicio político.

La breve Constitución vitalicia de 1826 previó la figura solo para los miembros del Congreso tricameral, el vicepresidente de la República y los ministros (entonces secretarios de Estado).

La Carta de 1828 estipuló como sujetos pasibles de acusación constitucional al presidente de la República, su vicepresidente y ministros, los miembros de ambas cámaras y los vocales de la Corte Suprema. La Constitución de 1834 excluyó de ese listado al vicepresidente de la República e incluyó más bien a los miembros del Consejo de Estado. Esta nómina permaneció tal cual con la Carta de 1839.

La Constitución de 1856 estableció como altos funcionarios sujetos a acusación constitucional al presidente de la República y sus ministros, a los miembros de ambas cámaras y a los vocales de la Corte Suprema. Esta relación de altos funcionarios fue repetida por las Cartas de 1860, 1867, 1920 y 1933.

La Constitución de 1979 incluyó a los miembros del creado Tribunal de Garantías Constitucionales, pero no hizo lo mismo con los fiscales supremos del también instituido Ministerio Público (tras su escisión del Poder Judicial como organismo constitucionalmente autónomo).

La Constitución vigente fue elaborada por el Congreso Constituyente "Democrático"¹⁰ de 1992. Dispuso como altos funcionarios pasibles de acusación constitucional al presidente de la República y sus ministros, congresistas, jueces supremos y miembros del Tribunal Constitucional, todos ellos ya contemplados por sus Cartas predecesoras. Pero adicionó a los titulares de cuatro nuevos organismos constitucionales autónomos: los miembros de la Junta Nacional de Justicia (ex Consejo Nacional de la Magistratura), fiscales supremos, Defensor del Pueblo y Contralor General de la República.

La Carta de 1993 no ha contemplado en el listado del artículo 99° al presidente del Banco Central de Reserva; Superintendente de Banca, Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones; Jefe de la Oficina Nacional de Procesos Electorales; Jefe del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil; y a los miembros del Jurado Nacional de Elecciones¹¹. No deja de ser discrecional la valoración del constituyente para incluir a una autoridad y no a otra en la lista cerrada del citado artículo 99,

¹⁰ Adjetivo innecesario, pero paradójicamente adicionado por el autor del autogolpe de Estado. Al respecto, véase nuestra nota 5, primer punto.

¹¹ De acuerdo con el artículo 179 de la Constitución, de los cinco miembros del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones, dos de ellos pueden ya estar sujetos a una acusación constitucional si se tratase de un juez supremo y un fiscal supremo en actividad.

máxime si estamos hablando de organismos constitucionales autónomos y, en tanto tales, sin subordinación jerárquica a otros¹².

4.3. *Plazo en la acusación constitucional.*

De acuerdo con la última parte del artículo 99 de la Constitución, el plazo para acusar constitucionalmente a un alto funcionario se extiende hasta cinco años después de haber cesado en el cargo. Para Rubio Correa, "(...) transcurrido ese plazo, caduca la posibilidad de que esa persona sea procesada por el hecho imputable, ya que el antejuicio es imposible y, sin él, tiene el privilegio de no ser procesada" (1999, págs. 131-132). Sin embargo, estimo que, vencido el término de los cinco años, y ya no contar el alto funcionario con la prerrogativa del antejuicio, muy bien podría ser eventualmente procesado ante la judicatura ordinaria sin requerir ya autorización alguna del Congreso (siempre que los delitos funcionales imputados no se encuentren prescritos). El impedir este procesamiento penal podría favorecer casos de impunidad.

En ese mismo sentido, en el caso de que el Congreso no autorice el antejuicio del alto funcionario, debiera entenderse que el plazo de prescripción para la persecución penal queda suspendido, y que se levantará una vez que concluya el término de los cinco años que dispone la Constitución. La prerrogativa funcional del antejuicio no debe ser utilizada para eludir la justicia.

4.4. *Términos de la denuncia constitucional*

La última parte del artículo 100 de la Constitución actual señala que "*Los términos de la denuncia fiscal y del auto apertorio de instrucción no pueden exceder ni reducir los términos de la acusación del Congreso*". La fórmula es una adición a lo regulado por la Carta de 1979, que no establecía previsión alguna al respecto¹³.

¹² La Comisión de Constitución y Reglamento actual tiene un dictamen en el que ha coincidido con esta observación. Así, extiende los alcances del procedimiento de acusación constitucional a todos los titulares de los organismos constitucionalmente autónomos de competencia nacional. Esto no ha estado exento de críticas en atención a los titulares de los organismos del régimen electoral, críticas de tono más político que técnico porque los mismos reparos de intromisión y peligro de interferencia de funciones son igualmente aplicables a otros titulares de funciones sensibles como el Contralor General de la República o el presidente del Banco Central de Reserva. Sin duda es un tema a observar con más detalle, porque el procedimiento de acusación constitucional constituye ciertamente una carga al alto funcionario, pues puede recaer sobre él un juicio político; pero también constituye una prerrogativa funcional, y en esa medida una protección, en términos del antejuicio.

¹³ El texto de la Carta actual recoge la experiencia de la acusación constitucional contra el entonces ex presidente Alan García Pérez, tras su primer mandato (1985-1990). En aquella ocasión, la denuncia fiscal redujo significativamente los términos de la acusación formulada por el Congreso de la República, así como finalmente fue archivada por el juez supremo que se desempeñaba como instructor.

Si se tiene que la misma Constitución señala en su artículo 159, inciso 5, que el Ministerio Público es el titular de la acción penal; la restricción de su actuación dispuesta por el artículo 100 deviene contradictoria, ya que es este organismo constitucional el competente para calificar y valorar la comisión de un delito y formular, luego de ello, la denuncia respectiva ante el Poder Judicial; no así el Congreso, que carece de formación y de atribuciones jurisdiccionales.

De decidirse en el procedimiento de la acusación constitucional que hay lugar a la formulación de una causa por la presunta comisión de un delito en ejercicio de las funciones, esta debe limitarse a permitir el procesamiento penal del alto funcionario público. Será el Ministerio Público quien valore los méritos de la causa y decida si hay lugar o no a interponer una denuncia.

En igual sentido, el Poder Judicial no debiera verse limitado a los términos de la acusación del Congreso al momento de dictar el auto apertorio de instrucción, pues en él recae el ejercicio de la función jurisdiccional para sancionar, de ser el caso, las conductas contrarias al ordenamiento jurídico con carácter definitivo.

Por lo expuesto, la limitación en la actuación tanto del Ministerio Público cuanto de la labor judicial a los términos de la acusación aprobada por el Congreso no resulta justificable ni plausible, máxime si se entiende que ambas deben responder –como es lo exigido y propio- a pautas de una debida motivación de sus decisiones.

Para San Martín Castro, el carácter vinculante de la resolución acusatoria del Congreso de la República importa una muy discutible excepción al principio de exclusividad de la función jurisdiccional; mas no es ilegítima en tanto ha sido prevista por la misma Constitución para salvaguardar, en su primera etapa, el ámbito decisorio del Congreso en el ejercicio de su función de fiscalización (2002, pág. 335).

Sin embargo, el autor refiere que esta última afirmación no está exenta de dificultades. Un primer problema puede presentarse en la tipificación de los hechos por parte del Congreso de la República en su resolución acusatoria. La judicatura ordinaria está habilitada para ampliar el auto de apertura de instrucción con el propósito de adecuar los hechos objeto de la acusación constitucional a lo que se estime legalmente correcto, y para lo cual no sería necesario un pronunciamiento ampliatorio del Congreso, ya que el ámbito fáctico permanece inalterado (San Martín Castro, 2002, pág. 336).

Un segundo escenario observado por San Martín es el que se presenta frente al surgimiento de otros hechos delictivos de carácter funcional no comprendidos en la referida resolución acusatoria del Congreso. En este segundo caso se requerirá que,

mediando otro antejuicio, el Congreso emita una nueva resolución acusatoria, de naturaleza ampliatoria (2002, pág. 336).

El dictamen aprobado por la actual Comisión de Constitución y Reglamento propone una fórmula que corrige los reparos aquí advertidos. Ya no establece como invariables los términos de la acusación constitucional aprobada por el Congreso, sino que señala que “*el Fiscal de la Nación evalúa si formaliza investigación preparatoria, formula acusación fiscal ante la Corte Suprema o archiva la denuncia aprobada por el Parlamento*”.

5. Límites convencionales y constitucionales a la acusación constitucional

5.1. Límites convencionales.

El 31 de enero de 2001, la Corte IDH pronunció sentencia en el *Caso del Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano versus Perú)*. Declaró por unanimidad que el Estado peruano violó, en perjuicio de los tres magistrados constitucionales destituidos mediante la acusación constitucional votada por el Congreso, los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial contenidos, respectivamente, en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La Corte IDH estimó que, si bien el artículo 8 del Pacto de San José se titula “Garantías judiciales”, su aplicación no se circunscribe únicamente al escenario judicial sino que debe extenderse a toda instancia procesal o procedimental, como adecuada defensa frente a cualquier acto vulneratorio por parte del aparato estatal. De esta manera, el derecho a un debido proceso no tiene eficacia únicamente dentro de un proceso “judicial”, pues su radio de acción debe comprender a cualquier ámbito en el que se ejerza autoridad (parágrafo 69 de la sentencia).

En el mismo sentido, la Corte IDH precisó que el derecho de toda persona de ser oída por un juez o tribunal competente para la dilucidación de sus derechos alcanza a cualquier autoridad pública, sea esta “*administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas*” (parágrafo 71). Esa es la razón por la que –anotó el alto colegiado en el mismo apartado 71– “*cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8º de la Convención Americana*”. En decir, con independencia de la naturaleza de la autoridad, esta tiene la obligación de resolver las controversias de relevancia

jurídica sometidas a su escrutinio sin dejar de observar los parámetros del derecho a un debido proceso.

En síntesis, la sentencia de la Corte IDH resulta importante porque –en la lógica de expansión y progresividad de los derechos humanos– explicita un nuevo escenario de aplicación del debido proceso. De tal modo que este derecho fundamental resulta igualmente exigible en procedimientos parlamentarios como puede ser una acusación constitucional.

5.2. *Límites constitucionales.*

En un primer momento, el Tribunal Constitucional utilizó de modo indistinto los términos de juicio político y antejuicio (Expediente 568-96-HC/TC). Posteriormente, a raíz de las demandas de amparo presentadas por los magistrados Manuel Aguirre Roca (Expediente 340-98-AA/TC) y Guillermo Rey Terry (Expediente 358-98-AA/TC), destituidos por el Congreso en 1997, el colegiado distinguió tres posibilidades para una misma conducta: que pueda sólo ser infractora de la Constitución, que exclusivamente importe responsabilidad penal o que implique ambos contenidos.

Como ya se ha anotado, el diseño de la acusación constitucional fue perfilado por el Tribunal Constitucional en el caso *65 congresistas de la República* (Expediente 0006-2003-AI/TC). El alto colegiado precisó que en el ordenamiento jurídico peruano coexisten tanto la figura del juicio político cuanto el modelo del antejuicio: el juicio político está reservado para los casos de infracciones constitucionales, en tanto que se recurrirá al antejuicio para los supuestos de delitos cometidos en el ejercicio de las funciones.

En esa línea, estableció que el juicio político (por infracción constitucional) debe ser aprobado con el voto favorable de por lo menos dos tercios del número de congresistas, sin participación de la Comisión Permanente; mientras que para el antejuicio, su aprobación requiere la mitad más uno del número legal de los miembros. Ambas exigencias de votos fueron recogidas en el artículo 89 del Reglamento del Congreso mediante la Resolución Legislativa 030-2003-CR, de fecha 4 de junio de 2004, y subsisten hasta ahora.

Finalmente, precisó que las sanciones de destitución e inhabilitación política, dentro de un antejuicio, deben acordarse una vez que la judicatura ordinaria haya determinado la responsabilidad penal del funcionario acusado. En este sentido, entiende que la suspensión en el ejercicio del cargo no es una sanción, sino una medida cautelar.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional tiene indicado que el derecho a un debido proceso también tiene eficacia en sede parlamentaria, por lo que resulta aplicable - entre otros procedimientos de actuación congresal- en todo procedimiento de juicio político o antejuicio. Así, ha señalado, que el derecho a un juez imparcial es extensible al procedimiento de acusación constitucional (Expediente 1230-2002-HC/TC), que la sanción de inhabilitación política debe imponerse sobre la base del criterio de razonabilidad (Expediente 3760-2004-AA/TC), que corresponde la revisión judicial de una acusación constitucional frente a la vulneración de alguno de los derechos que comprenden el debido proceso (Expediente 05312-2006-PA/TC), que los criterios de razonabilidad y proporcionalidad deben ser observados al momento de decidir y votar un juicio político (Expediente 3593-2006-AA/TC), entre otros.

En ese sentido, las actuaciones de los congresistas durante el desarrollo de una acusación constitucional, sea en la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales, la Comisión Permanente o el pleno del Congreso, deben estar acordes con parámetros de razonabilidad (esto es, la consecución de un fin lícito o, por lo menos, no prohibido por el ordenamiento jurídico, plasmado mediante medios idóneos, necesarios y proporcionales) y debida motivación.

En igual forma, los elementos que integran la dimensión procesal del derecho a un debido proceso deben ser incorporados y convenientemente adecuados al diseño de la acusación constitucional. Para hacer una enumeración no taxativa (García Chávarri, 2008, pág. 317 y ss.), tenemos a los derechos de defensa adecuada, juzgador imparcial, respeto a las formalidades de una buena notificación y audiencia, ofrecimiento y actuación de medios probatorios, prohibición de las dilaciones indebidas, motivación obligatoria de lo resuelto, publicidad, ser asistido por un abogado, entre otros.

6. Consideraciones finales.

1. El antejuicio, nacido en Francia, está previsto como una antesala a un proceso penal por los delitos cometidos en el ejercicio de su cargo para los altos funcionarios que cuentan con esta prerrogativa. El Congreso no establece sanción alguna de corte político, sino que permite, luego de la comprobación de indicios suficientes o razonables, que sean los tribunales de justicia los llamados a determinar la responsabilidad penal del sujeto involucrado, al que deja en suspenso.
2. El juicio político, de origen inglés -y con un desarrollo importante en el escenario norteamericano-, busca separar al funcionario que ha hecho un uso indigno del

poder político (destitución), e inclusive hacer imposible que vuelva a retomar dicho poder (inhabilitación). Su finalidad es la protección del Estado.

3. Hasta la vigencia de la Constitución peruana de 1993, nuestro modelo de acusación constitucional respondía al esquema de un antejuicio. El modelo varió con la configuración prevista por la Carta actual, que incluyó elementos del juicio político al tradicional modelo de antejuicio, puesto que habilitó al Congreso imponer las sanciones de destitución e inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos por la causal de infracción de la Constitución, independientemente del establecimiento de la eventual responsabilidad penal de los funcionarios acusados por parte de los tribunales ordinarios, al considerar que hay lugar a la formación de causa por presunto delito cometido en el ejercicio del cargo.
4. El delito cometido en el ejercicio de las funciones previsto en el artículo 99 del texto constitucional debe interpretarse como aquel que solo puede ser llevado a cabo por un sujeto activo especial y calificado: un alto funcionario. Por ello, aun cuando este alto funcionario pueda cometer delitos de carácter común, únicamente debiera seguirse un procedimiento de acusación constitucional por los que incurra en el ejercicio de su cargo público. Lo contrario favorece la impunidad y, por lo mismo, debe desestimarse.
5. La infracción constitucional nunca ha sido tipificada, salvo lo establecido por la Ley de 17 de junio de 1834 (que además no hubo de aplicarse en la práctica por las penas absolutamente excesivas que contenía). Esta causal siempre ha permanecido abierta e indeterminada, de allí la necesidad de su uso ponderado, el requerimiento de su tipificación -amplia o moderada-, o finalmente la exigencia de su proscripción. Resulta problemático tipificar un concepto propiamente amplio, porque lo desnaturalizaría. Prohibirlo también es discutible, porque es una válvula de escape para situaciones límites. Queda entonces exigir -o esperar- prudencia a las instancias parlamentarias nacionales.
6. El derecho a un debido proceso es predicable en todo escenario en el que se ejerza autoridad. Así, las actuaciones de los congresistas en este procedimiento (sea en la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales, la Comisión Permanente o el pleno del Congreso) deben estar acordes con parámetros de razonabilidad y debida motivación. En igual forma, los elementos que integran la dimensión procesal del derecho a un debido proceso deben ser convenientemente adecuados al diseño de la acusación constitucional.

Bibliografía

- Abanto Vásquez, M. (2003). *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Lima: Palestra.
- Bramont Arias, L., & Bramont-Arias Torres, L. A. (1998). *Código Penal Anotado* (2ª ed.). Lima: San Marcos.
- Cairo Roldán, O. (Noviembre de 2000). El juicio político en el Perú. *De Iure*, II(2).
- Defensoría del Pueblo. (1998). *Lineamientos para la reforma de la Justicia Militar en el Perú*. Informe Defensorial 6, Defensoría del Pueblo, Lima.
- Eguiguren Praeli, F. (2001). La infracción constitucional como límite a la inviolabilidad por votos u opiniones de los parlamentarios. *Revista Jurídica del Perú*, LI(27).
- Eguiguren Praeli, F. (2017). La tendencia hacia el uso frecuente y distorsionado del juicio político y la declaración de vacancia en contra del presidente: ¿otro paso hacia la «parlamentarización» de los regímenes presidenciales en Latinoamérica o algo más? *Pensamiento Constitucional*(22), 61-82
- Eguiguren Praeli, F. (2021). *Las relaciones entre el Gobierno y el Congreso en el régimen político peruano*. Lima: Palestra.
- Gallo, V. (1897). *Juicio político. Estudio histórico y de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Imprenta de Pablo E. Coni e hijos.
- García Chávarri, A. (2008). *Acusación constitucional y debido proceso. Estudio del modelo peruano de determinación de responsabilidad de los altos funcionarios por parte del Congreso de la República*. Lima: Jurista.
- García Chávarri, M. A. (2023). Balance del procedimiento de acusación constitucional previsto en la Constitución de 1993. En Abad Yupanqui, S. *et alii. Temas para repensar la Constitución de 1993. A treinta años de su vigencia. Libro homenaje al profesor Francisco Eguiguren Praeli* (pp. 267-284). Palestra.
- Hauriou, A. (1980). *Derecho Constitucional e instituciones políticas* (6ª ed.). Barcelona: Ariel.
- Landa Arroyo, C. (2004). Antejudio político. En M. Carbonell (Ed.), *Derecho Constitucional. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

- Montoya Chávez, V. (2005). *La infracción constitucional*. Lima: Palestra.
- Paniagua Corazao, V. (1999). La justiciabilidad de los actos político-jurisdiccionales del Congreso. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*(3).
- Pérez-Liñán, A. (2009). *Juicio político al presidente y nueva inestabilidad política en América Latina*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Rubio Correa, M. (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993* (Vol. IV). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- San Martín Castro, C. (2002). El procedimiento penal por delitos contra la administración pública. En C. San Martín Castro, C. Caro Coria, & J. Reaño Peschiera, *Los delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales*. Lima: Jurista.
- Santistevan de Noriega, J. (2004). La infracción constitucional: una institución polémica en el Perú. *Diálogo con la Jurisprudencia*, 9(64), 17-26.
- Sartori, G. (1994). *Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Soria Luján, D. (2003). La necesidad de tipificar las infracciones a la Constitución de los altos funcionarios públicos. *Diálogo con la Jurisprudencia*, 9(63), 17-23.

El poder constituyente en el Perú: navegando entre la caja de Pandora y la sabiduría de Atenea

Galimberty R. Ponce Flores¹

1. Introducción

En la historia político-constitucional del país en varias oportunidades hubo alusión directa al poder constituyente, asamblea constituyente o, simplemente, nueva Constitución. Expresidentes como Ollanta Humala y Alejandro Toledo, por citar algunos, evocaron expresamente dicha figura. En cambio otros fueron más audaces —tal como es el caso del expresidente Pedro Castillo— que anunció en un mensaje presidencial (el 28 de julio de 2021) la creación de nueva Constitución con “olor y sabor a pueblo” mediante la “Asamblea Nacional Constituyente” con el objetivo de alcanzar una refundación y revolución de la patria. A ese anuncio le siguió un proyecto de ley presentado por el presidente y que posteriormente fue archivado por el congreso de la república. También un sector de la población se sumó al pedido. No obstante, al otro lado de la orilla, han surgido fuerzas opuestas que consideran como un engaño y peligroso cambiar la Constitución. Mencionaron que la figura de la asamblea constituyente “es una forma de destrucción del Estado de derecho”, incluso, se concibió como algo caótico. Ello al no ceñirse a los procedimientos establecidos en el texto constitucional vigente y la amplitud con la que puede incorporarse contenidos de forma libre en la nueva Constitución. De ahí que la finalidad de este trabajo recae en analizar y proporcionar ideas preliminares respecto al poder constituyente en la experiencia peruana, además, algunos pasajes de la mitología griega servirán para el análisis de dicha figura jurídica.

Tomando en cuenta los entresijos que acarrea la noción de poder constituyente, nos valdremos de la mitología griega para graficar dos escenarios: (i) los peligros y las exaltaciones y (ii) el equilibrio y la justicia. Acudiremos al mito de la caja de Pandora y la figura de la diosa Atenea en el análisis del poder constituyente en el Perú. Empleamos esta aproximación porque el fenómeno del cambio o reemplazo de la Constitución aparece como un asunto recurrente en la experiencia constitucional contemporánea, no solo eso, sino que se enmarca en un escenario dual complejo, a saber: (i) por un lado, la academia acepta que la creación de la Constitución se produzca con la mayor intervención popular

¹ Abogado y maestro en derecho constitucional por la Universidad Nacional del Altiplano de Puno. Editor en Zela Editorial. Autor de diversas publicaciones en derecho constitucional. Correo: galimberty@gmail.com Este trabajo es una versión mejorada de uno que previamente fue publicado en *La Constitución 30 años después* (2024) por Gaceta Jurídica (Helder Domínguez - Coordinador).

posible, asimismo, consideran que el cambio es necesario y (ii) por el otro, el rechazo a la noción de cambio constitucional gana fuerza porque afirman que el caos y el desorden pueden primar (aceptan la reforma de la Constitución antes que el cambio). Tal escenario en el país es mucho más visible, es decir, existen una confrontación ideológica entre quienes promueven el cambio de la Constitución y quienes la rechazan. Así que la finalidad de este trabajo es explicar —acudiendo a la mitología griega— los males que puede suponer el ejercicio del poder constituyente sin controles y una agenda clara (supondría abrir la caja de Pandora), pero un ejercicio sabio y equilibrado conduce al orden y la justicia (se graficaría como la búsqueda de la sabiduría por parte de Atenea para la polis). Mediante esta aproximación, además, principalmente concebimos que el poder constituyente —como instrumento, herramienta o mecanismo— puede emplearse para diversos fines. De modo que puede ser bondadoso como contraproducente, en cada caso, dependerá de las circunstancias y las situaciones en las que se emplee dicho poder.

De acuerdo con la mitología griega, la caja de Pandora explica el origen del mal en el mundo. Según el mito, Pandora fue la primera mujer, creada por Hefesto por orden de Zeus. Le fue entregada una caja (en algunas versiones, un jarro) que contenía todos los males del mundo. A pesar de que Zeus le advirtió que no la abriera, movida por la curiosidad, Pandora abrió la caja, liberando así todos los males, enfermedades y sufrimientos que afligen a la humanidad. Solo quedó dentro de la caja la esperanza, que permaneció bajo la tapa cuando Pandora la cerró de nuevo, ofreciendo así un consuelo a los seres humanos frente a las adversidades desatadas. Con esto podemos entender que el poder constituyente en la sociedad moderna puede ser entendido como una caja que contenía todos los males que socavan el sistema constitucional y la democracia misma. Y dicho poder encierra la capacidad de desatar fuerzas poderosas e incontrolables dentro de un sistema político. Así, el poder constituyente revelaría la desestabilización de la estructura política existente, pues una vez desatadas los males, las fuerzas de cambio pueden ser difíciles, si no imposibles, de contener². En el otro lado de la orilla, encontramos a la diosa Atenea³ que es una de las deidades más representativas, ya que es la diosa de la sabiduría y la razón. Como tal representa

² En la parte final del mito, ciertamente, se dice que luego de todos los males aparece la esperanza como una algo remoto. No obstante, aquí —para fines del análisis— empleamos la primera parte porque nos interesa resaltar los males que trae consigo el abrir la caja.

³ Atenea es una de las deidades más importantes de la mitología griega. Hija de Zeus y Metis, nació completamente armada al salir de la cabeza de su padre. Es la diosa de la sabiduría, la guerra estratégica, la artesanía y la razón. A diferencia de Ares, quien representa la naturaleza violenta y caótica de la guerra, Atenea está asociada con la estrategia y la táctica en el combate. También es protectora de la ciudad de Atenas, que según el mito, eligió su nombre en su honor tras vencer a Poseidón en una competencia por la posesión de la ciudad. Atenea es conocida por su juicio justo, inteligencia, y habilidades en la batalla y la artesanía. Además, es vista como una mentora de héroes, como Perseo, Heracles y Odiseo.

la racionalidad, siendo así, cuando hablamos del poder constituyente debemos considerar que la diosa sirve como una deidad que orienta el proceso de creación constitucional en términos racionales, ya que no es fuente de caos y desorden, sino todo lo contrario.

Aquí empleamos la mitología como un recurso para analizar el poder constituyente en el Perú. Consideramos junto a Eliade que el mito es un relato protagonizado por seres sobrenaturales acerca de la vida humana⁴. Además, recientemente, Harari reconoce que la humanidad ha sabido construir mitos y vivido de ellos solo así logró crear un relato interesante que le permite cooperar y trascender. Las naciones, la religión, los derechos humanos, el dinero, entre otros, son relatos humanos de ese tipo⁵. A raíz de lo anterior, la noción de poder constituyente es un relato mítico del constitucionalismo moderno, ya que representa la forma en que el pueblo crea sus constituciones para organizarse política y jurídicamente. Se constituye en una especie de un ser superfantástico el poder constituyente al crear lazos jurídicos desde cero, pues se parece a los huevos prehistóricos a los que se refería García Márquez en cien años de soledad. No tiene una entidad real, por ende, es una construcción ficticia que permite entender a una sociedad su marco constitucional. Imaginariamente organiza las relaciones jurídicas y políticas, desde una perspectiva esencial, a la sociedad. Con la llegada de la modernidad las constituciones brotaron como las mariposas amarillas de cien años de soledad. Dentro de esa lógica, ninguna nación es ajena al mito de la creación de la Constitución a través del poder constituyente. Un mito que se convierte en un relato real por la necesidad humana de encontrar una justificación para sus aspiraciones colectivas. Finalmente, el constitucionalismo descansa en una especie de mitología representada en la idea de la creación constitucional, incluso, alcanza a la propia Constitución.

El debate sobre el poder constituyente ha cobrado un nuevo ímpetu en el contexto latinoamericano, particularmente en países como Chile⁶, Colombia⁷ y

⁴ También vale la pena considerar que “el mito es un instrumento fundamental para interpretar la realidad, enriquecer la experiencia vital y comprender los oscuros y aterradores abismos de la existencia humana, y es también la semilla de las religiones, que emplean distintas metáforas para explicar lo inexplicable.” (Campbell, J. (1998). *El poder del mito*. Emecé).

⁵ Harari, Y. (2024). *Nexus. Una breve historia de las redes de información desde la Edad de Piedra hasta la IA*. Planeta.

⁶ DCC (2021). *Sin un liderazgo claro, los chilenos abrirán una caja de Pandora llamada Constituyente*. Diario de Cuba.

https://diariodecuba.com/internacional/1621090155_31163.html#google_vignette

⁷ EFE (2024). Líderes políticos colombianos rechazan la propuesta de Petro de una asamblea constituyente. <https://www.swissinfo.ch/spa/1%C3%ADderes-pol%C3%ADticos-colombianos-rechazan-la-propuesta-de-petro-de-una-asamblea-constituyente/73781936>; El espectador (2013). *Caja de Pandora*. <https://www.elespectador.com/opinion/editorial/caja-de-pandora-articulo-428453/>; Scartascini, C. (2017). *Reforma constitucional: una caja de Pandora*. BID, <https://blogs.iadb.org/ideas-que-cuentan/es/reforma-constitucional-una-caja-de-pandora/> Más

Perú⁸ (por mencionar algunos ejemplos recientes), donde se ha convertido en un tema central de la discusión política. En estos países, además, fue comparado metafóricamente con la apertura de la “caja de Pandora”, pues los diversos análisis indican que se trataría de un asunto peligroso efectuar un cambio sustancial en la estructura constitucional de cualquier nación. Así advertimos —a grandes rasgos— que mientras en Chile y Colombia el llamado al poder constituyente se trata de una respuesta a demandas sociales y políticas prolongadas, en Perú se ha descrito incluso como un potencial “suicidio” político, destacándose como una profunda división social por el riesgo asociado con tales iniciativas (asamblea constituyente). Con esta aproximación desprendemos que el relato del poder constituyente viene ligado al peligro que puede ocasionar dentro de un sistema político-constitucional. Como que no se trata únicamente de usar dicho poder en aras de lograr una reconstrucción y transformación constitucional, sino que la herencia constitucional y los cimientos políticos y legales de un país corren el riesgo de ser alterados.

Finalmente, este trabajo estudia el poder constituyente en el Perú a partir de esta dualidad: el mito de la caja de Pandora y la sabiduría de Atenea. Así puede comprenderse la complejidad que supone ejercer este poder (herramienta constitucional a través del cual los ciudadanos fundan una nueva Constitución) dentro del contexto político contemporáneo. No obstante, afronta dos escenarios complejos, principalmente, debido a su naturaleza ambigua: (a) la activación de dicho poder supondría —al igual que el mito de la caja de Pandora— la liberación de males inesperados para una nación que no está preparada a la creación de un nuevo texto constitucional (con esta analogía resaltamos que el poder constituyente podría generar conflictos y divisiones políticas que impidan el progreso social) y (b) la activación de dicho poder supondría —similar a la figura de Atenea, diosa griega de la sabiduría y la estrategia— el ejercicio racional y coherente del poder de creación constitucional que permita alcanzar resultados más justos y beneficiosos (se trata de concebirla como una herramienta que alberga la esperanza de crear condiciones favorables para la sociedad al ser un proceso profundamente democrático). Tomando en cuenta estos aspectos, entonces, el objetivo central de este texto radica en *analizar si el poder constituyente en Perú se presenta como una caja de Pandora, portadora de riesgos incontrolables o, al contrario, una oportunidad ateneísta de reflexión*

recientemente, se alude al caso colombiano también, según Salazar, C. (2024). *El termómetro constituyente en el Congreso de la República: los que apoyan y rechazan la propuesta de Gustavo Petro*. <https://www.infobae.com/colombia/2024/07/20/el-termometro-constituyente-en-el-congreso-de-la-republica-los-que-apoyan-y-rechazan-la-propuesta-de-gustavo-petro/>

⁸ Basombrío, C. (2021). La caja de Pandora está abierta. *El Comercio*, <https://elcomercio.pe/opinion/columnistas/la-caja-de-pandora-esta-abierta-por-carlos-basombrío-peru-libre-los-dinamicos-del-centro-corrupcion-constitucion-noticia/?ref=ecr>; Mariátegui, A. (2023). “Una Constituyente sería un suicidio”. *Lampadia*, <https://www.lampadia.com/opiniones/aldo-mariategui/una-constituyente-seria-un-suicidio/>

profunda que permita instaurar la equidad y la justicia en la sociedad. Contrastar estos mitos permitirá desentrañar los dos escenarios descritos (el uso del poder constituyente alineado con un enfoque precipitado y fragmentador o si, por el contrario, se encamina hacia un consenso constructivo y transformador).

2. El poder constituyente como la caja de Pandora y la diosa Atenea

Como desarrolla Loughlin⁹, el concepto de poder constituyente, arraigado en el pensamiento medieval, solo toma una forma distintiva con el establecimiento de la institución moderna del Estado. Este poder tiene como función primordial especificar, en lenguaje constitucional, la fuente última de autoridad en el Estado. Se manifiesta plenamente cuando la Constitución aparece como un instrumento jurídico que deriva su autoridad del principio de autodeterminación, expresando el poder constituyente del pueblo para establecer y reformar las disposiciones institucionales que los gobiernan. Los orígenes de este concepto moderno se encuentran en las reinterpretaciones calvinistas de la soberanía bodiniana, que proclamaban una 'doble soberanía', asignando la soberanía personal al gobernante y la soberanía real al pueblo. Esta distinción crítica entre el 'poder constituido' (el poder investido en el príncipe para gobernar) y el 'poder constituyente' (el poder a través del cual se autoriza al príncipe a gobernar) moldeó el pensamiento revolucionario de finales del siglo XVIII. En este contexto, el poder constituyente es visto como la fuente de todo, cuya voluntad es siempre legal; de hecho, es la ley misma, como argumentó el Abbé Sieyès. De este modo, el concepto de poder constituyente ocupa el centro del discurso constitucional moderno, además, ningún tipo de poder delegado puede alterar las condiciones de su propia delegación. Con lo dicho, en consecuencia, el poder constituyente se presenta como la expresión de la vida política de la nación y no es una mera abstracción jurídica, sino una realidad política activa que da vida a la Constitución, distanciándose del mundo del derecho natural clásico y situándose firmemente en el marco del derecho político moderno.

Los estudios sobre el poder constituyente dan cuenta de que se trata de una forma o capacidad para crear una Constitución. Algunas veces se sugirió como un poder ilimitado que carece de control, en otras ocasiones se dijo que es un poder limitado. En todo caso, la idea básica que subyace es que el pueblo al ejercer su soberanía popular tiene la competencia para crearse un texto constitucional que sirva como una forma de autolimitación de sus decisiones y

⁹ Loughlin, M. (2014). The concept of constituent power. *European Journal of Political Theory*, 13(2), 218-237. <https://doi.org/10.1177/1474885113488766>

que limite al poder¹⁰. Consideremos que la noción e idea tradicional respecto a este poder fue concebirla como ilimitado, incontrolable y con la facultad de transformar el orden político, jurídico y social de una nación. También se dice que es un poder previo a cualquier acuerdo social y político al que una comunidad política puede aspirar, tal como fue expresado por autores como Schmitt¹¹. Se advierte también que tiene como fundamento estos aspectos:

“1) la legitimidad y la validez de una Constitución deriva de haber sido creada con la autorización o el consentimiento de los gobernados, 2) dado que la Constitución es creada por medio de un acto de soberanía popular, los poderes constituidos carecen de autoridad para transgredir los límites impuestos por la Constitución, y 3) los gobernados se reservan en forma permanente el derecho de alterar o sustituir la Constitución cuando lo consideren necesario para promover el bienestar general”¹².

Así, el poder constituyente en la teoría constitucional opera fuera de la legalidad establecida y careciendo inicialmente de autoridad formal. Este poder, fundamental para crear constituciones, se valida retroactivamente a través de la Constitución que establece, asignándole autoridad suprema. Sin embargo, este origen lleva a un estado de legalidad ambigua, marcado por la fuerza de grupos dominantes que imponen su voluntad. Tal configuración desafía la estabilidad y la legitimidad, presentando un ciclo de autoridad inconstante que puede perpetuar la inestabilidad política y cuestionar la validez de la ley fundamental que busca establecer¹³.

A partir de las aproximaciones precedentes sobre poder constituyente, ahora pasamos a compararla con el mito de la *caja de Pandora* porque —como cualquier instrumento de carácter constitucional— supone que el ejercicio de este poder posee múltiples manifestaciones. Una de ellas es que representa la liberación de posibilidades y desafíos inesperados al crear o reformar una Constitución. Este poder, esencial para la instauración de un nuevo marco jurídico y político, puede

¹⁰ Con relación a los alcances y el fundamento del poder constituyente se sugiere revisar este trabajo: Baquerizo Minuche, J. (2023). Poder Constituyente. *EUNOMÍA. Revista en cultura de la legalidad*, (25), 220-241. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.7998>

¹¹ http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0122-44092006000200003

¹² Negretto, G. (2016). El poder constituyente en la tradición constitucional americana: el legado problemático de los escritos federalistas. *Revista chilena de derecho*, 43(3), 787-812. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372016000300002>

¹³ Andreas, K. (2005). Soberanía popular, democracia y el poder constituyente. *Política y gobierno*. 12(1), p. 104 y ss. No obstante, en otro lugar se afirmó que el poder de creación de la Constitución posee límites, puesto que “es fundamental el cumplimiento de principios constitucionales como la supremacía constitucional o la tesis de rigidez constitucional para que se garanticen los derechos fundamentales, y que de esta forma, exista un auténtico Estado Constitucional de Derecho”, Vanegas Maingón, A., & Hernández Muñoz, V. (2019). Análisis de los Límites del Poder Constituyente. *Derecho Global. Estudios Sobre Derecho Y Justicia*, 5(13), 41-63. <https://doi.org/10.32870/dgedj.v0i13.240>, p. 61.

desencadenar efectos no previstos que resuenan a través de la estructura social y política de una nación. Consecuentemente encierra potencialidades tanto renovadoras como destructivas en su capacidad de redefinir los fundamentos legales y políticos de una nación. Como que se asocia a la irrupción que supone en el espectro político que altera el orden constitucional existente. Se ejerce al margen de las estructuras legales establecidas, careciendo de autoridad formal inicial. Al invocar este poder, se desatan fuerzas que pueden transformar profundamente el tejido social y político, similar a cómo Pandora liberó males inesperados al mundo, pero también dejó un vestigio de esperanza. Con lo cual pensamos que, además, la naturaleza ilimitada y a menudo incontrolable del poder constituyente refuerza su analogía con la caja de Pandora. En teoría, el poder constituyente es soberano, actuando como la autoridad suprema que puede instaurar un nuevo orden legal. Sin embargo, esta capacidad ilimitada plantea desafíos significativos en términos de estabilidad y previsibilidad. Al igual que los males que escaparon de la caja de Pandora, las consecuencias de ejercer el poder constituyente pueden ser imprevisibles y a veces perjudiciales, desafiando la estabilidad y la cohesión social.

Al otro lado de la orilla, el poder constituyente puede explicarse como *Atenea*¹⁴, que simboliza la sabiduría y la estrategia, por ende, dicho poder debe ser ejercido con previsión y prudencia para asegurar que los cambios sean beneficiosos y refuercen los principios democráticos y la justicia. Además, el poder constituyente se manifiesta como una fuerza primordial y formativa en la teoría constitucional, funcionando fuera del marco de legalidad establecido y, inicialmente, sin autoridad formal. Este carácter fundacional destaca su capacidad para transformar radicalmente el orden constitucional. Al estar imbuido de la soberanía popular, el poder constituyente tiene la capacidad única de redactar una nueva Constitución que actúe como una autolimitación y a su vez como un límite al poder. Con esa perspectiva entendemos que el ejercicio de dicho poder también sirve para cambiar el orden constitucional de una nación y democratizar las relaciones sociales. Al estar investido de los designios de Atenea, podría funcionar como un medio a través del cual se establecerá una norma fundamental justa para el gobierno y la sociedad. Se manifiesta en momentos críticos con claridad y fuerza para reformar o crear nuevas estructuras constitucionales. Su ejercicio denota sabiduría y previsión, refleja la prudencia y el ingenio de Atenea, asegurando que los cambios institucionales no solo respondan a las necesidades actuales, sino que también establezcan una base sólida y justa para el futuro, preservando así la cohesión y el orden social.

¹⁴ Cartwright, M. (2012). *Atenea*. https://www.worldhistory.org/trans/es/1-488/atenea/#google_vignette

Mediante este dualismo en el entendimiento de la naturaleza del poder constituyente, por un lado, encontramos la esperanza como una forma de renovación y mejoras significativas, por el otro, también conlleva el riesgo de consecuencias imprevistas que podrían desestabilizar el orden constitucional establecido. Al interior de estas aproximaciones, debemos precisar que la experiencia peruana ha sido testigo de varios momentos fundacionales a través del cambio constitucional. Algo que también aflora es que resurge periódicamente como un tema central en el discurso político y social, reflejando su importancia en la evolución de la nación. Así, advertimos que en los últimos años, las referencias a este poder han sido frecuentes y variadas, con voces tanto impulsando su activación para la reforma como otras que lo critican y buscan su contención. De ahí que nuestro interés con este trabajo se centra en evaluar los riesgos que, en última instancia, podría suponer porque debilitaría la estructura constitucional del país y, por ende, su gobernabilidad. Como que a la vez podría usarse como un medio de superación de la crisis social, las brechas de desigualdad y la ordenación del poder de forma democrática. Emergen de estas dos perspectivas que merecen un análisis pormenorizado puesto que no se trata de rechazar categóricamente ambas, sino encontrar puntos de equilibrio en aras de rescatar elementos vitales. Consideramos que resulta necesario que cualquier ejercicio del poder constituyente no solo aborde las desventajas y los peligros inmediatos, sino que también consolide una base robusta y justa para el futuro, garantizando así la estabilidad y la integridad a largo plazo del marco legal y social de Perú.

Con lo afirmado hasta el momento, consideramos que el poder constituyente en Perú se asemeja tanto a la caja de Pandora como a la diosa Atenea, simbolizando un dualismo entre el potencial disruptivo y la sabiduría estratégica en el cambio constitucional. Similar a la caja de Pandora, el debate sobre el poder constituyente libera desafíos donde la posibilidad de una nueva Constitución plantea riesgos de inestabilidad y conflictos. Por otro lado, como Atenea, quien personifica la inteligencia y el conocimiento, el uso prudente del poder constituyente puede guiar a la nación hacia reformas judiciosas que fortalecen la democracia y la justicia social. De modo que en el contexto peruano, este poder ha polarizado opiniones; algunos sectores lo respaldan como una herramienta esencial para la modernización y adaptación del marco legal a las nuevas realidades sociales y políticas, mientras que otros lo critican, temiendo que pueda ser mal utilizado o que conduzca a cambios precipitados que socaven la estabilidad del país. Esta división refleja la complejidad del poder constituyente dando cuenta de que un enfoque equilibrado que combine visión a largo plazo y respeto por los procesos democráticos sea el camino a seguir en el futuro.

3. El poder constituyente en el Perú: navegando entre la caja de Pandora y Atenea

En el marco de la historia constitucional del país encontramos que los cambios constitucionales fueron una cuestión recurrente. De ahí que el papel del poder constituyente podría entenderse como un elemento que permite modificar el panorama legal y realzar el rol activo de la ciudadanía en la política nacional. Además, cuando se alude al cambio de la Constitución, casi siempre se piensa en la necesidad de superar las desigualdades y la mejora del sistema político constitucional. En este contexto, la experiencia peruana demuestra que el poder constituyente no solo es un mecanismo de cambio legal, sino también una expresión de la soberanía popular y un medio para canalizar las aspiraciones sociales hacia estructuras gubernamentales más representativas y equitativas. Así, se presenta como una herramienta de avance social y político. No obstante, las cosas al momento de hablar sobre dicho poder no siempre son así de específicas, sino que emerge un escenario de advertencia indicando que se podría pervertir su uso al ensanchar gobiernos autoritarios (se emplea como una herramienta más para controlar y concentrar más poder)¹⁵. Hablamos a partir de allí que resulta conveniente efectuar un enfoque cuidadoso que equilibre la visión progresista con la estabilidad institucional, asegurando que cada paso hacia la reforma fortalezca el tejido democrático del país.

3.1. El poder constituyente como la caja de Pandora

El ejercicio del poder de cambio de la Constitución en el país fue considerado como “ilegal”, “instauración del comunismo”¹⁶, “caja de Pandora”¹⁷,

¹⁵ Conviene tener presente que “la Asamblea Constituyente en cualquier nación debería adoptar una visión a largo plazo y considerar los desafíos distintivos que enfrenta su país —tanto a nivel nacional como internacional— durante la próxima generación. Obviamente, nadie posee una bola de cristal que permita a la Asamblea predecir el futuro y decir a los redactores si surgirá otro Pinochet, Trump o Bolsonaro en la década de 2040 y, de ser así, establecer cómo se podrían prevenir de mejor manera sus ambiciones dictatoriales mediante salvaguardas constitucionales apropiadas”, Ackerman, B. (2024). Procesos constitucionales en Chile: «A pesar de su fracaso final, hay mucho que aprender del esfuerzo chileno por repudiar el legado constitucional de Pinochet». *Anuario De Derechos Humanos*, 20(1), 13–20. p. 14.

¹⁶ Súmar, Ó. (2023). Asamblea constituyente ¿llave al comunismo? *Revista de Derecho Político*, (118), 365–403. <https://doi.org/10.5944/rdp.118.2023.39116>

¹⁷ <https://elcomercio.pe/opinion/columnistas/la-caja-de-pandora-esta-abierta-por-carlos-basombrio-peru-libre-los-dinamicos-del-centro-corrupcion-constitucion-noticia/>
<https://herramienta.com.ar/peru-y-su-nueva-caja-de-pandora-del-amp-quot-gobierno-de-excepcion-amp-quot-a-las-protestas-populares>
<https://elmontonero.pe/politica/el-chavismo-se-disfrazo-de-asamblea-constituyente>
<https://www.america.com.pe/noticias/actualidad/diego-macera-preocupa-que-peru-pueda-seguir-camino-similar-al-que-esta-experimentando-chile-n440079>
<https://www.bbc.com/mundo/noticias-57353142>
<https://peru21.pe/politica/seria-irresponsable-ir-a-una-nueva-constitucion-noticia>

"inconveniente, injusto e inmoral"¹⁸, "otro engaño"¹⁹, "abrir paso a los violentistas"²⁰, "destrucción de la economía es el paso previo para la constituyente"²¹, "puerta falsa"²², "alternativa antijurídica"²³ y "destrucción del Estado de derecho"²⁴. Con estas aproximaciones, entonces, se ha generado un debate intenso porque la idea misma de poder constituyente (íntimamente ligado a la asamblea constituyente) es considerado como un aspecto que podría desencadenar consecuencias negativas imprevistas. De ahí que aparece un temor respecto al uso de este mecanismo de cambio de la Constitución, por consiguiente, lejos de considerarse como mecanismo de mejora democrática, se convierte en una herramienta para la manipulación política, exacerbando los conflictos sociales y debilitando el consenso necesario para un cambio constitucional legítimo y efectivo. Ante estos riesgos percibidos, se han tomado medidas para restringir el uso del poder constituyente, limitando severamente su aplicación para evitar abusos. No obstante que su fuerza proviene de la voluntad popular, sin embargo, en este caso, se considera como un elemento que altera el orden constitucional, ya que produce una modificación en el sistema constitucional vigente. Y su aparición en el espectro político-constitucional no responde a un fin democrático, sino todo lo contrario. Estas apreciaciones fueron endilgadas al ejercicio de dicho poder, principalmente, por gobiernos de tendencia progresista como el de Pedro Castillo y otros aliados que usarían este mecanismo para ampliar su poder. Temen que ocurra lo mismo que en Venezuela, Bolivia y, recientemente, Chile.

Los defensores de la actual Constitución argumentan que, desde su implementación, el país ha experimentado un notable crecimiento económico, siendo uno de los más destacados en América Latina durante las últimas dos

Se dijo también que era "la caja de Pandora" comunista" (<https://www.laabeja.pe/renuncie/>)

¹⁸ Zavala, K. (2021). "Es poco razonable convocar a una asamblea constituyente". *BlogUDEP* <https://www.udep.edu.pe/hoy/2021/05/es-poco-razonable-convocar-a-una-asamblea-constituyente/>

¹⁹ <https://www.comexperu.org.pe/articulo/otro-engano-asamblea-constituyente>

²⁰ <https://www.americatv.com.pe/noticias/actualidad/alejandro-cavero-avanza-pais-tiene-muy-claro-que-asamblea-constituyente-tema-no-negociable-n467910>

²¹ <https://elmontonero.pe/columna-del-director/quien-dice-que-el-ejecutivo-no-tiene-proyecto>

²² <https://rpp.pe/politica/congreso/adelanto-de-elecciones-especialistas-analizan-posibles-escenarios-luego-que-el-congreso-no-lo-aprobara-noticia-1463890>

²³ Tribunal Constitucional del Perú, Exp. N.º 00001-2022-TC/PI <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2022/00001-2022-AL.pdf> fj. 80

²⁴ <https://www.exitosanoticias.pe/politica/adriana-tudela-la-asamblea-constituyente-representa-destruccion-estado-derecho-n92110> "La Asamblea Constituyente no es otra cosa que eso, someter los derechos de las personas a la consideración de la mayoría, con lo cual las minorías pueden quedar sin derechos, sometidas a una mayoría", indicó la parlamentaria Tudela en entrevista con Canal N. Asimismo, consideró que la Asamblea Constituyente "representa la destrucción del Estado de derecho" y señaló que es "una figura que no existe en el ordenamiento jurídico". También indicaron que sería "destruir la democracia" (<https://www.americatv.com.pe/noticias/actualidad/alejandro-cavero-avanza-pais-tiene-muy-claro-que-asamblea-constituyente-tema-no-negociable-n467910>)

décadas²⁵. Sostienen que esta Constitución ha proporcionado un marco estable que ha facilitado inversiones y un desarrollo económico sostenido. Frente a propuestas de redactar una nueva Constitución, critican que estas iniciativas no buscan mejorar el bienestar general, sino que están motivadas por intereses particulares que desean reconfigurar el sistema a su favor. Según esta perspectiva, la demanda por una nueva Constitución es vista no como un esfuerzo para adaptarse a los nuevos desafíos sociales o económicos, sino como una estrategia de ciertos grupos políticos para consolidar su poder. Así, el cambio de la Constitución antes de producir un escenario de prosperidad económica y estabilidad institucional más bien detiene la marcha y consolidación democrática. Las mejoras económicas realizadas hasta el momento estarían afectadas porque surge un escenario de incertidumbre que podría repercutir negativamente en la economía y la gobernabilidad del país. A partir de estas condiciones rechazan el uso de mecanismos orientados al reemplazo de la Constitución, más bien, promueven la preservación de la Constitución vigente como garantía de continuidad y estabilidad.

Quienes rechazan el ejercicio del poder constituyente —bajo la idea de asamblea constituyente— afirman que debe usarse el mecanismo de la reforma constitucional, ya que se concibe como un mecanismo que debería incentivar el cambio constitucional, operando dentro de los límites y procedimientos establecidos por el poder constituyente originario, sin transgredir los principios fundamentales de la carta magna. Implica, después de todo, condicionar la modificación y el cambio constitucional al artículo 206 de la Constitución, es decir, respetar el procedimiento. Con esto, además, dejan en evidencia que la voluntad democrática del poder constituyente no debe ser alterada arbitrariamente por el Congreso (o cualquier otro órgano), pues este último es un poder constituido y, como tal, su capacidad de acción se encuentra restringida a lo que la Constitución permite²⁶. Sin embargo, autores como Eguiguren sugieren que es viable convocar a una asamblea constituyente directamente, sin pasar por el Congreso, para activar un proceso de cambio constitucional más directo y posiblemente más afín a la voluntad popular actual. Revelando así la tensión entre la rigidez del procedimiento constitucional y la necesidad de adaptación a las circunstancias cambiantes. De modo que la propuesta del Ejecutivo de impulsar cambios constitucionales directos ha sido criticada por atentar contra el núcleo duro de la democracia representativa y por ser divisiva y no pertinente en el contexto actual²⁷. Dejando en evidencia la complejidad de equilibrar el respeto por las

²⁵ <https://www.larepublica.co/globoeconomia/el-congreso-rechaza-proyecto-de-reforma-para-constituyente-propuesto-por-castillo-3358583>

²⁶ <https://comunicaciones.congreso.gob.pe/noticias/comision-de-constitucion-archiva-propuesta-de-referendum-para-convocar-asamblea-constituyente/>

²⁷ <https://comunicaciones.congreso.gob.pe/noticias/comision-de-constitucion-archiva-propuesta-de-referendum-para-convocar-asamblea-constituyente/>

estructuras establecidas y la necesidad de renovación en respuesta a demandas sociales emergentes, destacando la importancia de procedimientos que promuevan la inclusión y el consenso en la reforma constitucional.

Considerando el escenario anterior, adicionalmente, desde el Congreso de la República se expidió la ley N.º 31399 (Ley que fortalece el proceso de aprobación de leyes de reforma constitucional regulado en los artículos 40 y 44 de la ley 26300, ley de los derechos de participación y control ciudadanos). Además, el Tribunal Constitucional al respecto se expidió la sentencia N.º 00001-2022-PI/TC (el Tribunal Constitucional emitió una sentencia que legitima la Ley N.º 31399 dada por el actual Congreso. Esta norma obliga a que toda reforma constitucional sometida a referéndum, como el cambio de la Constitución, debe ser aprobada previamente por el Congreso, con mayoría absoluta). Con esto deja sentado que la democracia peruana es representativa que funciona a través de los poderes constituidos, siendo así, todo poder de reforma o cambio esta reglado por la Constitución (siempre debe estar reglado). Con relación a la asamblea constituyente, reconoce que podría legitimarse cuando se produzca su constitucionalización, mientras tanto representa una alternativa contraria al derecho. A esto abona con argumentos de que la figura de la asamblea constituyente como tal carece de una regulación jurídica en el texto constitucional. Y reconoce que podría constitucionalizarse para que sea empleado en futuras circunstancias²⁸. Por último, la citada norma expedida por el congreso, en lugar de fortalecer la democracia, más bien la debilita porque incorpora restricciones al proceso de reforma constitucional. También estaría eliminando el uso del referéndum para el cambio de la Constitución²⁹.

En suma, el poder constituyente en el país se asemeja a la caja de Pandora, revelando que su activación puede desencadenar efectos impredecibles y a menudo indeseables. Esta perspectiva ha llevado a los actores políticos y jurídicos a confrontar y cuestionar su uso, argumentando que no solo carece de un “clima constituyente” necesario para su ejercicio legítimo, sino que también podría desestabilizar sectores clave como el mercado y las inversiones. Según críticos,

²⁸ Tribunal Constitucional del Perú, Exp. N.º 00001-2022-TC/PI <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2022/00001-2022-AI.pdf>

²⁹ <https://fundacionmohme.org/pedro-grandez-cuatro-sentencias-del-tc-que-van-en-contra-de-la-constitucion/#:~:text=En%20medio%20de%20la%20crisis.el%20Congreso%2C%20con%20mayor%C3%ADa%20absoluta> Una opinión distinta sobre este punto, considera que “De pretender que un proyecto de reforma total de la Constitución o de nueva Constitución Política sea elaborado por una Asamblea Constituyente, a nuestro juicio, la ciudadanía o el Parlamento debieran promover primero una reforma del artículo 206 de la propia Constitución Política de 1993, la cual incluso podría ser modificada en el sentido que se consagre expresamente la posibilidad de que la reforma constitucional, total o parcial, sea impulsada de manera directa por la ciudadanía, tanto a nivel de iniciativa como de consulta popular de referéndum”, Naupari, J. (2023). Reforma constitucional, Asamblea Constituyente y referéndum: ¿realizarla sin el congreso? *Athina*, (015), 200-213. <https://doi.org/10.26439/athina2023.n015.6492> p. 212.

cualquier intento de cambio constitucional sin un consenso amplio y en un contexto de división política y social puede resultar contraproducente, afectando la estabilidad económica y la confianza empresarial, tanto nacional como extranjera. Por lo tanto, sugieren que las propuestas para cambiar la Constitución son prematuras y poseen un “defecto de fábrica” que podría complicar más que ayudar en la resolución de los problemas fundamentales del país³⁰. Esta reticencia refleja una cautela generalizada hacia cambios constitucionales radicales en un ambiente donde no se percibe una demanda popular clara ni condiciones propicias para una transformación constitucional efectiva y consensuada. No puede esperarse que el ejercicio del poder de reforma constitucional sirva como un medio para salir del entrampamiento y crisis política en la que se encuentra el país. Al parecer, según las advertencias realizadas, empeoraría el panorama en el país. Allí radica la principal tesis de rechazo del reemplazo constitucional.

3.2. El poder constituyente como la figura de la diosa Atenea

La demanda por una nueva Constitución, en el país, ha resurgido con fuerza en el contexto actual, reflejando un descontento profundo con la Constitución de 1993. Históricamente, esta demanda no solo ha sido un clamor de sectores radicales de izquierda, sino que también fue compartida por un amplio sector de actores políticos, especialmente tras la caída del régimen de Alberto Fujimori a finales del año 2000. Durante el gobierno de transición de Valentín Paniagua, se iniciaron cambios estructurales con el objetivo de dismantelar las redes de corrupción y asegurar la transparencia de las elecciones generales, revisando también la Constitución de Fujimori post-autogolpe. En años recientes, la controversia continúa, con partidos políticos como el Frente Amplio (FA) y Unión por el Perú (UPP), que han llevado la propuesta de una nueva Constitución a sus plataformas electorales. Mientras el FA busca establecer una asamblea constituyente en alianza con sindicatos y movimientos sociales, UPP sugiere un retorno a la Constitución de 1979 como prelude a la convocatoria de una nueva asamblea constituyente. Sin embargo, estas propuestas enfrentan obstáculos significativos, no solo en términos de viabilidad política sino también debido a la falta de consenso dentro de la izquierda peruana y la desconfianza hacia figuras controversiales como Antauro Humala³¹. A esto le sumamos las reacciones recientes de la sociedad peruana sobre la necesidad de contar con una nueva Constitución, pues consideran que ya es momento de crear un texto

³⁰ <https://www.echecopar.com.pe/publicaciones-asamblea-constituyente-un-proyecto-del-ejecutivo-con-defecto-de-fabrica.html>

³¹ <https://nuso.org/articulo/peru-de-la-indignacion-una-nueva-constitucion/>

constitucional renovado que sea fruto de la asamblea constituyente (tal como fue anunciado por Pedro Castillo en su momento).

Un escenario interesante a considerar es que el interés de los peruanos por una nueva Constitución ha ido en aumento desde julio de 2021, cuando solo el 23% apoyaba esta idea, hasta alcanzar actualmente cerca del 40%³². Este creciente respaldo ciudadano refleja una profunda insatisfacción con la actual Constitución y un deseo de reformas significativas. A pesar de que no es mayoritario, un impresionante 69% de la población apoya la convocatoria a una asamblea constituyente para realizar estos cambios, lo que sugiere una preferencia por reformas profundas sobre modificaciones parciales, que solo cuentan con el apoyo del 45%. Esta situación resalta una polarización en las opiniones sobre cómo abordar los desafíos estructurales del país, poniendo de manifiesto la complejidad de alcanzar un consenso sobre el futuro constitucional de Perú³³. Aquí conviene precisar que la necesidad de cambiar, más allá de la agenda específica, consiste en activar el poder constituyente (encarnado en la figura de la asamblea constituyente) porque consideran que es más democrática. No están pensando en un cambio a través del mecanismo de reforma, es decir, efectuado por el congreso como titular de esa competencia. Consideran que ante las crisis y los males sociales, se vive un momento de tensión y fricción en todos los niveles (institucional, político, social, económico, etc.) que exige la necesidad de renovar el acuerdo constitucional. De modo que la constituyente obraría como un medio elemental que canalice y de pie a la finalización de la crisis/inestabilidad actual³⁴.

En la línea precedente, los congresistas también han presentado algunas iniciativas legislativas al igual que el ejecutivo para materializar el cambio constitucional. Así, se advierte que el proyecto de ley 01744/2021-CR sostiene que la Asamblea Constituyente podría autoconvocarse por iniciativa ciudadana si se llegan a recolectar un millón de firmas, verificadas por el Jurado Nacional de Elecciones (JNE)³⁵. A eso se han sumado varios proyectos de ley en similar condición y sentido, es decir, buscando el reemplazo de la Constitución a través

³² Se indica expresamente que “un 40% de los peruanos cree que es más conveniente para el país cambiar a una nueva Constitución” (<https://larepublica.pe/politica/2023/12/05/encuesta-iep-crece-apoyo-a-cambio-de-constitucion-y-rechazan-reeleccion-carta-magna-bicameralidad-congreso-del-peru-crisis-politica-181305>)

³³ <https://larepublica.pe/politica/actualidad/2023/01/16/encuesta-iep-nueva-constitucion-aumenta-el-respaldo-pero-no-es-mayoritario-constitucion-de-1993-asamblea-constituyente-referendum-constituyente>

³⁴ <https://larepublica.pe/politica/actualidad/2023/01/16/encuesta-iep-nueva-constitucion-aumenta-el-respaldo-pero-no-es-mayoritario-constitucion-de-1993-asamblea-constituyente-referendum-constituyente>

³⁵ <https://www.infobae.com/america/peru/2022/04/20/margot-palacios-pide-a-congresistas-apoyar-proyecto-de-ley-sobre-asamblea-constituyente-por-que-tanto-miedo/>

de la figura de la asamblea constituyente. Aquí hay una fuerza política que percibe con buenos ojos el cambio de la Constitución.

Al interior del discurso político señalan que la asamblea constituyente no debería causar tanto miedo y aversión, más bien debe abordarse como una opción política-constitucional válida. Así queda planteado como una opción o salida de la crisis, a su vez, opera como un medio de superación de “crisis social, económica, ambiental e institucional” que atraviesa nuestro país³⁶. Con el mismo tenor, el expremier de Pedro Castillo, Aníbal Torres, retóricamente pregunta: “¿Por qué le tenemos miedo a la Asamblea Constituyente? Si se dice que más del 90% está en contra”³⁷. Luego, otros argumentaron que “la asamblea constituyente es irrenunciable”³⁸. De tal modo que insistentemente sostuvieron:

“Nadie ha depuesto su posición ideológica y programática, continuamos con nuestra misma posición ideológica y ahora más que nunca vamos a insistir con la asamblea constituyente desde los espacios. [...] Vamos a luchar porque es nuestro pacto y no vamos a cambiar. No hemos depuesto nuestro ideal político ni nuestro programa. [...] Vamos a ver en estos días [pedir la Comisión de Constitución]”³⁹.

Con esta precisión puede advertirse que el asunto de la nueva Constitución creada a través de la asamblea constituyente ocupa un lugar central para un sector de la clase política, aunque las discrepancias -como el caso de fuerza popular- no estuvieron ausentes⁴⁰. Queda en evidencia que forma parte de un sector político la necesidad de impulsar la asamblea constituyente. Y entre las razones que sirven de respaldo de la propuesta son la salida de la crisis institucional y el involucramiento de la ciudadanía⁴¹ en asuntos constitucionales.

³⁶ <https://www.exitosanoticias.pe/politica/margot-palacios-por-tanto-miedo-asamblea-constituyente-n74588>

³⁷ <https://www.infobae.com/america/peru/2022/04/30/anibal-torres-por-que-le-tenemos-miedo-a-la-asamblea-constituyente-si-se-dice-que-mas-del-90-esta-en-contra/>

³⁸ <https://www.youtube.com/watch?v=2k2WBo1N6l4>

³⁹ <https://elcomercio.pe/politica/congreso-alejandro-soto-y-la-asamblea-constituyente-ahora-tiene-posibilidades-la-propuesta-de-peru-libre-comision-de-constitucion-noticia/?ref=ecr>

⁴⁰ Estos mencionan que “La defensa de la Constitución es una defensa abierta y el tema de la asamblea constituyente es un tema archivado” <https://elcomercio.pe/politica/congreso-alejandro-soto-y-la-asamblea-constituyente-ahora-tiene-posibilidades-la-propuesta-de-peru-libre-comision-de-constitucion-noticia/?ref=ecr>

⁴¹ En otro lugar, según la encuesta aplicada por el Instituto de Estudios Peruanos (IEP), algunos contenidos que darían pie al cambio de la Constitución son: a restablecer el servicio militar obligatorio (un 74% lo incluiría) y que haya pena de muerte para delitos muy graves (un 72%), Estado sea dueño de las principales empresas e industrias del país (51%), Despenalizar el aborto en primeros meses de embarazo (un 32%), legalizar el matrimonio homosexual (un 22%) y que las empresas privadas puedan contratar y despedir empleados con más facilidad (un 20%) se encuentran entre los temas menos prioritarios (<https://www.infobae.com/peru/2023/01/16/el-69-de-peruanos-estaria-de-acuerdo-con-la-instalacion-de-una-asamblea-constituyente/>). Estos aspectos, de forma preliminar podrían resultar inexplicables porque el fondo del cambio

Aquí debemos agregar que también se rechazó la apuesta por la reforma constitucional (modificar aspectos puntuales de la Constitución), se mencionó que emplear dicho mecanismo no era adecuado y coherente. Exaltando que las “reformas parciales no funcionan”, siendo así, “Corresponde una discusión integral de la Constitución que incluya las principales reglas de juego políticas, económicas y sociales de convivencia nacional, y es oportuno que esa tarea la asuma no un grupo de congresistas, sino una asamblea plurinacional y paritaria de delegados elegidos por todos los peruanos”⁴². Empleando esta argumentación hubo un esfuerzo por demostrar que la reforma constitucional no es el instrumento que permita incorporar cambios en el texto constitucional. Adicionalmente, se efectuó una crítica consistente en que el congreso monopoliza el poder de reforma constitucional, de ahí que resulta insuficiente usar ese mecanismo porque no podría lograrse la modificación estructural requerida para el país.

En la doctrina hubo algunos planteamientos y acercamientos respecto a este tema. Consideran que la nueva Constitución y el uso de la asamblea constituyente supone tener presente previamente que forma parte de la izquierda porque “es un punto fundamental de su discurso e identidad política”⁴³. Además, se reconoce el origen ilegítimo y antidemocrático de la Constitución vigente. No solo eso, sino que también se ha dicho que la crisis en sus diversas versiones y niveles sea política, gobierno, régimen y Estado genera “una crisis orgánica”⁴⁴. Dando paso para que se considere que la sociedad política peruana cuestione el régimen constitucional vigente -principalmente, defendido por la Constitución de 1993-. Se da a entender, de lo anterior, que la solución para la crisis consiste en cambiar el texto constitucional, esto es, diseñar una “salida constituyente”⁴⁵. Entendiendo que esa acción implica que opera como un mecanismo de transformación y cambio (por lo menos para un sector de la población). Dado este contexto, el cambio de la Constitución podría funcionar como una medida que permita superar los problemas en los cuales está envuelta la sociedad peruana. En consecuencia,

constitucional recae en superar dificultades de orden estructural por los cuales a traviesa el país (crisis institucional, debilidad de partidos políticos, equilibrio de poderes, eficacia de los derechos sociales, entre otros).

⁴² <https://www.gob.pe/institucion/pcm/noticias/603970-pcm-proyecto-de-ley-para-someter-a-referendum-la-asamblea-constituyente-ofrece-salida-democratica-a-la-inestabilidad-politica-del-pais>

⁴³ Tanaka, M. (2022). “Sobre el referéndum y la asamblea constituyente” <https://iep.org.pe/noticias/columna-sobre-el-referendum-y-la-asamblea-constituyente-por-martin-tanaka/>

⁴⁴ <https://biblioteca-repositorio.clacso.edu.ar/bitstream/CLACSO/250556/1/Proceso-constituyente-Peru.pdf> p. 32

⁴⁵ Lynch, N. (2024). *El proceso constituyente en el Perú*. Clacso. <https://biblioteca-repositorio.clacso.edu.ar/bitstream/CLACSO/250556/1/Proceso-constituyente-Peru.pdf> p. 32 y <https://otramirada.pe/per%C3%BA-el-poder-constituido-ha-muerto-%C2%A1viva-el-poder-constituyente>

aparece como una forma de mitigación de los males sociales, por eso se dice que "Ninguna Constitución ni poder constituido (como el Congreso) pueden impedir que un pueblo ejerza el poder constituyente para darse una nueva Constitución, ni que decida cuándo y cómo hacerlo"⁴⁶.

Cameron y Sosa (2022) sostienen que no debería haber restricciones al ejercicio del poder constituyente, siempre que la soberanía popular se manifieste de acuerdo con los principios del constitucionalismo. Argumentan que el concepto de poder constituyente es un componente reconocido de la jurisprudencia constitucional en Perú y que las asambleas constituyentes y la soberanía popular son esenciales para la coherencia del orden jurídico y el Estado de derecho. Según ellos, defender el orden constitucional implica entender profundamente los principios y procedimientos que permiten una reforma constitucional que refuerce los derechos y libertades fundamentales y mantenga un equilibrio adecuado entre los poderes públicos. Además, destacan la necesidad de una reforma constitucional que responda a las preocupaciones sobre el contenido y origen de la actual Constitución, y a las distorsiones en el equilibrio de poderes exacerbadas por la crisis política reciente. También advierten que la pandemia ha expuesto vulnerabilidades sociales, resaltando la importancia de empoderar al Estado para proteger la salud y seguridad de la población, y de proveer mecanismos de control y participación popular efectivos. Sin embargo, indican que las condiciones actuales no son propicias para un proceso de reforma tan significativo, dado el nivel de polarización y la falta de capacidad para un debate constructivo, lo que podría incluso empeorar la situación si se intenta una reforma constitucional en este contexto⁴⁷.

Finalmente, con estas aproximaciones entendemos que el poder constituyente en el país se presenta como una forma de modificar las condiciones y situaciones de fractura social, así como superación de entrampamiento y crisis política. Así puede ser comparado con la diosa Atenea, simbolizando la sabiduría y la estrategia necesarias para guiar al país hacia un Estado más justo y equitativo. A través de los años, además, la discusión sobre el cambio de la Constitución refleja el interés que muestra la ciudadanía acerca de la organización del poder y las relaciones sociales. Al igual que Atenea, que emerge completamente formada y armada, listo para enfrentar desafíos, el poder constituyente en Perú debe ser ejercido con una mezcla de valentía y prudencia, asegurando que cualquier nueva Constitución o reforma refuerce los derechos y libertades

⁴⁶ Eguiguren, F. (2020). ¿Es posible convocar a una asamblea constituyente para elaborar una nueva Constitución en el Perú? *Pensamiento constitucional*, 25(25).
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/24583/23326> p. 191

⁴⁷ Cameron, D. y Sosa, P. (2022). Perú: crisis política... ¿solución constitucional? *LASA*
<https://forum.lasaweb.org/files/vol53-issue3/Dossier-4.pdf> p. 28 y 29

fundamentales y mantenga un equilibrio adecuado entre los poderes públicos. Esto es especialmente relevante en un país donde las crisis políticas recientes han distorsionado el equilibrio de poderes y expuesto vulnerabilidades sociales (uno de ellos fue la durante la pandemia). De modo que en un escenario de ejercicio del poder constituyente se piense no solo en la reestructuración de las relaciones de poder del Estado, sino que también promueva la gobernabilidad y respete los derechos constitucionales y las libertades republicanas. En última instancia, como Atenea, el poder constituyente en Perú tiene el potencial de guiar al país hacia un proceso de cambio de la Constitución que sea duradero, más que todo que busque un marco de estabilidad y prosperidad (esa es la dimensión y el tamaño de la responsabilidad que recae al usar ese poder, de ahí que sea necesario actuar con medida y racionalidad).

4. Conclusiones

Esta aproximación al poder constituyente desde ciertos personajes de la mitología griega nos sirve para profundizar nuestro entendimiento colectivo y común. Evoca la necesidad de contextualizar nuestra experiencia del mundo jurídico a través de ficciones creadas a lo largo de la historia y que siguiendo a Eliade (1981) delinean los arquetipos de todas las actividades humanas significativas, como el matrimonio, el trabajo o la sabiduría, revelando cómo los rituales y acciones adquieren sentido y dirección⁴⁸. Narran eventos sobrenaturales que definieron la creación del mundo o de instituciones, proporcionando modelos ejemplares y sagrados para la humanidad⁴⁹. Así, el poder constituyente puede ser concebido como un mito en el sentido jurídico y cultural, dado que encapsula narrativas y símbolos poderosos sobre los orígenes y la legitimidad de la Constitución. En la teoría jurídica, el poder constituyente se refiere a la autoridad suprema para crear o modificar la estructura constitucional de un Estado. Esta noción tiene un carácter casi mítico porque trata de responder a las preguntas fundamentales sobre la fuente de la autoridad legal y el derecho de un pueblo a autogobernarse, temas que resuenan profundamente en la conciencia colectiva y en la identidad nacional. Joseph Campbell⁵⁰, argumenta que los mitos no son simplemente historias sobre dioses y héroes, sino herramientas esenciales para interpretar la realidad y confrontar los elementos más enigmáticos de la existencia humana. Desde esta perspectiva, el poder constituyente actúa como un mito al proporcionar un marco narrativo a través del cual las sociedades pueden articular y legitimar las transformaciones fundamentales en su estructura política y legal. Como tal, el poder constituyente encarna los ideales del

⁴⁸ Eliade, M. (1981). *Mito y realidad*. Guadarrama, p. 11.

⁴⁹ Eliade, M. (1981). *Mito y realidad*. Guadarrama, p. 11 y 18.

⁵⁰ Campbell, J. (1998). *El poder del mito*. Emecé.

liberalismo, reflejando los valores de autonomía y racionalidad que son centrales para este pensamiento político.

En Perú, la apelación al poder constituyente y la propuesta de una asamblea constituyente han cobrado relevancia en los últimos años, evidenciando que hablar sobre el cambio constitucional no es un asunto sencillo, sino que afronta desafíos e incertidumbre. Con este escenario en mente, por un lado, el ejercicio del poder constituyente se asemeja al mito de la caja de Pandora que es fuente de la liberación de males, pero también como contrapartida tenemos la presencia de la diosa Atenea que inflige sabiduría y cordura. De tal modo que en todo esto, el poder constituyente -como figura o categoría- puede emplearse con diversos fines, siendo así, conviene tener presente estos escenarios -tal como se explica en este trabajo- antes de impulsar una agenda que desemboque en el cambio constitucional. Evaluar y sopesar las razones que conllevan al cambio de la Constitución ejerciendo el poder constituyente, así como los puntos en contra de ese proceso. Cuando abordamos esta situación bajo los alcances de la mitología, no lo hacemos con la intención de ridiculizar el asunto o dotarle de un sentido de sacralidad, sino que al contrario, tomamos con seriedad las razones de cada una de las posiciones y a partir de allí explicamos las fortalezas y debilidades. Tengamos presente, a su vez, que el ejercicio del poder constituyente no puede suponer intrínsecamente la desgracia o el caos, al contrario, con criterio y reflexión podrá servir como una fuerza capaz de moldear una nueva realidad social.

Aunque el poder constituyente puede interpretarse tanto desde la perspectiva de la caja de Pandora, con su potencial de desencadenar caos, como bajo la imagen de la diosa Atenea, emblema de sabiduría y orden, es menester recordar que es una creación humana dentro del marco del constitucionalismo. Este poder está diseñado para servir a la sociedad, facilitando una convivencia más armoniosa a través de acuerdos constitucionales que reflejen un equilibrio entre el caos y la razón. Sin embargo, su eficacia y utilidad no son constantes ni garantizadas, variando ampliamente según las condiciones y circunstancias específicas de cada contexto. En consecuencia, el poder constituyente no puede ser simplemente categorizado o evaluado como un medio garantizado para lograr mejoras sociales y políticas. Su aplicación y los resultados que produce son inherentemente fluctuantes y requieren una gestión cuidadosa y adaptativa. Tal ambivalencia da cuenta de la relevancia que posee manejar el poder constituyente con una mezcla de cautela y visión estratégica, asegurando que su uso esté siempre alineado con los principios de justicia y bienestar común, adaptándose a los desafíos emergentes y las necesidades de la población. No podemos esperar que por sí mismo genere cambios sustanciales, así como tampoco suponer que sea una fuente de males inagotables.

Proceso constitucional del cumplimiento y proceso contencioso-administrativo urgente ¡Qué complicada la convivencia!

Victor J. Salinas Tume¹

Resumen

En la presente investigación, el autor pone en tela de juicio hasta qué punto es tolerable la coexistencia en el ordenamiento jurídico peruano de dos procesos, como el contencioso-administrativo urgente (proceso ordinario) y el de cumplimiento (proceso constitucional), pues ambos tutelan el derecho constitucional(izado) a la eficacia de las normas legales y actos administrativos. Para atender el problema es necesario analizar ambos procesos por separado, desde un punto de vista histórico y funcional. De esta manera, logrará identificarse que el rasgo distintivo entre ambos procesos lo creó el Tribunal Constitucional, con el precedente constitucional Villanueva Valverde. Con ello, se propone que el juzgador constitucional analice si en el caso se cumplen con los requisitos del precedente para dar trámite a la pretensión. Por supuesto, este precedente no debería ser de aplicación por el juez ordinario.

Palabras clave: Proceso contencioso-administrativo, proceso de cumplimiento, derecho a la eficacia de las normas legales y actos administrativos.

¹ Abogado por la Universidad Nacional del Santa (UNS). Candidato a magíster con mención en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Especialista en Redacción Académica y Científica por la Universidad Católica de San Pablo. Asistente de juez superior en la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa. Director académico del Departamento de Redacción Jurídica del Centro de Estudios e Investigaciones Ius Homines. ORCID: 0000-0003-4864-1619. E-mail: vsalinastume@gmail.com

1. Introducción

El Texto Único Ordenado de la Ley n.º 27584, Ley que regula el proceso contencioso-administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo n.º 011-2019-JUS, es un conjunto de normas de desarrollo constitucional, específicamente del artículo 148 de nuestra Carta Magna, que prescribe que las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa². La regulación legal antes mencionada, desde su redacción original del 7 de diciembre de 2001, tiene por finalidad el control judicial de las actuaciones de la Administración Pública. Para tal propósito el legislador creó dos procesos, uno de cognición plena (denominado ahora como ordinario, prescrito en el artículo 25) y el otro de cognición sumaria (denominado como urgente, prescrito en el artículo 24).

El proceso urgente del contencioso-administrativo, actualmente, puede interponerse hasta en tres supuestos, de los cuales solo nos interesa el que se inicia para conseguir el *cumplimiento por la administración de una determinada actuación a la que se encuentra obligada por mandato de la ley o en virtud de un acto administrativo firme* (artículo 24, inciso 2. del TUO de la Ley n.º 27584). Es decir, si el administrado cuenta con una resolución administrativa o norma legal que le reconoce beneficios y que, sin embargo, la administración se mantiene renuente a cumplirla, aquel podrá solicitar su ejecución vía judicial, a través del proceso contencioso-administrativo urgente, que resultará ser más efectivo que solicitarlo ante la autoridad administrativa, por las facultades coercitivas que tiene el juez, como por ejemplo la imposición de multas.

No obstante lo expuesto, la pretensión procesal antes mencionada recuerda mucho a la que se hace valer en el proceso constitucional de cumplimiento, prescrito en el inciso 6, del artículo 200 de la Constitución vigente de 1993; y, legalmente, en el artículo 65, inciso 1 de la Ley n.º 31307, Nuevo Código Procesal Constitucional. También se interpone para conseguir la ejecución de un acto ante *cualquier funcionario o autoridad renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo*.

Como puede apreciarse, ambos procesos atienden la misma pretensión. Es por eso que, en la presente investigación resulta relevante determinar si es correcto que ambos procesos coexistan, debido a que la implicancia práctica que acarrearía tal coexistencia es que una misma pretensión pueda hacerse valer en ambas vías, obteniendo el recurrente una sentencia favorable en ambos

² La investigación se centra en el proceso contencioso-administrativo. Por eso, corresponde advertir que, aun cuando la literatura especializada conjuga incorrectamente el término contencioso-administrativo; como por ejemplo, cuando menciona “la vía contenciosa administrativa” o “el proceso contencioso administrativo”; en el presente trabajo se emplearán las palabras “contencioso” y “administrativo(a)” separadas por un guion, en razón a que “contencioso-administrativo” es una palabra compuesta, tal como lo señala la Real Academia Española. De esta manera, la correcta forma de escribir es “la vía contencioso-administrativa” y “el proceso contencioso-administrativo”.

procesos, y con ello obligar a la Administración al cumplimiento, en dos oportunidades, de una actuación a la que se encuentra obligada. Esta situación problemática es posible habida cuenta de que los procuradores y representantes legales de la Administración ejercen, en la práctica una precaria defensa.

2. Evolución constitucional y legislativa del proceso contencioso-administrativo en el Perú

Para procesos como el contencioso-administrativo resulta muy importante el antecedente legislativo porque ayuda a identificar el alcance que tuvo con su creación y las mutaciones que iba adquiriendo con las reformas normativas. Aquí se podrá advertir que, al menos en el proceso contencioso-administrativo, el paso de los años sí contribuyó a su mejora y a hacer de este un proceso más garantista para los administrados.

La tradición francesa enseña que, a través de los denominados Consejos de Estado, se resolvían los cuestionamientos a los actos administrativos que presentaban los administrados. En el Perú, según refiere Danós (s/f), se estableció el Consejo de Estado en las Constituciones de 1834, 1839 y 1855. Sin embargo, sus funciones no eran las propias de un tribunal resolutorio, como el francés; sino de un órgano de apoyo al Parlamento, encargado de defender el contenido de la Constitución, detectando sus infracciones. El Consejo de Estado, en las Constituciones mencionadas, identificaba la infracción y remitía los actuados al Parlamento, que era el órgano de resolvía.

Por consiguiente, aun cuando en denominación los Consejos de Estado peruanos coincidían con la denominación francesa; no es menos cierto que las funciones asignadas eran de otra naturaleza y absolutamente distintas. En ese sentido, el antecedente del proceso contencioso-administrativo peruano no se encuentra en el siglo XIX.

La literatura nacional concuerda en afirmar que fue con la Ley n.º 1510, Ley Orgánica del Poder Judicial de 1912, en su artículo 94, que, por primera vez, se estableció la posibilidad de cuestionar los actos de la Administración Pública, ante el Poder Judicial (Mac Rae, 2012, p. 50; Danós, s/f; Huapaya, 2006, 331). Esta disposición normativa regulaba lo siguiente: «Corresponde a los jueces de primera instancia de Lima, conocer, en primera instancia, de los despojos que infiera el Gobierno y de las demandas que contra él se interpongan sobre derechos que hubiese violado o desconocido ejerciendo funciones administrativas».

Al respecto hay varios extremos por comentar. El primero, referido a la competencia del juez contencioso-administrativo, delimitada al juez de Lima. Aunque injusto, era lo que correspondía porque a inicios del siglo XX no se concebía la descentralización; por tanto, la Administración de Justicia, para temas tan especializados como lo contencioso-administrativo, solo podía atenderse en

la ciudad capital. Pese a ello, bajo un enfoque de derechos, no se puede negar la abierta vulneración al acceso a la justicia que implicaba la fórmula legal precitada.

El segundo y último aspecto de interesante análisis es el derecho que con este proceso se tutela: cualquiera derivado del ejercicio de las funciones administrativas del Gobierno. Por un lado, se tiene que la regulación del artículo 94 de la Ley n.º 1510, Ley Orgánica del Poder Judicial de 1912, solo se refiere al proceso contencioso administrativo de nulidad; es decir, a aquel que se inicia buscando la invalidez de un hacer de la Administración; mas no se dirige contra sus omisiones. El proceso contencioso-administrativo urgente, objeto de estudio en el presente trabajo, existe en virtud a que la Administración ha omitido cumplir con su deber. Por tanto, el precitado artículo no es un antecedente del proceso contencioso-administrativo urgente, sino solo del proceso contencioso de nulidad (ordinario).

Por otro lado, la regulación precitada también nos informa que el proceso contencioso-administrativo solo podía dirigirse contra los actos del Gobierno, entendiéndose este como el Poder Ejecutivo. Es decir, no era factible el cuestionamiento a los actos de la Administración Pública en general. Por consiguiente, había más un cuestionamiento político que jurídico.

Así como el artículo 94 de la Ley n.º 1510, Ley Orgánica del Poder Judicial de 1912, años después, en 1963, se promulgó el Decreto Ley n.º 14605, Ley Orgánica del Poder Judicial. En esta norma legal también se habilitó el cuestionamiento a los actos de la Administración, en un proceso judicial. Sin embargo, ni en esta ni en aquella ley orgánica se instituía un proceso específico, razón por la cual no se concretizaba un proceso contencioso-administrativo debidamente.

Poco a poco, con el pasar de los años, el Poder Judicial iba implementando sus recursos logísticos para la atención especializada la materia contencioso-administrativa. Tal es así que, el 23 de diciembre de 1969, se publicó el Decreto Ley n.º 18060 que creó la Sala de Asuntos Contencioso-Administrativos Laborales y de Derecho Público en general, órgano perteneciente a la Corte Suprema de Justicia del país.

El orden razonable de la institucionalización de un proceso es, primero, a nivel constitucional y, después, a nivel legal. Esto ocurrió con el proceso contencioso-administrativo recién con la promulgación de la Constitución de 1979, cuyo artículo 240 reguló expresamente el proceso contencioso-administrativo, aunque refiriéndose a él como acción contencioso-administrativa. Es decir, con esta regulación, el Constituyente dispuso la posibilidad de cuestionar los actos de la Administración Pública a través de tres mecanismos: el proceso contencioso-administrativo, el proceso de Amparo y la Acción Popular.

Solo respecto a la así denominada acción contencioso-administrativa, la Carta de 1979 dispuso en su artículo 240 lo siguiente:

Las acciones contencioso – administrativas se interponen contra

cualquier acto o resolución de la administración que causa estado. La ley regula su ejercicio. Precisa los casos en que las cortes superiores conocen en primera instancia, y la Corte Suprema en primera y segunda y última instancia.

Sobre el particular, se aprecia que la acción contencioso-administrativa se mantiene siendo procedente solo para cuestionar los actos de la Administración, mas no para pedirle el cumplimiento de sus omisiones, como ocurre en el caso de contencioso-administrativo urgente. Asimismo, es de destacarse que la competencia ya dejó de ser exclusiva de los jueces de la capital y pasó a ser a la que corresponda en cada Corte Superior. Eso sí, en primera instancia la Sala Superior conoce del caso en primera instancia y la Corte Suprema, en apelación.

La regulación legal llegó en 1990, cuando el Ejecutivo reglamentó la especialidad laboral del proceso contencioso-administrativo, a través del Decreto Supremo n.º 037-90-TR, vigente el 14 de junio de 1990. Aquí se dispuso la competencia de los jueces laborales de Lima para conocer las demandas contencioso-administrativas en materia laboral. Por consiguiente, realizando una interpretación de la ley conforme a la Constitución debe concluirse que, con la aprobación del decreto supremo en mención, solo los procesos contencioso-administrativos laborales eran de conocimiento de las Salas Superiores Laborales de Lima; mientras que para las demás materias se dejaba su competencia a las Salas Superiores del país. La Corte Suprema siempre operaba como instancia de revisión en apelación. Con lo expuesto, el proceso contencioso-administrativo laboral fue el primero en regularse legalmente; y es que es en esta materia donde surgen las más de las controversias que afectan al tesoro público.

Ahora, el mencionado Decreto Supremo n.º 037-90-TR si bien establecía la competencia en los procesos contencioso-administrativos laborales, difícilmente pueda concluirse que con eso se reguló completamente tal proceso. Faltaron prescripciones procesales básicas, que llegaron en 1991 con la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial. Ahí, previsto bajo la denominación de procesos contencioso-administrativos, se desarrolló en un capítulo dentro de las disposiciones finales de la ley. No obstante, estas disposiciones fueron dejadas sin efecto por el Decreto Legislativo n.º 767, que aprobó el Código Procesal Civil de 1993, cuerpo normativo que de toda la historia normativa del Perú es la que mejor ha desarrollado al proceso contencioso-administrativo.

La norma procesal que hasta ahora sigue vigente recoge varios preceptos (modernos para aquella época) del Código Procesal modelo para Iberoamérica, como el desarrollo preclaro del proceso contencioso-administrativo, esta vez bajo la denominación de "impugnación de acto o resolución administrativa", desde el artículo 540 hasta el 545. El Código Procesal Civil, en su redacción original, no distinguía ninguna vía procedimental para hacer valer las pretensiones. Preveía que los procesos contencioso-administrativos debían seguir la suerte de un proceso abreviado. Asimismo, solo permitía el cuestionamiento de los actos de la Administración Pública (proceso de nulidad) mas no podía cuestionarse sus omisiones. Por consiguiente, sigue sin haber, en el legalismo peruano un antecedente claro del contencioso-administrativo urgente que busque el

cumplimiento, por parte de la Administración, de una actuación a la que se mantiene renuente.

Meses después se publicó la Constitución de 1993, vigente hasta el día de hoy. Su artículo 148 dispone que «Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa (sic)». De esta manera, la Carta en comento regula hasta cinco tipos de procesos mediante los cuales se pueden cuestionar las actuaciones u omisiones de la Administración Pública, que son, a saber, el proceso contencioso-administrativo, el proceso de Amparo, el proceso de Acción Popular, el proceso de Habeas Data y el proceso de Cumplimiento, esta última, una innovación del constituyente.

La fórmula empleada por el constituyente de 1993 es privativa del proceso contencioso-administrativo que busca la declaratoria de invalidez de un acto administrativo, mas no de un proceso que busca la eficacia de las decisiones de la Administración. Es decir, se mantiene el antecedente de un proceso contencioso-administrativo de nulidad. Esta perspectiva cambió legalmente con la vigencia de la Ley n.º 27584, Ley que regula el proceso contencioso-administrativo, del que más adelante se darán detalles.

3. Pretensión y estructura procedimental del proceso urgente

Aquella regulación legal, desde su redacción original, el 15 de abril de 2002, tiene por finalidad el control judicial de las actuaciones de la Administración pública. Para tal propósito, el legislador creó dos procesos, uno de cognición plena (denominado ahora como ordinario, prescrito en su artículo 25) y el otro de tutela diferenciada (denominado ahora como urgente, prescrito en su artículo 24).

El proceso urgente del contencioso-administrativo, actualmente, puede interponerse hasta en tres supuestos, de los cuales ahora solo nos interesa el que se inicia para conseguir el cumplimiento, por la Administración, de una determinada actuación a la que se encuentra obligada por mandato de la ley o en virtud de un acto administrativo firme (artículo 24, inciso 2, del TUO de la Ley n.º 27584). El proceso contencioso-administrativo que tutela esta pretensión es también llamado en doctrina como “proceso contencioso-administrativo de superación de la inactividad” (Huapaya, s/f, p. 184).

Es decir, si el administrado cuenta con una resolución administrativa o norma legal que le reconoce beneficios y que, sin embargo, la Administración se mantiene renuente a cumplirla, aquel podrá solicitar su ejecución, vía judicial, en el proceso contencioso-administrativo urgente, que resultará ser más efectivo que solicitar el cumplimiento ante la autoridad administrativa, por las facultades coercitivas que tiene el juez, como por ejemplo la imposición de multas.

Los plazos y la estructura procedimental del proceso contencioso-administrativo urgente hacen que este, en palabras del profesor Huamán (2013), sea un verdadero proceso con tutela diferenciada. Siguiendo al jurista italiano Proto (2014) no hay tutela diferenciada cuando el legislador solo reduce los plazos de una tutela de cognición. Ahí lo que hay es un proceso de conocimiento con plazos reducidos, en razón a algún interés que se espera legítimo. La tutela diferenciada, por el contrario, además de ser sumaria requiere que haya una situación particular que justifique la simplificación de actos procesales, como audiencias, emplazamiento a las partes u otros.

En el caso del proceso contencioso-administrativo urgente es de tutela diferenciada porque, en primer lugar, no cuenta con audiencias como el típico proceso judicial. En segundo lugar, con el emplazamiento a la demandada, con o sin la absolución de los cargos demandados, se ingresa a despacho para que se emita la decisión de fondo. Como puede apreciarse no solo hay una reducción de plazos, sino también una modificación simplificada de la estructura del proceso.

El artículo 27 del TUO de la Ley que regula el proceso contencioso-administrativo regula los plazos que le corresponden al proceso contencioso-administrativo urgente. De esta manera, una vez interpuesta la demanda, se da un plazo de 3 días hábiles para que el demandado presente su contestación, una vez que se encuentre debidamente notificado con el acto postulatorio. Luego, se fija en 5 días hábiles el plazo para que, con o sin la contestación del emplazado, se emita la sentencia correspondiente. El plazo para apelar es también de 5 días hábiles.

Ahora, dado que la Corte Suprema es un órgano de vértice de la Administración de Justicia, sus decisiones tienen un grado de vinculación para las decisiones judiciales de las instancias inferiores. Aquí es donde opera la denominada doctrina jurisprudencial. En reiterados pronunciamientos, la Corte Suprema ha establecido características mínimas que debe cumplir el mandato legal o administrativo, a fin de que sea pasible de tutela en el proceso contencioso-administrativo urgente.

Tal es así que, en la Casación n.º 4568-2015 LIMA, la Primera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República indicó que el mandato (en este caso administrativo) debe cumplir con: **(i)** Permitir individualizar al beneficiario; **(ii)** Ser un mandato vigente, cierto y claro; inferirse indubitablemente y no estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares; **(iii)** Ser de ineludible y obligatorio cumplimiento; y **(iv)** Ser incondicional.

Similares criterios han sido establecidos en el proceso constitucional de cumplimiento, mediante el precedente vinculante Villanueva Valverde (Expediente n.º 168-2005-PA/TC). No obstante estudiar el proceso contencioso-administrativo urgente en paralelo con el proceso de cumplimiento es algo que se hará posteriormente. Por lo pronto, corresponde quedar con la conclusión de que el proceso urgente es de tutela diferenciada, por su estructura

procedimental, tutela el derecho a la eficacia de la ley y actos administrativos, y que no todo mandato es tutelable en este proceso, sino solo aquel que cumpla con los criterios fijados por la Corte Suprema de Justicia de la República.

4. Proceso de cumplimiento: Contexto jurídico-social para su creación

Como se ha referido al inicio del presente trabajo, a nivel normativo no se había previsto una acción que tutele la inactividad de la Administración Pública (ni la omisión formal, ni la omisión material). A decir del profesor Huapaya (s/f), la primera publicación doctrinaria al respecto fue a inicios de los años 90, con el ensayo de Jorge Danos Ordóñez, intitulado "El silencio administrativo como técnica de garantía del particular frente a la inactividad formal de la Administración" (p. 180). Es decir, desde ese momento ya se planteaba en el Perú presumir una respuesta de la Administración frente a su propia omisión. Por su parte, la doctrina argentina ya iba publicando las primeras reflexiones al respecto, algunos años antes, con trabajos de los profesores Sagues, en 1988; y Creo Bay, en 1988 y 1997.

Ahora, si bien ya existía un proceso de amparo, que podía plantearse como un amparo por omisión para demandar el no hacer de la Administración, este proceso no tuvo mucho éxito porque, había mucha renuencia de los magistrados a condenar a la Administración Pública frente a los actos que omitían expedir o cumplir (Huapaya, s/f, p.180)

El proceso de cumplimiento se encuentra regulado en el inciso 6, del artículo 200 de la Constitución peruana vigente (1993). Este proceso no estuvo regulado en las cartas constitucionales anteriores y su incorporación a la vigente fue, en palabras del profesor Sosa, *improvisada* (Sosa, 2009, p. 252). Por su parte, Carpio (2021), citando al profesor Domingo García Belaunde, califica de *clandestina* la incorporación del proceso de Cumplimiento en la Carta vigente (p. 134).

De esta manera, se aprecia en el Diario de Debates de la Comisión de Constitución del Congreso Constituyente Democrático que la idea de incluirla se mantuvo en el primer, segundo y tercer anteproyecto; por lo que fue aprobada en el Pleno del Congreso Constituyente Democrático, antes de someterse a referéndum su contenido íntegro. Es decir, la incorporación del proceso de Cumplimiento como nueva garantía constitucional en la Carta de 1993, sí fue propuesta en los anteproyectos, empero no fue discutida antes de su aprobación en el Pleno.

El profesor Samuel Abad Yupanqui, citado por Curaca (2021), precisa que la propuesta de inclusión del proceso de Cumplimiento fue formulada por la agrupación oficialista Nueva Mayoría – Cambio 90, específicamente con el Proyecto n.º 70/93-CCD. La propuesta contenía los procesos ya existentes y dos

innovaciones: Cumplimiento y Habeas Data; aunque, a decir de Eto (2021), el verdadero mentor de este proceso fue el profesor Carlos Torres y Torres Lara.

La inspiración parece haber llegado del sistema brasileño porque en la sustentación se citó la legislación de este país (Carpio, 2021, p.135). En ese mismo sentido, Herrera (2021) indica que el constituyente Carlos Ferrero Costa refirió que el antecedente inmediato del proceso de Cumplimiento que se proponía era la legislación constitucional brasileña. Concluyó diciendo que, aun cuando el mismo propósito de tutela se consiga en vías alternativas, este proceso constitucional le da mayor especificidad al propósito y, en consecuencia, tendría mejor destino. (p. 159)

Ya en la votación, a decir de Herrera (2021), se contó con la aprobación mayoritaria pues habría habido constituyentes opositores como la Abg. Lourdes Flores Nano quien calificaba la incorporación del proceso de cumplimiento en la futura Constitución como inútil. Justificó su postura en que, para la atención a la pretensión que se haría valer en ese proceso, ya existe una vía específica³ (p. 159). Sin embargo, de la revisión del Diario de Debates de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso Constituyente Democrático, logra apreciarse que la aprobación no fue mayoritaria sino por unanimidad. Es por eso que se concluye que su aprobación con supuso ningún debate al respecto.

A decir de Curaca (2021) la discusión sobre la existencia de este proceso de cumplimiento en la Constitución vigente no tuvo la atención debida porque las más de las atenciones estaban puestas en el nuevo órgano que reemplazaría al Tribunal de Garantías Constitucionales y en la conveniencia de los procesos de habeas data y competencial (p. 393).

Una vez el proceso de Cumplimiento dentro del constitucionalismo peruano, la doctrina contra su incorporación no se ha dejado esperar. Es más, los profesores Abad Yupanqui y Eto Cruz, integrantes de la Comisión de Bases para el Estudio de la Reforma Constitucional, nombrada durante el gobierno de transición de Valentín Paniagua, propusieron que se suprima de la Constitución tanto el proceso de Cumplimiento como el de Habeas Data. A este pedido se opuso Borea Odría. (Eto, 2021, p. 413)

Ahora, hay autores que cuestionan la constitucionalidad del proceso de cumplimiento por razones atendibles (referidas en Castillo, 2005, pp. 29-30), pese a que –como se ha visto– es un proceso contenido dentro del propio texto constitucional.

A mayor abundamiento se estima que considerar al cumplimiento como proceso constitucional es tan grave como considerar también como tal al proceso contencioso-administrativo, por el solo hecho de que ambos procesos estén

³ Esta vía debe entenderse que es la del amparo por omisión pues, como se ha tratado en la historia del proceso contencioso-administrativo urgente este no apareció sino hasta la vigencia de la Ley n.º 27584, el 15 de abril de 2002.

contenidos en la Constitución (Castillo, 2005, p. 48). Ninguno de los dos son procesos constitucionales, concluye el citado autor.

Otra de las razones que se sustenta es que el proceso constitucional predilecto para la tutela de derechos implícitos o expresos es el amparo (Castillo, 2005, p. 140). Por consiguiente, el proceso de cumplimiento no podría brindar tutela efectiva al derecho a la eficacia de las normas o actos administrativos, que es un derecho implícito, conforme desarrollaremos más adelante. En ese sentido, el proceso de cumplimiento estaría irrogándose la tutela de un derecho ya tutelable por el proceso de amparo.

En el presente trabajo, se considera que el proceso de Cumplimiento es realmente constitucional por estar incluido en la Constitución y por brindar tutela al derecho a la eficacia de las leyes y actos administrativos (derecho constitucional implícito). Es decir, hay razones positivas y fundamentales, a la vez, para tratar al proceso de cumplimiento con la investidura que cubre a los procesos constitucionales; más aún si el propio Tribunal Constitucional ha expedido, a la fecha, dos precedentes en este proceso (vinculación directa precedente-proceso). Uno, el primero, sobre un aspecto de fondo del Decreto de Urgencia n.º 037-94 (Expediente n.º 2616-2004-AC/TC, precedente Santillán Tuesta); y el otro, donde establece criterios de procedencia del mandato objeto de cumplimiento (Expediente n.º 168-2005-AC/TC, precedente Villanueva Valverde).

El proceso constitucional de Cumplimiento podría no tener un objeto constitucionalmente susceptible de protección, empero no se puede negar que con garantizar el derecho a conseguir que una ley o un acto administrativo, que le asiste al administrado, sean cumplidos en sus propios términos, se fortalece el Estado democrático de Derecho. Es decir, con el proceso de Cumplimiento se tiene la «(...) conveniencia de contar con un proceso especializado que permite defender la eficacia de la ley y los actos administrativos, sirviéndose de la estructura simplificada y la tutela reforzada que brinda» (Herrera, 2021, p. 160).

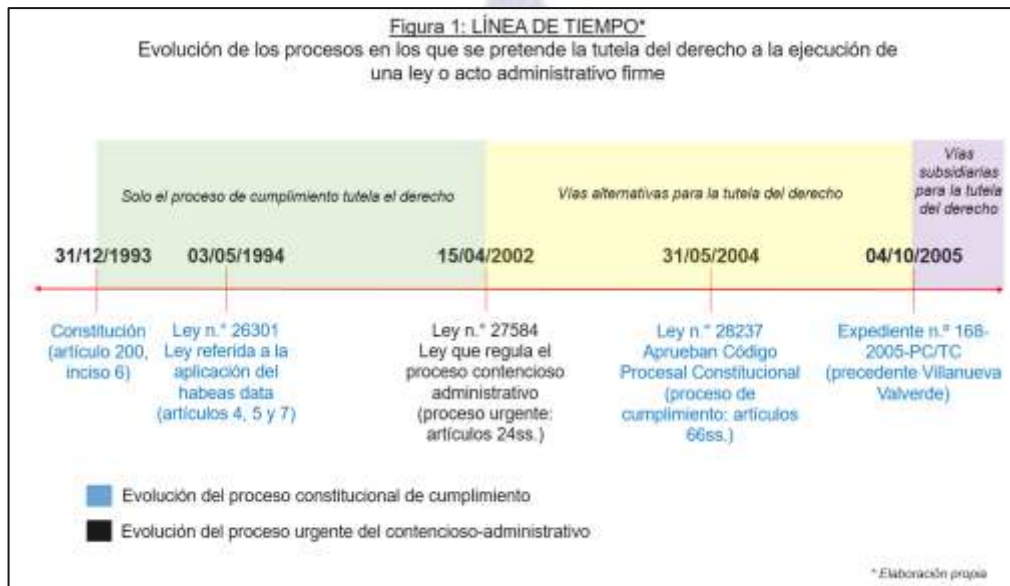
La importancia del proceso de Cumplimiento ha sido también comentada por el profesor Torres y Torres Lara, citado por Roel (2021), quien sostuvo que el jurista colombiano Dr. Luis Carlos Sáchica le comentó, en una conversación y desde la experiencia de su país, que tienen muchas leyes pero el verdadero problema es que ninguna se cumple (p. 270). Agrega textualmente Borea Odría, citado por Curaca (2021), que:

La creación de este nuevo instituto, es más importante que cualquier otra norma de la Constitución, porque permitirá que cuando obtengamos una resolución o exista una disposición que debe cumplirse y que generalmente en nuestro país no se cumple, tengamos un procedimiento ágil, de experiencia, de cumplimiento de la norma, bajo responsabilidad. (p. 395)

También se justifica la relevancia del proceso de Cumplimiento con los casos emblemáticos que se han expedido en su seno. Al respecto, el profesor Sar (2012) enumera alguno de ellos. Tal como aquel en el que el Tribunal

Constitucional, mediante sentencia contenida en el Expediente n.º 7435-2006-PC/TC, ordenó al Ministerio de Salud que garantice la provisión del anticonceptivo oral. O aquel pronunciamiento contenido en el Expediente n.º 2002-2006-PC/TC, en el que Máximo Intérprete de la Constitución dispuso también al Ministerio de Salud a que implemente un sistema de emergencia para la atención de la salud de las personas contaminadas por la ingesta de plomo en La Oroya; además de la elaboración de estándares de calidad ambiental del aire, el mismo que debió ser trabajado con Digesa. Finalmente, es también relevante aquel pronunciamiento en el que se ordenó a la Dirección Regional de Educación pague a los profesores sus beneficios sociales correspondientes oportunamente, emitido en el Expediente n.º 3149-2004-AC/TC. (p. 21)

En la Figura 1 se muestra, comparativamente, el orden de aparición de los procesos que tutelan el derecho a la eficacia de las normas legales y actos administrativos firmes.



5. Pretensión y estructura procedimental del proceso de cumplimiento

La pretensión procesal que se hace valer en el proceso de cumplimiento está aludida en inciso 6 del artículo 200 de la Constitución y desarrollada, ahora, en la Ley n.º 31307, Nuevo Código Procesal Constitucional. Estas reglas advierten que el proceso de cumplimiento se interpone para ordenar que el funcionario o autoridad pública renuente ejecute una norma legal o un acto administrativo firme (artículo 65, inciso 1, del Nuevo Código Procesal Constitucional). Aunque el proceso de amparo sigue siendo el de más recurrencia judicial, no podemos negar la importancia del proceso de cumplimiento dentro de un Estado constitucional de Derecho en el que las disposiciones de la Administración deben ejecutarse.

Como es de conocimiento, el Nuevo Código Procesal Constitucional entró en vigencia el 24 de julio de 2021, derogando la Ley n.º 28237, que fue el primer Código Procesal Constitucional, no solo de Perú, sino también de Latinoamérica. En el presente trabajo no se estima que haya entrado en vigencia una nueva

regulación. Con el Nuevo Código Procesal Constitucional se han positivizado algunas cosas ya decretadas por el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia o en sus precedentes, salvo en el caso del proceso de Cumplimiento. De esta manera, el Nuevo Código es, en esencia, una modificación al otrora Código Procesal Constitucional, mas no una reforma integral. Por consiguiente, bien pudo plantearse el Nuevo Código como una serie de modificaciones a determinados artículos de la Ley n.º 28237. Sin embargo, a nivel de técnica legislativa, se considera en el presente trabajo que la idea ha sido mejor que establecer varios parches al código derogado. Hay quienes no están de acuerdo con la “reforma” porque se puso fin a la ley procesal histórica, para bien o para mal, del Perú, en lo que, como se ha dicho, fue pionero al crear un Código Procesal Constitucional.

Para hablar de la estructura procedimental del proceso de Cumplimiento es importante tener en cuenta el código derogado y el código vigente. La diferencia es sustancial, pese a que en ambas regulaciones había que esperar 10 días para poder presentar la demanda, luego de haber hecho el reclamo a la Administración, a fin de insistirle (por última vez) dé cumplimiento al *mandamus*.

Respecto al proceso de Cumplimiento en el código derogado, una vez interpuesta la demanda, se otorgaba un plazo de 5 días hábiles al demandado para que cumpla con contestarla. Luego de ello, se otorgaba 5 días hábiles más para que el juez expida sentencia. Disconforme alguna de las partes con la sentencia, podía apelarla en un plazo de 3 días hábiles. Finalmente, la Sala Superior contaba con 5 días hábiles para que emita la sentencia de vista correspondiente. Es decir, formal e idealmente, el demandante podía tener una decisión de fondo sobre su pretensión al cabo de 10 días.

Sobre el proceso de Cumplimiento en el código vigente, una vez interpuesta la demanda, se otorga al demandado el plazo de 10 días para contestarla luego de que haya sido notificado del acto postulatorio. Asimismo, se fija audiencia en un plazo máximo de 30 días hábiles luego de presentada la demanda. En esta misma audiencia el juez puede emitir la sentencia del caso. Luego de la sentencia los plazos son idénticos al código derogado: 3 días para apelar y 5 para emitir sentencia de vista. En suma, en el nuevo proceso de cumplimiento, formal e idealmente, se obtendría una respuesta del juez sobre la pretensión luego de 30 días hábiles; esto es, más días que en el proceso de cumplimiento del código derogado.

Hay, por lo menos, dos aspectos a analizar respecto a la estructura procedimental del nuevo proceso de Cumplimiento. El primero aplicable a todos los procesos de tutela de derechos, es que se ha implementado un proceso constitucional con audiencia. Y los procesos con audiencia tienen un especial impacto en el aspecto logístico y de recursos humanos en el Poder Judicial.

Durante la pandemia, el principal problema que se ha tenido, por lo menos en la Corte Superior de Justicia del Santa es la programación de audiencias, que viene amalgamada con la implementación de la oralidad del proceso civil. Esto ha conseguido que los jueces civiles programen audiencia en las mañanas y en

las tardes. La ingente cantidad de procesos constitucionales⁴ hace que la agenda se recargue de estos, alcanzando a fijar fecha de audiencia incluso dentro de los dos meses siguientes a la calificación de la demanda. Esto no es una manifestación de un proceso de tutela urgente, como los constitucionales.

El segundo aspecto se refiere a que, solo contando los plazos formales, el nuevo proceso de Cumplimiento es más extenso que el derogado. Esto preocupa sobremanera dado que el derecho que se tutela no es uno cuyo análisis deba justificar el transcurso de más tiempo de lo razonable. En el presente trabajo se ha identificado que el problema radica en que el proceso de Cumplimiento siempre se ha regulado por remisión a las disposiciones del proceso de Amparo, donde los derechos objeto de tutela sí ameritan un análisis más detenido.

Los dos aspectos analizados no hacen más que demostrar que, en la actualidad, el proceso constitucional de Cumplimiento tiene una duración y estructura procedimental más compleja que no necesariamente contribuyen con una justicia más expeditiva propia de un proceso constitucional. El proceso de Cumplimiento, como se verá más adelante, era aquel que brindaba tutela urgente a la omisión formal y material de la Administración; sin embargo, con la nueva regulación, el proceso ordinario (contencioso-administrativo urgente) ha terminado ser más célere que el proceso constitucional. Algo paradójico, pero cierto.

6. ¿SON IDÉNTICOS EL PROCESO ORDINARIO URGENTE Y EL PROCESO CONSTITUCIONAL DE CUMPLIMIENTO?

Llegados a este punto, puede concluirse que el proceso contencioso-administrativo urgente y el proceso constitucional de Cumplimiento atienden la misma pretensión: la ejecución de una ley o un acto administrativo al que la Administración se mantiene renuente a cumplir. Tal es así que, en doctrina, se ha advertido la gran similitud que presenta el proceso contencioso-administrativo urgente con el proceso de cumplimiento (Sosa 2009, p. 247). Incluso se habla de un cumplimiento ordinario, por aludir al proceso contencioso-administrativo urgente, y de un cumplimiento constitucional, por mencionar al proceso de cumplimiento *per se* (Huamán 2013, p. 129).

Con todo, desde el 15 de abril de 2002, fecha en la que entró en vigencia la Ley n.º 27584 y ya estaba regulado el proceso de Cumplimiento en la Ley n.º 26301, el ordenamiento jurídico peruano cuenta con dos procesos judiciales con los que se puede conseguir la eficacia de la ley o de los actos administrativos. Esto fue así hasta el 4 de octubre de 2005, día hábil siguiente de la publicación de la sentencia del caso Villanueva Valverde, contenida en el Expediente n.º 168-2005-PC/TC, que estableció el precedente vinculante que diferenció al proceso

⁴ Hay una interesante estadística publicada por el profesor Eto (2021), donde se aprecia que el ingreso de los procesos de cumplimiento ha disminuido considerablemente, siendo que solo en 2021 ingresaron 47 recursos de agravio constitucional sobre proceso de cumplimiento. El año donde se registró mayor número de ingresos fue en 2005 con 1 805 recursos (p. 453). Aquí hay que hacer hincapié en que esta información estadística solo es respecto a los ingresos al Máximo intérprete de la Constitución, mas no refleja los ingresos al Poder Judicial, en primera instancia.

constitucional de cumplimiento del proceso contencioso-administrativo sumarísimo.

Aunque resulta interesante, no es objeto del presente trabajo explicar cómo se determinaba judicialmente la idoneidad de la vía, durante el periodo comprendido entre el 15 de abril de 2002 al 4 de octubre de 2005, en el que, prácticamente, el proceso constitucional de cumplimiento y el proceso contencioso-administrativo sumarísimo eran iguales. Muy probablemente había un sistema de vías alternativas, en el que indistintamente se podía recurrir o bien al proceso constitucional o bien al proceso ordinario. El problema vendría cuando se recurra a los dos procesos a la vez⁵ y la Administración de Justicia no lo advierta.

Con la creación del precedente Villanueva Valverde, en el Expediente n.º 00168-2005-PC/TC (proceso de cumplimiento), se estableció los requisitos que debe cumplir el mandato (legal o administrativo) para que sea ejecutable en el proceso constitucional. El mandato, según la regla vinculante, tiene que ser vigente, cierto, claro, no sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares, de ineludible y obligatorio cumplimiento e incondicional. Por tanto; si el mandato no cumple con los requisitos exigidos en el precedente constitucional, su ejecución deberá exigirse en la vía ordinaria (proceso contencioso-administrativo sumarísimo, hoy llamado proceso urgente), por ser esta la vía idónea. Se pasó de un sistema alternativo a uno residual.

En las siguientes figuras se muestra cuán similar es la estructura procedimental del proceso contencioso-administrativo urgente con el proceso de cumplimiento. Se empezará con la comparación entre la estructura del proceso de cumplimiento en el Código derogado con el Código vigente (Figura 2). Esto servirá para comprender en paralelo la estructura del nuevo proceso de

⁵ Este no sería el único problema derivado de un conflicto entre procesos. Es interesante el problema advertido por el profesor Landa (1999) entre el proceso de amparo en el que se pretende la inaplicación de una norma legal y el proceso de cumplimiento, al ser procesos con pretensiones directamente opuestas. El ejemplo es claro. Hubo una intervención en la Universidad San Martín de Porres de Lima, mediante Ley n.º 26251, que vulneraba la autonomía universitaria. La universidad planteó un amparo para que se inaplique la ley. La Comisión Interventora bien pudo haber presentado una acción de cumplimiento para ejecutar la ley; sin embargo no lo hizo. De haberlo hecho, el expresidente del Tribunal Constitucional sugiere que debe ser este órgano el que ordene la situación cuando tome conocimiento de ambas causas integrando los expedientes.

cumplimiento con la estructura del proceso contencioso-administrativo urgente, que se ha tornado más expeditivo que el proceso constitucional (Figura 3).

Figura 2: ESTRUCTURA PROCEDIMENTAL (antiguo y nuevo CPC)

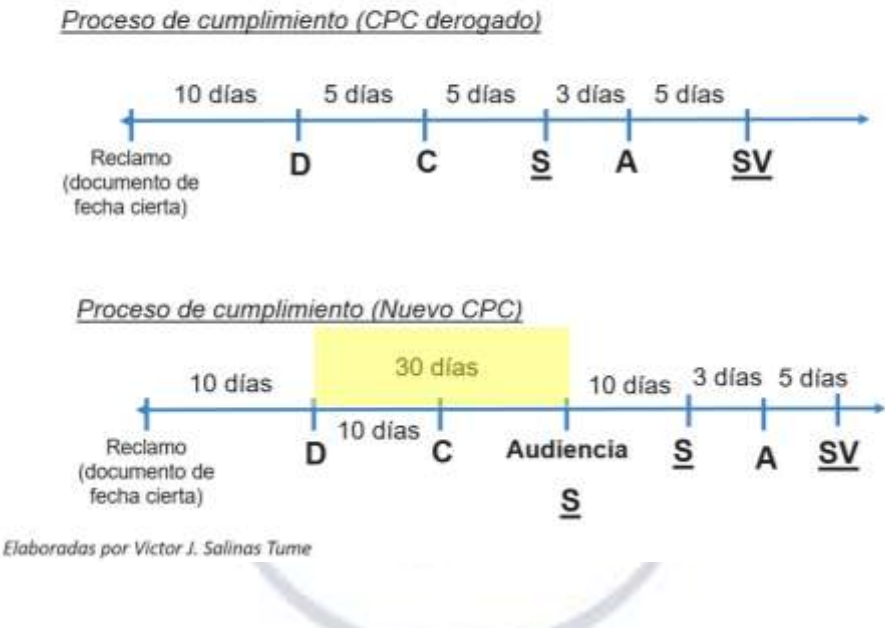
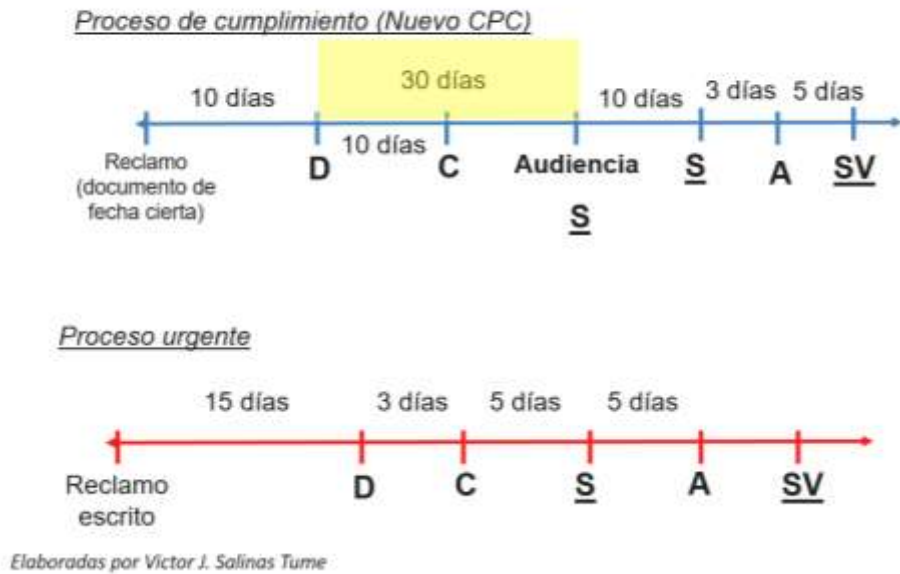


Figura 3: ESTRUCTURA PROCEDIMENTAL (cumplimiento vs. urgente)



7. PRECEDENTE VINCULANTE VILLANUEVA VALVERDE

Es necesario ocuparse del caso del señor Maximiliano Villanueva Valverde y reflexionar acerca de su expedición y la regla jurídica que con él creó el Máximo Intérprete de la Constitución. Así pues, el 29 de septiembre de 2005, el Tribunal Constitucional en sesión de pleno jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Alva Orlandini (presidente), Bardelli Lartirigoyen (vicepresidente), Gonzáles Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo emitieron la sentencia contenida en el Expediente n.º 0168-2005-PC/TC, mediante la que se resolvía el (otrora) recurso extraordinario, interpuesto por don Maximiliano Villanueva Valverde, contra la sentencia de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa que, revocando la sentencia de primera instancia, declaró improcedente la demanda de cumplimiento.

La pretensión del caso fue que se ordenara a la Oficina de Normalización Previsional que cumpla con lo dispuesto en la Ley n.º 23908 (ley que fija el monto mínimo de las pensiones de invalidez, jubilación, viudez y de las de orfandad y de ascendientes), en el sentido de que se reajuste la pensión de jubilación del demandante. El Tribunal Constitucional rechazó la demanda de cumplimiento porque al demandante no le correspondía el derecho de nivelación por haber ocurrido su jubilación el 1 de diciembre de 1994; esto es, con posterioridad al 18 de diciembre de 1992 (fecha en que entró en vigencia el Decreto Ley n.º 25967). Es decir, la ley que invocaba el demandante, a la fecha de su jubilación, no se encontraba vigente; toda vez que el demandante se jubiló durante la vigencia del Decreto Ley n.º 25967 y no de la Ley n.º 23908.

El Tribunal Constitucional fijó, en el fundamento 14 de la sentencia del caso, el precedente en los siguientes términos:

Para que el cumplimiento de la norma legal, la ejecución del acto administrativo y la orden de emisión de una resolución sean exigibles a través del proceso de cumplimiento, además de la renuencia del funcionario o autoridad pública, el mandato contenido en aquellos deberá contar con los siguientes requisitos mínimos comunes:

- a) Ser un mandato vigente.
- b) Ser un mandato cierto y claro, es decir, debe inferirse indubitadamente de la norma legal o del acto administrativo.
- c) No estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares.
- d) Ser de ineludible y obligatorio cumplimiento.
- e) Ser incondicional.

Excepcionalmente, podrá tratarse de un mandato condicional, siempre y cuando su satisfacción no sea compleja y no requiera de actuación probatoria.

Adicionalmente, para el caso del cumplimiento de los actos administrativos, además de los requisitos mínimos comunes mencionados, en tales actos se deberá:

- f) Reconocer un derecho incuestionable del reclamante.
- g) Permitir individualizar al beneficiario.

Siendo este el precedente y el caso el antes descrito, se concluye que la creación judicial se justificó en que el mandato de la Ley n.º 23908 no era vigente; por lo que el Tribunal Constitucional desestimó la demanda porque el *mandamus* no cumplía con ese requisito necesario de procedencia. Sin embargo, las causas que llegaron al Tribunal Constitucional después del caso que motivó al precedente fueron desestimados de igual manera, pero bajo el argumento de ser una controversia compleja (Cfr. fundamento 3 de las sentencias recaídas en los Expedientes n.ºs 1722-2005-PC/TC, 581-2005-PC/TC, 7299-2005-PC/TC y 7257-2005-PC/TC).

Incluso el sentido del fallo (infundado) es asunto debatible. Comprendemos que se declaró así porque, conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional vigente en ese tiempo, es un precedente vinculante toda sentencia del Tribunal que adquiere la autoridad de cosa juzgada y que señala expresamente la regla vinculante. Y para que la causa adquiera la calidad de cosa juzgada debe concluir en la estimación (fundada) o desestimación (infundada) de la demanda.

Por tanto, el precedente en comento, contrariándose a sí mismo, concluye el caso con la declaratoria de infundabilidad, cuando correspondía la declaratoria de improcedencia: se ignora que el propio precedente prescribe que si el *mandamus* no cumple con los requisitos ahí señalados (como el de no ser mandato vigente, como en el caso), la demanda de cumplimiento debe ser declarada improcedente, a fin de que el demandante acuda al proceso contencioso-administrativo urgente, que resulta ser la vía idónea.

Es decir, en el caso la demanda debió ser declarada improcedente en virtud al contenido del propio precedente, sin embargo se declaró infundado a fin de que el pronunciamiento constituya cosa juzgada y pueda expedirse un precedente conforme a derecho. Este error en el sentido del fallo del caso Villanueva Valverde, no obstante, no tuvo relevancia porque, aunque hubiera acudido al proceso contencioso-administrativo urgente, no hubiera obtenido tutela al derecho de invocaba porque, en efecto, la norma en la que justificaba su pensión ya no estaba vigente.

Ahora, además de la razón jurídica que motivó la expedición del precedente Villanueva Valverde, Castillo (2005) aduce una razón de política jurisdiccional. Así, sostiene que «el Tribunal se encontró ante la tesitura de enfrentar un número especialmente alto de demandas de cumplimiento (...) [al Tribunal Constitucional] no le es armonizable un número alto de demandas sobre un mismo asunto y el carácter extraordinario de los procesos constitucionales.» (p. 132).

En ese mismo sentido, Morales (2017) ha explicado que el precedente Villanueva Valverde fue dictado con el propósito de restringir las condiciones de procedibilidad del proceso de cumplimiento, propósito este que si bien pudo tener una buena intensión no ha dejado de ser criticado por la doctrina, la que ha sostenido que prácticamente ha terminado por “vaciar de contenido” al proceso de cumplimiento y que debe modificarse (Morales, 2017, p. 103).

Con ello, no cabe duda de que el precedente Villanueva Valverde fue creado para su aplicación en los procesos de cumplimiento y no para los procesos urgentes del contencioso-administrativo, habida cuenta de que en la motivación del Máximo Intérprete de la Constitución se da cuenta de que, en la medida en que el caso no se encuadre al precedente, deberá acudir a la vía idónea, esta sería, el proceso del contencioso-administrativo en su vía urgente.

Como aspecto que es *obiter dictum* del precedente Villanueva Valverde se tiene el reconocimiento como derecho no escrito del derecho constitucional a asegurar y exigir la eficacia de las normas legales y de los actos administrativos. Esto no es baladí. Desde la expedición del precedente constituye la principal justificación de que el proceso de Cumplimiento es un verdadero proceso constitucional, dado que tiene un derecho constitucional objeto de protección de rango constitucional.

Ahora bien, no puede desconocerse la situación más reciente del proceso de cumplimiento, a consecuencia de la vigencia del Nuevo Código Procesal Constitucional, el 24 de julio de 2021, que en buena cuenta recoge gran parte de la regulación del Código Procesal Constitucional derogado, salvo por su artículo 66, referido a la procedencia de la demanda de cumplimiento. Hay que recordar que la procedencia del proceso de Cumplimiento, antes de la vigencia del nuevo código estaba dispuesta por el precedente Villanueva Valverde.

En el dispositivo legal precitado se regulan cuatro situaciones relevantes para el proceso constitucional de cumplimiento. La primera, que la demanda no podrá declararse improcedente cuando el mandato sea genérico o no sea claro. En esta situación, el juez debería interpretar el mandato sistemáticamente o conforme a los principios generales del Derecho Administrativo, la jurisprudencia administrativa o los criterios del Tribunal Constitucional.

La segunda, que la demanda no podrá declararse improcedente cuando se advierta que el mandato esté sujeto a controversia compleja o a interpretaciones dispares. En esta situación se dispone que el juez esclarezca la controversia aplicando una *mínima actividad interpretativa* y criterios de espacialidad, cronológicos y jerárquicos. Además, se le autoriza al juez a *aplicar una mínima actividad probatoria*. Todo esto sin alterar la naturaleza de un proceso constitucional.

La tercera, que la demanda no podrá declararse improcedente cuando falte determinar la obligatoriedad o incuestionabilidad del mandato. En esta situación, el juez debe admitir a trámite la demanda y así entrar al fondo del asunto para esclarecer la controversia. Finalmente, la cuarta situación descrita en la norma

es que aun cuando el mandato imperativo sea contrario a ley o a la Constitución, el juez debe desestimar la demanda en pronunciamiento sobre el mérito.

Las cuatro situaciones tienen como común denominador la proscripción de la improcedencia liminar de la demanda, que en buena cuenta es el principal aporte que trae el Nuevo Código Procesal Constitucional. Desde su vigencia, independientemente de lo absurdo que pueda ser una pretensión procesal, toda demanda debe admitirse a trámite y no rechazarse por un asunto formal, dado que estamos frente a un proceso constitucional, en el que prima la atención al derecho fundamental o constitucional supuestamente vulnerado, más allá de las cuestiones formales. Por eso, el legislador se ha encargado de ser claro en que, de haber alguna desestimación, esta deba ser al momento de emitirse la sentencia, mas no a través de un auto, y menos interlocutorio.

La otra innovación prevista en el Nuevo Código Procesal Constitucional, y que resulta ser de interés para el presente trabajo, es que, en la práctica, se está dejando sin efecto una gran parte de la regla vinculante del precedente Villanueva Valverde, que establecía requisitos mínimos del mandato para que en el proceso de cumplimiento se emita una decisión de fondo. La nueva regulación no establece salvedades cuando el *mandamus* no sea vigente o cuando esté condicionado, situación en la que, entonces, deberá declararse improcedente la demanda, pero no liminarmente.

La regulación prevista en el Nuevo Código Procesal Constitucional no resta interés ni actualidad al presente trabajo de investigación, que se inició antes de su vigencia; por el contrario, agrava más la situación frente a la necesidad de diferenciar el proceso constitucional de cumplimiento del proceso ordinario contencioso-administrativo urgente. Si antes de la nueva regulación preocupaba que el juez no advirtiera la distinción y esto conllevara a una afectación jurídica y económica de las partes del proceso; con la nueva regulación la situación es peor porque ahora, por mandato legal (ya no solo por criterio judicial), ambos procesos terminan siendo idénticos.

8. ¿SE INCURRE EN FALTA DE MOTIVACIÓN EXTERNA CUANDO SE APLICA EL PRECEDENTE VILLANUEVA VALVERDE EN LOS PROCESOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS URGENTES?

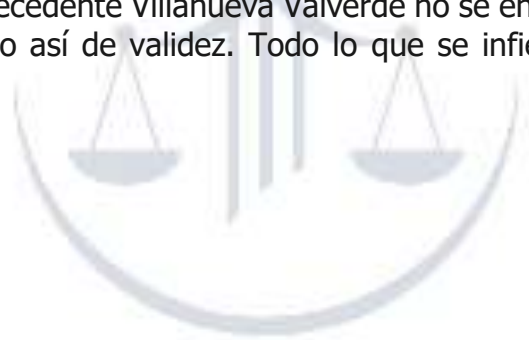
Es momento de enlazar el razonamiento hasta ahora expuesto. Por un lado, se concluyó, junto con Huapaya (s/f), que el precedente Villanueva Valverde, contenido en el Expediente n.º 168-2015-PC/TC, es de aplicación a los procesos constitucionales de Cumplimiento, donde se tutela el derecho a la eficacia de las normas legales y actos administrativos. También se mencionó que el proceso contencioso-administrativo urgente prevé como una pretensión que se puede hacer valer en su seno, la misma que del Cumplimiento.

Por consiguiente, el proceso contencioso-administrativo resulta ser la vía a la que se debe recurrir, en la medida en que el *mandamus* no cumpla con los requisitos establecidos en el precedente mencionado. No es, entonces, un mecanismo de vías alternativas sino subsidiarias. Ahora, con la norma

incorporada en la reciente modificación ("reforma") del Código Procesal Constitucional, este sistema no cambia; sino que se restringe la posibilidad de declarar la improcedencia liminar de la demanda de cumplimiento.

El precedente Villanueva Valverde es lo único que diferencia al proceso de Cumplimiento del proceso contencioso-administrativo urgente; por lo que aplicarlo indistintamente a ambos procesos vacía de contenido al precedente y propende un escenario con problemas que perjudican a las partes de cualquiera de los dos procesos.

Entonces aplicar el precedente Villanueva Valverde en un proceso como el contencioso-administrativo urgente, al momento de sentenciar, hace que este acto procesal incurra en una deficiente justificación externa de la premisa jurídica. Esto en razón a que, en el supuesto informado, la aplicación de la jurisprudencia o precedente de marras es impertinente. Entonces, la premisa jurídica conformada por el precedente Villanueva Valverde no se encuentra debidamente justificada, careciendo así de validez. Todo lo que se infiera de aquí tendrá la misma suerte.



CHASKA
AMARU

9. CONCLUSIONES

1. La pretensión consistente en ordenar a la Administración que cumpla con el mandato contenido en una norma legal o acto administrativo firme no fue tutelada, en el Perú, en un proceso ordinario, sino hasta la vigencia de la Ley n.º 27584, el 15 de abril de 2002. Antes, el proceso contencioso-administrativo solo se iniciaba para cuestionar los actos de la Administración y no sus omisiones. A nivel constitucional, aquella pretensión se tuteló desde la vigencia de la Constitución de 1993, el 31 de diciembre de 1993.
2. Con la vigencia del proceso sumarísimo del contencioso-administrativo, previsto en la Ley n.º 27584, el 15 de abril de 2001, se instauró un sistema alternativo, que se compartía con el proceso de cumplimiento, para tutelar el derecho a la eficacia de las normas legales y actos administrativos. Luego, con la expedición del precedente Villanueva Valverde, al establecerse requisitos de procedencia de la demanda de cumplimiento, se pasó a un sistema subsidiario. Por eso, el referido precedente es de aplicación exclusiva al proceso constitucional.
3. El precedente Villanueva Valverde incorporó nuevas características que debe tener el mandato para que sea procedente en el proceso de cumplimiento, y estableció como *obiter ductum* que en la medida en que tales características no se cumplan deberá acudir al proceso contencioso-administrativo urgente. Por tanto, esta regla de procedencia no debe aplicarse también en las sentencias de los procesos contenciosos porque supone una invalidez de la premisa jurídica, configurándose insuficiencia en la motivación externa, lo que vulnera el derecho a la debida motivación de las resoluciones.
4. Para evitar que se afecte el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, por deficiencia en la motivación externa y derechos conexos deberá exhortarse a los jueces de la República y de la Corte Superior de Justicia del Santa a que no apliquen el precedente Villanueva Valverde en los procesos contencioso-administrativos urgentes. Se puede concretar la medida a través de la inclusión de este tema en los plenos jurisdiccionales nacionales y distritales.

Bibliografía

- Carpio, E. (2021). La acción de Cumplimiento en el Derecho Comparado. En Sáenz, L. y Curaca, A. (coordinadores) *El Proceso de Cumplimiento en la Actualidad. Posibilidades y límites*. Lima, Perú: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 117- 143
- Castillo-Córdova, L. (2005). El proceso de cumplimiento: a propósito de un desafortunado criterio jurisprudencial del Tribunal Constitucional. *Actualidad Jurídica*, 145, 129-136.
- Curaca, A. (2021). El proceso de cumplimiento. Pasado, presente y futuro. En Sáenz, L. y Curaca, A. (coordinadores), *El Proceso de Cumplimiento en la Actualidad. Posibilidades y límites*. Lima, Perú: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 357- 410
- Cross, R. y Harris, J. (2012). *El precedente en el Derecho inglés*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Danós, J. (s/f). El proceso contencioso administrativo en el Perú. https://www.jusdem.org.pe/webhechos/N010/contencioso%20administrativo.htm#_ftnref1.
- Espinosa-Saldaña, E. (2012). Proceso Contencioso-administrativo peruano: evolución, balance y perspectivas. En *Revista de Derecho Administrativo*, 11. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 11-20.
- Eto, G. (2021). Necesaria reforma (overruling) al precedente vinculante del proceso de cumplimiento: una evaluación a dieciséis años de su vigencia. En Sáenz, L. y Curaca, A. (coordinadores), *El Proceso de Cumplimiento en la Actualidad. Posibilidades y límites*. Lima, Perú: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 411- 453
- Herrera, L. (2021). La naturaleza procesal del proceso de cumplimiento. Un análisis a través del Derecho Comparado Latinoamericano. En Sáenz, L. y Curaca, A. (coordinadores), *El Proceso de Cumplimiento en la Actualidad. Posibilidades y límites*. Lima, Perú: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 157-171
- Huamán, L. (2013). *Contencioso-administrativo urgente. Actuaciones enjuiciables y pretensiones procesales*. Lima, Perú: Grijley.
- Huapaya, R. (s/f). Las nuevas relaciones entre el proceso constitucional de cumplimiento y el proceso contencioso-administrativo: la Sentencia

recaída en el Expediente N° 0168-2005-PC/TC, caso "Maximiliano Villanueva Valverde". *Revista de Derecho Administrativo*, pp. 170- 195.

Huapaya, R. (2006). *Tratado del proceso contencioso-administrativo*. Lima, Perú: Jurista Editores

Huapaya, R. (2019). *El proceso contencioso-administrativo*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la PUCP.

Jiménez, J. (2008, septiembre). La Tutela Procesal Urgente en el nuevo Proceso Contencioso- Administrativo peruano. En *Revista Actualidad Jurídica de Gaceta Jurídica*, 178, 210-215.

Landa, C. (1999). Los procesos constitucionales en la Constitución peruana de 1993. *Ius et Veritas*, 18, 8-36. Recuperado el 25 de noviembre de 2021, de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15818>

Mac Rae, E. (2012). La oralidad en el proceso contencioso-administrativo en el Perú. *Ius et Praxis*, n.º 43, 2012, pp. 49-72. Recuperado el 23 de agosto de 2021, de https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Ius_et_Praxis/article/view/326

Proto, A. (2014). *La tutela jurisdiccional*. Lima, Perú: Palestra.

Roel, L. (2021). Evolución del proceso de cumplimiento en la jurisprudencia peruana. Sáenz, L. y Curaca, A. (coordinadores) *El Proceso de Cumplimiento en la Actualidad. Posibilidades y límites*. Lima, Perú: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 261-289

Sar, O. (2012). Algunas notas sobre el proceso de cumplimiento. En Avendaño, J. y García, V. (directores). *Gaceta Constitucional*. T. 56, agosto 2012, pp. 17-22

Sosa, J. (2009). El proceso de cumplimiento. En Castillo, L. (coordinador) *Estudios y jurisprudencia del Código Procesal Constitucional: análisis de los procesos constitucionales y jurisprudencia artículo por artículo*. Gaceta Jurídica, 247-300.

Sosa, J. (2021). Las malas nuevas en el proceso de cumplimiento. *Gaceta Constitucional*, septiembre de 2021, n.º 165, pp. 194-206. Recuperado el 21 de enero de 2021, https://www.academia.edu/61142977/Las_malas_nuevas_en_el_proceso_de_cumplimiento

Sumaria, O. (2012). El Proceso "Urgente" Contencioso-Administrativo: análisis, presupuestos y proyecciones. *Revista de Derecho Administrativo*, 11, pp. 121- 141.

Límites del control parlamentario frente a las decisiones de la jurisdicción constitucional:

Reflexiones a propósito de la acusación constitucional contra magistrados del Tribunal Constitucional por el caso El Frontón

Erika García Cobián Castro¹

El presente artículo² tiene por objetivo plantear algunos criterios a considerar al realizar el análisis de las intervenciones del Congreso de la República –canalizadas a través de procedimientos de control cuasi-jurisdiccional– respecto de la actuación de los jueces o juezas de altas cortes constitucionales, en orden a preservar principios del Estado constitucional tales como la independencia de la función jurisdiccional, el control constitucional, la separación de poderes y los derechos fundamentales.

Esta reflexión toma como caso de análisis la denuncia constitucional, ante el Congreso de la República, contra cuatro magistrados del Tribunal Constitucional (TC), que fue presentada por 11 miembros de la Marina de Guerra imputados como responsables de crímenes de lesa humanidad³ en el proceso que se inició ante el

¹ Erika García Cobián es docente ordinaria del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, integrante del área de Derecho Constitucional y del Grupo de Investigación en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales de la misma universidad.

² Este artículo ha sido publicado anteriormente como GARCIA COBIAN, E. (2019). Límites del control parlamentario frente a las decisiones de la jurisdicción constitucional: reflexiones a propósito de la acusación constitucional contra magistrados del Tribunal Constitucional por el caso El Frontón. En *Libro Homenaje del área de Derecho Constitucional por los 100 años de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. (pp. 15-34) LIMA: CICAJ PUCP.

³ El 25 de abril de 2017, los señores Juan Alberto Agreda Huamán, José Santiago Bryson de la Barrera, Julio César Casusol Martínez, Jorge Enrique Curzo Ramírez, Toribio Dioses Lupu, Américo Manuel Martínez Cárdenas, Wilbert William Puerta Calderón, Edgar Félix Rojas Poma, Nicolás David Romero Saldaña, Cilas Timoteo Sanabria Payano e Hipólito Fermín Silva Torres presentaron denuncia constitucional contra los magistrados del Tribunal Constitucional Manuel Jesús Miranda Canales, Marianella Leonor Ledesma Narváez, Carlos Ramos Núñez y Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, por infracción constitucional –específicamente por supuesta vulneración de los incisos 2, 3 y 13 del artículo 139 de la Constitución política del Perú–; y por la supuesta comisión del delito de función de prevaricato, previsto en el artículo 418 del Código Penal. (Congreso de la República, 2018)

Cuarto Juzgado Penal Supraprovincial (Expediente 0007-00213-0-1801-JR-PE-04) por los hechos ocurridos en el establecimiento penal San Juan Bautista (más conocido como “El Frontón”) el 19 de junio de 1986.

El proceso de acusación constitucional llegó hasta la Sub-Comisión de Acusaciones Constitucionales con informe final aprobado, en el que se recomendaba acusar ante el Pleno del Congreso a los magistrados Eloy Espinosa-Saldaña y Carlos Ramos, así como a la magistrada Marianella Ledesma, por infracción constitucional contra los artículos 38 y 139 –incisos 2, 3 y 13– de la *Constitución Política del Perú* (1993)⁴. Dicho informe recomendaba la destitución e inhabilitación por 10 años del magistrado Espinosa Saldaña, y la suspensión durante 30 días de Ramos y Ledesma. Además, sugería archivar la denuncia contra el magistrado Manuel Miranda. Asimismo, se proponía en el mismo documento acusar por presunto delito de prevaricato al magistrado Eloy Espinosa Saldaña (Congreso de la República, 2017; Ministerio de Justicia, 2018).

Dada la relación del caso con el cumplimiento de la sentencia expedida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) el 16 de agosto de 2000, por la violación del derecho a la vida de Nolberto Durand Ugarte y Gabriel Pablo Ugarte Rivera (privados de libertad en el establecimiento penal de la isla El Frontón en junio de 1986), dicha Corte (mediante resoluciones del 8 de febrero de 2018 y del 30 de mayo de 2018) dispuso que el Estado peruano archivara el procedimiento de acusación constitucional seguido ante el Congreso de la República contra los magistrados Manuel Miranda, Marianella Ledesma, Carlos Ramos y Eloy Espinosa-Saldaña, “para garantizar el derecho de las víctimas del caso Durand y Ugarte a obtener un acceso a la justicia sin interferencias en la independencia judicial” (Corte IDH, 2018a, 2018b).

Frente al caso descrito surgen una serie de preguntas de relevancia constitucional. En primer lugar, ¿por qué la acusación constitucional contra los

⁴ “Artículo 38.- Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación. . . .

Artículo 139°.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: . . .

2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno.

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

13. La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada.” (Congreso Constituyente Democrático, 1993)

referidos magistrados amenaza los principios de independencia jurisdiccional, la separación de poderes, el control constitucional y, en definitiva, el Estado constitucional? Al respecto, ¿debería encontrarse proscrita de forma absoluta toda acusación constitucional, en sus formas de juicio político o antejuicio político contra magistrados de Tribunales Constitucionales, o pueden determinarse supuestos que justifiquen el control parlamentario frente a la actuación de jueces de Cortes constitucionales y, de ser el caso, bajo qué criterios?

El presente caso y las preguntas planteadas permiten actualizar un tema que se ha mantenido presente en la historia del constitucionalismo, a saber, la responsabilidad política de los jueces y, específicamente, la responsabilidad política por el contenido de sus sentencias (Capeletti, 2009, pp. 63-75; Santiago, 2016). Por ejemplo, una reflexión similar se suscitó a raíz del *impeachment* realizado contra el juez Samuel Chase, magistrado de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, iniciado en 1803, considerado como parte de una estrategia política del expresidente norteamericano, Thomas Jefferson, para remover a quien era un enemigo político suyo del Poder Judicial (Isenberg, 2007, como se citó en García-Mansilla, 2016).

La defensa de Chase ante el Senado cuestionó el juicio político bajo el argumento de que la remoción de un juez por el contenido de sus sentencias convertiría al Senado en una corte de apelaciones, y que las sentencias dejadas sin efecto por un tribunal superior en instancia de apelación darían lugar, absurdamente, a justificar la condena y remoción por mal desempeño de los jueces que dictaron dichas sentencias. Asimismo, se planteó que el principio de independencia judicial debería rechazar la acusación, por favorecer un poder ilimitado para perseguir y remover a los jueces federales. La votación del Senado en contra de la condena de Chase tuvo un importante impacto en el sistema constitucional norteamericano, pues aseguró la independencia de los jueces federales y supremos frente al control parlamentario de sus sentencias, lo cual impide que el *impeachment* o juicio político sea utilizado como un mecanismo para remover a los jueces de la Corte Suprema debido al contenido de sus sentencias (García-Mansilla, 2016).

Actualmente, la responsabilidad política del juez cobra especial relevancia en el debate sobre la jurisdicción, debido al fortalecimiento del papel del juez en asuntos de alta densidad política, así como por su actuación frente a desviaciones de poder que muchas veces implican conexiones criminales y de corrupción (Ibáñez, 2015, p. 369).

En las siguientes líneas se alcanzan algunos elementos de análisis que pueden contribuir a responder las interrogantes antes planteadas, a propósito del caso de la acusación constitucional contra tres magistrados del TC iniciada en 2017 por la

subsanción de la sentencia recaída en el expediente 01969-2011-PHC/TC del caso El Frontón, del 14 de junio de 2013.

1. La Acusación Constitucional Tramitada por el Congreso de la República se Dirige contra Actos que Corresponden al Ejercicio de la Competencia y Atribuciones del TC

Los magistrados fueron denunciados constitucionalmente por la subsanción de la sentencia expedida por el TC en el proceso signado con número de expediente 01969-2011-PHC/TC (caso El Frontón), subsanción que se realizó invocando un error de conteo de votos relativo a uno de los extremos del fallo.

Al respecto, el TC advirtió que existía una incongruencia, una contradicción entre el extremo 1 del fallo de la sentencia suscrita por el magistrado Vergara Gotelli y el fundamento de su voto en el contenido de la sentencia.

El fallo, en dicho extremo, declaraba lo siguiente:

FUNDADA en parte la demanda de habeas corpus; en consecuencia, NULO el auto de apertura de instrucción emitido por el juez del Cuarto Juzgado Penal Supraprovincial con fecha 9 de enero de 2009 (Exp. 2007-00213-0-1801-JR-PE-04), en el extremo que declara que los hechos materia del proceso penal constituyen crímenes de lesa humanidad, manteniéndose subsistentes los demás extremos de la imputación. (TC, 2013, fallo)

Sin embargo, en su fundamento 27 de voto, el magistrado Vergara Gotelli afirmaba que resultaba innecesario un pronunciamiento constitucional respecto de si los hechos que eran materia del proceso penal contra los favorecidos por el habeas corpus constituían o no crímenes de lesa humanidad, debido a que dicho asunto no era materia de la demanda ni de controversia, “ya que el hábeas corpus no es la vía que permita apreciar los hechos criminosos a fin de subsumirlos o no en determinado tipo penal, pues dicha tarea incumbe al juzgador penal ordinario” (TC, 2013, fundamento 27 de voto del magistrado Vergara Gotelli).

Frente a dicha contradicción, el 16 de setiembre de 2013 el procurador especializado supranacional solicitó al TC que procediera a la subsanción de oficio “de los errores materiales relacionados con los votos necesarios requeridos para que pueda emitirse un pronunciamiento del Tribunal Constitucional” (Procurador público supranacional, 2013).

En su resolución de subsanación del 5 de abril de 2016⁵, el TC estableció que se debía tener por no incorporados en la sentencia del 14 de junio de 2013 el fundamento 68⁶ y el punto 1 de la parte resolutive, es decir, el extremo relativo a que los hechos no podían ser calificados como delitos de lesa humanidad. Por lo tanto, no debía declararse nulo el auto de apertura de instrucción del juez penal en la parte que declaraba los hechos como crímenes de lesa humanidad, sino que correspondía mantener dicha calificación.

La subsanación de las sentencias es una atribución de los magistrados del TC, contemplada en el Código Procesal Constitucional, ejercida, en el caso bajo análisis, dentro del marco competencial que la Constitución y las leyes definen para el organismo supremo de control de la constitucionalidad. Dicha disposición establece lo siguiente:

Contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe impugnación alguna. En el plazo de dos días a contar desde su notificación o publicación tratándose de las resoluciones recaídas en los procesos de inconstitucionalidad, el Tribunal, de oficio o a instancia de parte, puede aclarar algún concepto **o subsanar cualquier error material** [énfasis añadido] u omisión en que hubiese incurrido. (art. 121)

El TC aplicó el artículo 121 del Código Procesal Constitucional, específicamente la parte relativa al ámbito material del mismo. Al respecto, motivó razonablemente su decisión sobre la base de premisas fácticas y normativas correspondientes al caso en cuestión, sin caer en ninguno de los supuestos de violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, como son la inexistencia de motivación o la motivación aparente, la corrección lógica, la incoherencia narrativa, la invalidez fáctica o jurídica de las premisas, la motivación insuficiente o la motivación sustancialmente incongruente (TC, 2006, fundamento jurídico 4; TC, 2008, fundamento jurídico 7).

Consideramos que el supremo intérprete identificó como premisa fáctica el desacuerdo expreso del magistrado Vergara Gotelli con lo incorporado en el fundamento 68 y el punto 1 de la parte resolutoria de la sentencia (que “declaraba la nulidad del auto de apertura de instrucción por calificar los hechos materia del proceso penal como constitutivos de un crimen de lesa humanidad” (TC, 14 de junio

⁵ Entre la recepción de los pedidos de subsanación de oficio y la resolución de atención del pedido, se produjo un cambio de integrantes en el TC. Los nuevos integrantes encontraron el pedido de subsanación sin atender y reactivaron el trámite a pesar del tiempo transcurrido (Corte IDH, 2018).

⁶ “68. En consecuencia, si bien los hechos materia del proceso penal debe ser investigados en virtud del cumplimiento de lo ordenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, éstos no pueden ser calificados como crimen de lesa humanidad, y en consecuencia terminado el proceso penal opera la prescripción, sin posibilidad de nuevos procesamientos.” (TC, 2013, fundamento jurídico 68)

de 2013, fundamento jurídico 68; punto 1 del fallo); desacuerdo que se podía deducir de la posición de Vergara expresada en el fundamento 27 de su voto.

El TC (2016) infirió que "lo contenido en el fundamento 68 y en el extremo 1 de la parte resolutive de la sentencia, . . . carecía de la cantidad suficiente de votos para conformar una decisión válida" (fundamentos jurídicos 10 y 11), de acuerdo a lo estipulado por el artículo 10 del *Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional*, que indica que "el Pleno del Tribunal resuelve y adopta acuerdos por mayoría simple de votos emitidos" (TC, 2004, art. 10).

Así, subsumiendo el supuesto bajo análisis como un error material relativo al conteo de los votos, que se deriva directamente del texto de la sentencia subsanada, sin que suponga un juicio valorativo o interpretativo nuevo, ni apreciaciones probatorias adicionales, el TC aplicó el artículo 121 del *Código Procesal Constitucional* y procedió a subsanar la sentencia del TC de fecha 14 de junio de 2013. Por ende, se determinó como no incorporados en la resolución el fundamento 68 y el punto 1 del fallo. Al respecto, Brewer Carías (2017) opina que el TC cumplió en ese caso funciones propias de la judicatura, conforme se lo autoriza el Código Procesal Constitucional, al subsanar un error material en el cual estimó se había incurrido.

Resulta pertinente considerar que la resolución de subsanación no hizo referencia en su motivación al límite temporal contemplado en el artículo 121 del Código Procesal Constitucional, es decir, al plazo de dos días contados a partir de la publicación o notificación que establece la norma para realizar una subsanación. Sin embargo, el TC, mediante resolución que resolvió la solicitud de nulidad de la subsanación (2017, fundamento jurídico 3), sí se pronunció sobre la oportunidad del pedido de subsanación.

Desde una perspectiva crítica de las resoluciones jurisdiccionales, podría considerarse, sobre esto último –el tiempo transcurrido desde la notificación de la sentencia subsanada (entre el 6 y el 16 de setiembre de 2013) hasta la expedición del auto de subsanación (5 de abril de 2016) –, que no se motivó de forma exhaustiva o siquiera suficiente su correspondencia con el límite temporal contemplado en el artículo 121 del Código Procesal Constitucional. Dicha omisión podría considerarse un aspecto cuestionable del auto de subsanación, dado que el plazo señalado tiene como fundamento la garantía de la cosa juzgada y la seguridad jurídica. No obstante, esta omisión o insuficiencia no constituye prima facie un supuesto de arbitrariedad jurisdiccional. Tal como lo ha establecido el TC, "no todo ni cualquier error en el que eventualmente incide una resolución judicial constituye automáticamente la violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales" (2008, fundamentos jurídicos

7 y 9). La arbitrariedad jurisdiccional se configura cuando la motivación carece de fundamentación objetiva; es decir, cuando es incongruente y contradictoria con la realidad que ha de servir de base a la decisión, o está desprendida de o ajena a toda razón de explicarlo.

Por lo tanto, una eventual insuficiencia de la motivación relativa a la aplicación del límite temporal del artículo 121 del Código Procesal Constitucional no invalida ni elimina la motivación referida al ámbito material de la norma que la resolución de subsanación contiene para justificar la aplicación del artículo 121 al supuesto de hecho. No la convierte, prima facie, en una motivación arbitraria, y menos aún constituye un supuesto inequívoco de responsabilidad política procesable y sancionable por el Congreso de la República, tal como se desarrollará más ampliamente en las siguientes secciones.

Esta afirmación cobra especial relevancia si se tiene en cuenta que el caso de fondo sobre el cual se ha generado la controversia es parte de los procesos jurisdiccionales vinculados a la matanza ocurrida en el Penal San Juan Bautista, El Frontón, en 1986, respecto de la cual pesa una sentencia de la Corte IDH (16 de agosto de 2000). Dicha sentencia determinó la responsabilidad del Estado peruano respecto de la violación de los derechos a la vida, la libertad personal, y la garantía y protección judicial, y estableció la obligación del mismo de investigar los hechos, así como de juzgar y sancionar a los respectivos responsables. La subsanación de la sentencia impactó favorablemente en el acceso a la justicia de las víctimas de la matanza de El Frontón, al garantizar la intangibilidad de la decisión del juez penal de calificar el caso como delito de lesa humanidad e impedir, con ello, que opere la prescripción antes de la determinación de las responsabilidades y sanciones respectivas.

2. La Acusación Constitucional en el Presente Caso, Atenta contra el Principio de Independencia Judicial a la luz de los Parámetros Establecidos por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

La Corte IDH ha generado una línea jurisprudencial en relación a los límites del control parlamentario en los juicios políticos sobre jueces en general, y sobre jueces constitucionales en particular, que define ciertos estándares que los Estados deben considerar para garantizar el principio de independencia judicial (Gattinoni de Mujía, 2016).

Un primer criterio establecido sobre el particular es que resulta una obligación de los Estados garantizar la independencia de cualquier juez en un Estado de

derecho; en especial, la de los jueces y juezas constitucionales, en razón de la naturaleza de los asuntos sometidos a su conocimiento (Corte IDH, 31 de enero 2001, párr. 75; Corte IDH, 8 de febrero de 2018, párr. 36). En ese sentido, si bien se aceptó que el juicio político sea una forma válida de control del Parlamento sobre altos funcionarios en el Estado, ello no implica la subordinación de los mismos –en este caso concreto, del TC– respecto del Congreso (Corte IDH, 2001, párr. 63).

Asimismo, en la sentencia correspondiente al caso Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador, la Corte IDH prescribió que la inamovilidad de los jueces en el cargo constituía una manifestación de la dimensión objetiva o institucional de la independencia judicial, para lo cual acogió el criterio del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas⁷, de los Principios Básicos de las Naciones Unidas sobre Independencia de la Judicatura⁸ y de las “Recomendaciones del Consejo de Europa sobre la Independencia, Eficiencia y Función de los Jueces”⁹, que establece que los jueces solo pueden ser removidos por faltas de disciplina graves o incompetencia, y ello acorde a procedimientos justos que aseguren la objetividad e imparcialidad según la Constitución o la ley (2013, párr. 189-192). En ese sentido, incorporó el criterio de que las decisiones de los jueces no deben estar sometidas a revisión salvo en los procesos de apelación, según lo dispone la ley, frente al incumplimiento de sus responsabilidades funcionales o a faltas disciplinarias.

Respecto de la aplicación de tales estándares al caso concreto Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador, la Corte IDH determinó lo siguiente:

En el derecho interno aplicable al momento de los hechos, el objeto de un juicio político llevado a cabo por el Congreso Nacional no podía ser la destitución de un vocal derivada de la revisión de constitucionalidad o legalidad de las sentencias adoptadas por el Tribunal Constitucional. Lo anterior debido a la separación de poderes y la competencia exclusiva del Tribunal Constitucional de revisar la constitucionalidad formal y/o material de las leyes expedidas por el Congreso Nacional. (2013, párr. 204)

⁷ La CIDH se refiere al criterio establecido por el Comité de Derechos Humanos en su Observación General n°. 32, párrafo 20, sobre el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, relativo al derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia [CCPR/C/GC/32], del 23 de agosto de 2007.

⁸ La Corte IDH fundamenta su sentencia en los principios básicos de las Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán, Italia, del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en las resoluciones 40/32 del 29 de noviembre de 1985 y 40/146 del 13 de diciembre de 1985.

⁹ La referencia específica a la que la Corte IDH apela es la Recomendación n°. R (94) 12 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre la Independencia, Eficiencia y Función de los Jueces (adoptada por el Comité de Ministros el 13 de octubre de 1994, en la 58ª sesión de viceministros).

Resulta interesante señalar que para tal determinación la Corte IDH tomó en cuenta que, en el derecho interno de Ecuador, vigente durante la ocurrencia de los hechos materia de enjuiciamiento, se reconocía el principio de independencia de la función judicial en el artículo 199 de la Constitución de 1998 y en el artículo 9 de la Ley de Control Constitucional de 1997 (2013, párr. 203). Esta última disposición establecía –en el mismo sentido que la Constitución peruana de 1993¹⁰– que los vocales del TC “no ser[ía]n responsables por los votos que emit[iera]n y por las opiniones que formul[ara]n en el ejercicio de las atribuciones propias de su cargo” (Congreso Nacional del Ecuador, 1997, art. 9).

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), ocupándose de las garantías para la independencia de las y los operadores de justicia, y del fortalecimiento del acceso a la justicia en la región, advierte que el control disciplinario ejercido por los parlamentos, denominado *juicio político*, constituye un riesgo para las garantías de independencia e imparcialidad. Por tal razón, indica, los Estados que prevén dicho mecanismo en su ordenamiento jurídico deberían determinar, caso por caso, si el órgano político está revestido de garantías para ejercer un control jurídico que sea compatible con el principio de independencia judicial. Subraya, además, que los Estados deben asegurar que el control realizado no sea de naturaleza política, sino jurídica, efectuado sobre la base de causales que respeten el principio de legalidad, así como las garantías debidas (2013, párr. 202-204).

Asimismo, recuerda que el derecho internacional proscribe que el contenido de las resoluciones de los operadores de justicia, en lo referente a su juicio o criterio jurídico, constituya causal disciplinaria. Precisa también que el control de la corrección de las decisiones judiciales del juez inferior se debe ejercer a través de los recursos de apelación, casación, revisión, avocación o similares; y que la conducta, idoneidad y desempeño del juez como funcionario público se debe realizar a través del control disciplinario (CIDH, 2013, párr. 216).

La CIDH ha ido más lejos incluso, al señalar que considera conveniente eliminar progresivamente el uso del juicio político contra operadores de justicia en la región, dada la constatación histórica de los significativos riesgos que dicha figura

¹⁰ En el caso peruano, el TC tiene autonomía e independencia para cumplir con su misión constitucional, tal como se reconoce expresamente en la *Constitución Política del Perú* (1993, art. 201). Asimismo, de la lectura de los artículos 201 y 93 de la misma carta, se infiere que los magistrados del TC cuentan con la garantía de la inviolabilidad de sus votos: “no son responsables ante autoridad ni órgano jurisdiccional alguno por las opiniones y votos que emiten en el ejercicio de sus funciones”. En congruencia con dicha garantía, el artículo 14 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establece que “los Magistrados del Tribunal (g)ozan de inviolabilidad. No responden por los votos u opiniones emitidas en el ejercicio de su cargo”.

supone para la independencia judicial, especialmente cuando los operadores de justicia han ejercido control jurisdiccional en casos de violaciones a derechos humanos perpetradas por jefes de Estado, o frente a la constitucionalidad de actos de gobierno o el poder legislativo (2013, párr. 205).

En relación al caso en cuestión, en aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, su jurisprudencia y los estándares arriba señalados, la Corte IDH se pronunció mediante la resolución de 8 de febrero de 2018, en vía de medidas provisionales y seguimiento al cumplimiento de su sentencia en el caso Durand y Ugarte. Así, dispuso que el Estado peruano archivara el procedimiento de acusación constitucional seguido ante el Congreso de la República contra los magistrados Manuel Miranda, Marianella Ledesma, Carlos Ramos y Eloy Espinosa-Saldaña “para garantizar el derecho de las víctimas del caso Durand y Ugarte a obtener un acceso a la justicia sin interferencias en la independencia judicial” (punto 1 de la parte resolutive).

Al respecto, señaló lo siguiente:

Se ha avanzado indebidamente. . . en el Congreso de la República del Perú un procedimiento de acusación contra los cuatro magistrados del Tribunal Constitucional que adoptaron una decisión en el 2016 que **se limita a corroborar y fundamentar, de oficio, si hubo o no un error en el conteo de votos respecto a lo resuelto por el propio tribunal en el 2013** [énfasis añadido] al pronunciarse sobre un recurso presentado a favor de varios acusados en el referido proceso penal (supraconsiderando 21).

Reconociendo que según el derecho interno peruano “no son responsables ante autoridad ni órgano jurisdiccional alguno por las opiniones y votos que emiten en el ejercicio de sus funciones”, estableció que los miembros del TC no pueden ser objeto de acusación ante el Congreso por el contenido de las decisiones jurisdiccionales emitidas en el marco de sus funciones, con excepción de que constituyan la comisión de un delito, para cuya determinación posteriormente se requiere de un proceso judicial que establezca su responsabilidad (Corte IDH, 18 de febrero de 2018, párr. 31). Asimismo, se indicó que los juicios políticos o ceses contra jueces no pueden ser utilizados para que una mayoría parlamentaria ejerza mayor control sobre el TC o la función judicial, mediante una desviación de poder (Corte IDH, 2018, párr. 35)¹¹.

¹¹ La decisión de la CIDH expresada mediante la resolución del 18 de febrero de 2018, en vía de medidas provisionales y seguimiento al cumplimiento de su sentencia en el caso Durand y Ugarte, fue confirmada en su resolución del 30 de mayo de 2018. Esta última atiende la solicitud del Estado peruano, del 12 de abril de 2018, de reconsiderar la resolución de medidas provisionales del 8 de febrero de 2018 o, en su defecto, que se precise el límite temporal de la medida provisional que la Corte considere conveniente otorgar. Al respecto, la CIDH determinó declarar inadmisibles las solicitudes presentadas por el Estado del Perú.

3. Falta de Correspondencia entre la Denuncia del Caso y la Naturaleza de una Acusación Constitucional en el Estado Constitucional

En el siguiente acápite se fundamentará que la denuncia constitucional interpuesta contra tres magistrados y una magistrada del TC en el caso bajo análisis resulta incompatible con la naturaleza y finalidad de la figura de la acusación constitucional, y sus modalidades de juicio y antejuicio político. Asimismo, se propondrá una interpretación de la institución de la acusación constitucional para el supuesto de jueces o juezas constitucionales que optimice los principios de independencia de la función jurisdiccional, el control constitucional, la separación de poderes y los derechos fundamentales.

4. Naturaleza de una acusación constitucional

Desde sus orígenes, tanto el juicio político de raigambre británica, acogido con sus propias particularidades por la Constitución Federal de los Estados Unidos, como el antejuicio político francés, se han vinculado al procesamiento de altos funcionarios estatales por conductas que afectan gravemente al Estado a fin de que, en el ámbito correspondiente, sea determinada la responsabilidad política o jurídica de tales funcionarios y, de ser el caso, les sea retirado el poder político conferido (Eguiguren, 2008, p. 112; García Chávarri, 2008, pp. 5-8, 12-18; Paniagua, 1999, pp. 183-187).

Las diferencias entre ambas figuras residen en el objetivo específico de cada una de ellas, en la naturaleza de las conductas que cada una procesa y en el contenido de la determinación del Parlamento al respecto. El juicio político solo procede por *faltas políticas*; por infracciones a la Constitución; por actos reprobables moral o políticamente; o por delitos que afecten la dignidad, la autoridad y el decoro de la función, y, en tal sentido, establece la responsabilidad política del funcionario. El antejuicio político, en cambio, corresponde a conductas supuestamente delictivas cuyo procesamiento está destinado a dilucidar el levantamiento o no de la prerrogativa funcional del alto dignatario, a fin de que sea esclarecida y determinada su responsabilidad jurídica en los tribunales ordinarios (García Chávarri, 2008, pp. 15-16; Paniagua, 1999, pp. 183-187).

En el marco del Estado constitucional estos mecanismos de acusación constitucional –antejuicio político y juicio político– son una expresión del control represivo parlamentario (Landa, 2004) o el control parlamentario cuasi jurisdiccional, que tienen como una de sus finalidades que el Congreso de la República fiscalice el

ejercicio de las funciones de altos funcionarios del Estado cuando incurren en faltas políticas o utilizan su poder para vulnerar manifiestamente la Constitución. por ejemplo, graves atentados contra los derechos fundamentales, quebrantamiento del principio de equilibrio y separación de poderes, actuaciones antidemocráticas, o incursión en supuestos delitos en el ejercicio de sus funciones. En este último caso el Congreso de la República debe ponerlos a disposición del Poder Judicial.

En el ordenamiento constitucional peruano, estos procedimientos de acusación constitucional se encuentran contemplados en la *Constitución Política del Perú* (1993), que establecen lo siguiente:

Artículo 99.- Corresponde a la Comisión Permanente acusar ante el Congreso: al Presidente de la República; a los representantes a Congreso; a los Ministros de Estado; a los miembros del Tribunal Constitucional; a los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura; a los vocales de la Corte Suprema; a los fiscales supremos; al Defensor del Pueblo y al Contralor General **por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones** [énfasis añadido] y hasta cinco años después de que hayan cesado en éstas.

Artículo 100.- Corresponde al Congreso, sin participación de la Comisión Permanente, suspender o no al funcionario acusado o inhabilitarlo para el ejercicio de la función pública hasta por diez años, o destituirlo de su función sin perjuicio de cualquiera otra responsabilidad.

El acusado tiene derecho, en este trámite, a la defensa por sí mismo y con asistencia de abogado ante la Comisión Permanente y ante el Pleno del Congreso. En caso de resolución acusatoria de contenido penal, el Fiscal de la Nación formula denuncia ante la Corte Suprema en el plazo de cinco días. El Vocal Supremo Penal abre la instrucción correspondiente.

La sentencia absolutoria de la Corte Suprema devuelve al acusado sus derechos políticos.

Los términos de la denuncia fiscal y del auto apertorio de instrucción no pueden exceder ni reducir los términos de la acusación del Congreso. (arts. 99-100)

El TC peruano (2003, fundamentos jurídicos 3-25) expidió una sentencia interpretativa de tipo estipulativa, en la cual definió los elementos conceptuales y de identidad que corresponden a cada uno de los procesos de acusación constitucional, juicio político y antejuicio político en su ordenamiento jurídico. En dicha sentencia, el supremo intérprete señaló que los artículos 99 y 100 de la Constitución de 1993 recogen tanto el antejuicio político como el juicio político, e interpreta dichas disposiciones de acuerdo al contenido histórico y doctrinario que se ha atribuido a ambas instituciones. Respecto del antejuicio político, estableció que debía versar sobre materia estrictamente jurídica, relativa a los supuestos delitos cometidos en el ejercicio de las funciones del titular objeto de la acusación constitucional, y, en tal

medida, que el Congreso solo puede acusar y levantar la prerrogativa funcional del funcionario, pero en ningún caso sancionar. En el caso del juicio político, estableció que se trataba de un procedimiento de contenido eminentemente político, seguido en su totalidad en el Congreso de la República, al que acompañaba la potestad de sancionar al funcionario por razones estrictamente políticas.

Respecto de la identificación de las conductas que son susceptibles de ser sometidas a la acusación constitucional, la tarea más compleja corresponde al juicio político, porque a diferencia del antejuicio político la materia objeto del enjuiciamiento no se encuentra tipificada en el ordenamiento jurídico nacional (Landa, 2005, pp. 611-614). El TC ha aportado elementos orientadores para identificar las conductas susceptibles de ser procesadas a través de un juicio político, como las *faltas políticas* cometidas en el ejercicio funcional, que comprometen peligrosamente el adecuado desenvolvimiento del aparato estatal; faltas que aminoran, en grado sumo, la confianza depositada en el funcionario ligada al cargo que ostenta; o, citando a Bidart, que generan “una situación de gobierno inconveniente para el Estado” (2003, fundamentos jurídicos 19-20).

5. Acusación constitucional contra jueces constitucionales: Entre la responsabilidad en el ejercicio del poder y la independencia judicial

Si el principio de proscripción de la arbitrariedad y de racionalización del ejercicio del poder en el Estado constitucional exige al Congreso de la República verificar los elementos configuradores de la materia procesable al instaurar un procedimiento de acusación constitucional, dicha exigencia debe intensificarse en el caso de que las autoridades sometidas a tal acusación sean jueces constitucionales, especialmente si se trata de magistrados o magistradas de una Corte o Tribunal Constitucional. Lo contrario supondría exponer el contenido de las sentencias o resoluciones que tales jueces adopten en el marco de su competencia, para garantizar la supremacía de la Constitución y los derechos fundamentales, la interferencia política y la vulneración de la independencia jurisdiccional que las legitima. Equivaldría a convertir al Congreso en una instancia de apelación en los procesos constitucionales.

Al respecto, específicamente en relación a la función jurisdiccional ejercida por el Poder Judicial, Santiago (2016a) destaca que uno de los asuntos más debatidos en el ámbito de la responsabilidad judicial es si los jueces pueden ser juzgados y responsabilizados políticamente por el contenido de sus decisiones jurisdiccionales, y, de ser el caso, cuáles son los criterios que deben orientar y limitar

esta intervención. El autor hace hincapié en que la responsabilidad judicial plantea el delicado problema de encontrar un punto de equilibrio entre varios de los principios básicos que conforman la organización política de las democracias constitucionales contemporáneas: la independencia jurisdiccional, la responsabilidad política del ejercicio del poder público, y los principios de separación y control recíproco de poderes.

Asimismo, Santiago (2016b) realiza una sistematización de las posiciones a favor y en contra de la responsabilización política de jueces por el contenido de sus sentencias. Indica que, en defensa del reconocimiento de dicha responsabilidad, algunos autores han sostenido que a) el sistema republicano conlleva el principio de la responsabilidad de los funcionarios públicos por los actos de gobierno o de Estado, y, por lo tanto, las sentencias judiciales o jurisdiccionales no pueden estar excluidas del ámbito de responsabilidad política de quienes las dictan; b) la independencia judicial no implica un estatuto de indemnidad de los jueces, ni los excusa de sus abusos y excesos cuando estos son manifiestos; c) el mal desempeño en la determinación de sentencias, que es la principal actividad de los jueces y juezas, guarda estrecha relación con el contenido de sus decisiones; d) si los jueces pueden responder penalmente por el contenido de sus sentencias (p. ej., en el caso de delito de prevaricato), no hay motivo para excluir la responsabilidad política, cuyos cánones son más amplios que los de la responsabilidad penal; e) la distinción entre las cuestiones opinables en el derecho –incluso los comunes errores judiciales que no justifican un juicio político al juez por el criterio asumido–, y aquellas sentencias que constituyen absurdos o contienen el quebrantamiento del principio de imparcialidad, lo cual sí justificarían el ejercicio de control político.

En cuanto a los argumentos que pueden emplearse para rechazar la responsabilidad política de los jueces por el contenido de sus sentencias, Santiago (2016) identifica los siguientes: a) la necesidad de garantizar la independencia e imparcialidad de los jueces, interpretada como una inmunidad funcional al servicio de la independencia de los magistrados judiciales; b) la protección de la libertad de deliberación y decisión judicial; c) la garantía de la discrecionalidad que acompaña a los magistrados en el ejercicio de sus funciones cuando interpretan el derecho y deciden los casos sometidos a su jurisdicción; d) la inadmisibilidad de una casación política final de las decisiones judiciales, considerando que no corresponde a los órganos políticos formular juicios de valor sobre las cuestiones jurídicas que debaten y resuelven las sentencias; e) la adecuación y suficiencia de los mecanismos procesales ordinarios que forman parte del proceso jurisdiccional para corregir los errores judiciales. Adicionalmente, el autor recoge también la jurisprudencia de la Corte IDH, que establece que

el derecho a la tutela judicial efectiva, reconocida en el art. 8 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, tiene como contenido necesario el deber de ser juzgados por jueces independientes e imparciales que no puedan ser removidos por el contenido de sus decisiones judiciales. (Santiago, 2016, "Una *quaestio disputata*: argumentos a favor y en contra de la procedencia de la responsabilidad de los magistrados judiciales por el contenido de sus sentencias", párr. 7)

Por su parte, Santiago (2016) plantea una tesis alternativa a las dos posturas señaladas, que busca equilibrar adecuadamente los principios constitucionales de independencia judicial y responsabilidad republicana por los actos de gobierno. Así, postula que "los jueces no responden políticamente por el contenido de sus decisiones, salvo en los supuestos de desvío de poder o de error judicial reiterado o con consecuencias gravísimas" (2016, "Formulación de la tesis", párr. 1). Considera que el desvío de poder jurisdiccional se configura cuando este se utiliza para fines ilegítimos, desvinculados de los motivos que llevaron a reconocerle dicha potestad. Se caracteriza por el apartamiento del derecho e inexplicabilidad jurídica de las decisiones judiciales, muchas veces en contradicción con lo que, en iguales circunstancias, han decidido otros magistrados. En estos casos se puede advertir un fin ilegítimo buscado en provecho propio o ajeno, mala fe, malicia, apartamiento intencional y consciente del derecho aplicable y del recto ejercicio de la función jurisdiccional encomendada. Asimismo, se destaca como nota característica la pérdida de imparcialidad. Como supuestos ilustrativos, se mencionan las aventuras judiciales, actuaciones judiciales claras y manifiestamente incompetentes, inactividad procesal deliberada y llamativa, adopción de medidas cautelares infundadas, con grave lesión de derechos y garantías constitucionales, cambios de criterio injustificados, medidas claramente irrazonables e infundadas y argumentación falsa (Santiago y Fin, 2016, "Un principio que reconoce algunas excepciones").

Aun cuando la formulación de la tesis de Santiago presentada líneas arriba constituye un aporte al esfuerzo de equilibrar, ponderar y optimizar los principios de independencia jurisdiccional, control entre poderes y responsabilidad, consideramos que sus términos todavía permiten la posibilidad de interferencia política en la justicia constitucional en un medio como el sistema jurídico-político peruano, aún impregnado fuertemente por una concepción formalista del Derecho adscrita al Estado legislativo de derecho, en el que es frecuente que los principios y derechos

constitucionales se utilicen como reglas, en el que se desconocen y desvaloran los principios de razonabilidad y proporcionalidad, y en el que subsisten sectores con una fuerte cultura autoritaria. Ello conlleva el riesgo de que el Congreso pudiera acusar un esfuerzo de interpretación bajo los cánones del Estado constitucional contenidos en una sentencia, de ser una acción prevaricadora, o una de desviación de poder o infracción constitucional, atribuyéndole *apartamiento intencional y consciente del derecho aplicable y del recto ejercicio de la función jurisdiccional encomendada*, una *aventura judicial* o un grave error judicial, por ejemplo.

Por lo tanto, en el marco del ordenamiento constitucional peruano y los estándares establecidos por el sistema interamericano de derechos humanos, proponemos una interpretación complementaria a la planteada por Santiago (2016). Con ello, se busca contribuir a reducir los riesgos de arbitrariedad, de interferencia política y consecuente perjuicio sobre los derechos fundamentales en cada caso concreto, para analizar la justificación de una acusación constitucional contra jueces constitucionales. Los criterios que se aportan como parte de nuestra propuesta de interpretación resultan aplicables a la reflexión sobre el caso del juicio político y antejuicio instaurados contra tres magistrados y una magistrada del TC por la subsanación de una sentencia relativa al caso El Frontón.

Para tal efecto, se abordan las interrogantes sobre qué ámbitos de la actuación judicial de los jueces constitucionales pueden ser justificadamente encausados a través de una acusación constitucional, con adecuación a los principios del Estado constitucional, a la naturaleza y finalidad de los procedimientos de juicio y antejuicio político, a la interpretación que de sus disposiciones constitucionales ha realizado TC, y a los criterios establecidos por la Corte IDH.

Para ello, en primer lugar, se identificará, de modo general, dos ámbitos plausibles de ser objeto de acusación constitucional: la conducta del juez o jueza plasmada en el contenido de la sentencia, y cualquier otra conducta desplegada con ocasión del ejercicio de las funciones jurisdiccionales.

6. Conductas distintas al contenido de la sentencia

Ya sea que se trate de conductas subsumibles en tipos penales contemplados en el ordenamiento jurídico, conductas que correspondan a supuestas infracciones a la Constitución o faltas políticas, se encuentra prima facie justificada una acusación constitucional del Congreso de la República, porque el control político no se estaría ejerciendo sobre el enjuiciamiento y resolución de las cuestiones jurídicas realizada por los jueces y juezas constitucionales para garantizar la supremacía de la Constitución y los derechos fundamentales. Los supuestos que corresponden típicamente a esta clase de conductas son los delitos de corrupción, por ejemplo,

cohecho, patrocinio ilegal, negociación incompatible, entre otros. En cuanto a infracciones a la Constitución, cuentan como ejemplo el nepotismo, que si bien no es un delito constituye una infracción contra el artículo 39 de la Constitución (1993), que establece que “todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación”.

La justificación de una acusación constitucional por tales conductas, distintas al contenido de la sentencia, optimiza los principios en juego, porque favorece la responsabilidad y el control sobre el ejercicio del poder de los jueces constitucionales. A su vez, implica importantes beneficios respecto de la idoneidad de tales autoridades, así como la calidad de su ejercicio funcional. Las potenciales restricciones sobre la independencia judicial serían, en todo caso, leves, porque el control político se dirige contra actuaciones de naturaleza político-funcional distintas a la actividad interpretativa y resolutive jurídico-constitucional de los integrantes del TC.

7. Conducta manifestada en el contenido de la sentencia

En principio, la pretensión del Congreso de ejercer el control político sobre los jueces constitucionales sobre la base del contenido de sus sentencias debería ser rechazada, debido al riesgo de vulneración de los principios de independencia judicial, autonomía y supremacía de Tribunales o Cortes constitucionales en el ejercicio del control jurídico de constitucionalidad y garantía de derechos fundamentales, de acuerdo a los criterios generales establecidos por la Corte IDH y la CIDH señalados en los acápites precedentes.

Ya que los tribunales constitucionales son por su naturaleza jurídica organismos supremos de control de la Constitución en sus ordenamientos jurídicos y, por lo tanto, supremos intérpretes de la norma fundamental, en principio, resultaría irrazonable y un contrasentido que los organismos políticos como los Congresos enjuiciaran a los jueces y juezas integrantes de dichas cortes por su labor interpretativa, y por las cuestiones jurídicas que debatieran y resolvieran en las sentencias constitucionales.

El ordenamiento jurídico peruano establece que el TC es supremo intérprete de la Constitución, y su misión constitucional es garantizar el principio de supremacía de la Carta y el respeto de derechos fundamentales (“Ley 28237”, 2004a, arts. 201-202; “Ley 28301”, 2004b, art. 1). Si bien el ordenamiento constitucional reconoce la existencia de una pluralidad de intérpretes jurídicos de la Constitución, el TC ocupa un lugar privilegiado, y sus interpretaciones son de carácter vinculante para los Poderes del Estado, los órganos constitucionales, las entidades públicas y privadas, y la ciudadanía (TC, 2004, fundamento jurídico 19). Por ello, resulta congruente la

previsión constitucional que garantiza la inviolabilidad de los magistrados integrantes del TC en lo que respecta a sus votos y opiniones (Congreso Constituyente Democrático, 1993, arts. 93 y 201).

Por otra parte, aun si el control político sobre el contenido de las sentencias constitucionales pudiera resultar idóneo para controlar el ejercicio del poder de los jueces y juezas integrantes de tribunales constitucionales, los beneficios que ello potencialmente pudiera producir resultan inciertos, o incluso inexistentes, especialmente si se toma en cuenta que históricamente en el Perú el Congreso ha cuestionado políticamente el control constitucional que sobre su actuación ha ejercido el TC, lo cual en diversas ocasiones ha conllevado la intención de restringir su competencia, sus facultades o el impacto de sus decisiones¹².

Asimismo, cabe resaltar el carácter discutible y de dudosa legitimidad de las acusaciones constitucionales que atribuyen a jueces constitucionales la supuesta comisión de delito de prevaricato en la elaboración de la sentencia. El artículo 418 del Código Penal ("Decreto Legislativo 635", 1991) en el Perú establece lo siguiente:

El Juez o el Fiscal que dicta resolución o emite dictamen, manifiestamente contrarios al texto expreso y claro de la ley, o cita pruebas inexistentes o hechos falsos, o se apoya en leyes supuestas o derogadas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.

En el contexto de un Estado constitucional, la ley debe entenderse como ley conforme con la Constitución. En ese sentido, se le exige al juez, y con especial intensidad al juez constitucional, una interpretación de la ley conforme con dicha Carta, o su inaplicación si la misma resulta inconstitucional (art. 138). Asimismo, la actividad jurídica de interpretación constitucional se acompaña de métodos legitimados constitucionalmente, como el test de ponderación, que tiene como resultado la optimización de los principios involucrados en un caso concreto, e implica en ocasiones el desplazamiento o adecuación de una disposición constitucional.

¹² Como ejemplo, se puede mencionar los siguientes proyectos de ley: a) el Proyecto de Ley 661-2016-CR, presentado por el grupo parlamentario Fuerza Popular, que propone la modificación del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para incrementar a cinco votos la mayoría para la adopción de precedentes vinculantes o establecer con carácter vinculante interpretaciones sobre el contenido normativo de las disposiciones con rango de ley; b) el Proyecto de Ley 3930-2009-CR, presentado por el mismo grupo parlamentario para modificar la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y el Código Procesal Constitucional sobre competencia, efectos de las resoluciones, y prohibiciones y deberes de los magistrados; el Proyecto de Ley 14321-2005-CR, presentado por Unidad Nacional, que propone incorporar el artículo 81-A a la Ley 28237, Código Procesal Constitucional; adiciona un segundo párrafo al artículo 4; y modifica el artículo 1 de la Ley 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, referente a la garantía del principio de separación de poderes y la seguridad jurídica en los procesos de inconstitucionalidad.

Por ello, el artículo 418 del Código Penal ("Decreto Legislativo 635", 1991) no puede interpretarse como una exigencia de que los jueces constitucionales ajusten sus resoluciones a la literalidad de las leyes. En consecuencia, *prima facie* *lo interpretable* o *lo interpretado* no sería susceptible de ser enjuiciado constitucionalmente como supuesto delito de prevaricato.

Por lo tanto, en principio sería inadmisibles el enjuiciamiento político de jueces de tribunales o cortes constitucionales por el contenido de sus sentencias. Sin embargo, consideramos que no corresponde al Estado constitucional consagrar indemnidades absolutas o establecer zonas exentas de control, por lo que, incluso en este ámbito, podría justificarse la intervención del Congreso de la República en determinados supuestos, interpretados muy restrictivamente.

Un primer supuesto se configuraría cuando el contenido de la sentencia, cuestionada como inconstitucional por vulnerar un bien jurídico, principio o derecho constitucional, se encontrara asociada a actos irregulares adicionales, que en conjunto indicaran la configuración de una infracción a la Constitución o un supuesto delito cometido en el ejercicio de las funciones. Tal sería el caso, por ejemplo, de la denuncia constitucional presentada por el Fiscal de la Nación, el 7 de diciembre de 2015, contra un magistrado del TC por supuesto delito de cohecho pasivo específico, en relación con su intervención en el proceso de amparo signado con número de expediente 04298-2012-P A/TC, en el cual su sentencia declaró nula la condena impuesta contra el ex alcalde de Chiclayo, Roberto Torres Gonzales. Si bien la denuncia constitucional se vincula con la actuación del magistrado manifestada en una sentencia constitucional cuestionable, el objeto principal de la misma es la supuesta recepción de dinero por parte del magistrado denunciado como contraprestación por la orientación de su voto, según declaraciones de un colaborador eficaz en otro proceso judicial (Fiscal de la Nación, 2015).

Un segundo supuesto vendría dado por resoluciones cuyo contenido constituyera un atentado al Estado constitucional, ya sea al poner en cuestión su existencia misma o su definición constitucional. Los criterios para interpretar la presencia de tal supuesto, podrían ser los denominados *parámetros de identidad o esencia constitucional* definidos como límites materiales para la reforma constitucional identificados por el TC peruano. Estos parámetros de identidad son dignidad, prohibición de supresión o disminución de derechos fundamentales, soberanía del pueblo, Estado democrático de derecho, separación de poderes, forma republicana de gobierno y, en general, régimen político y forma de Estado (TC, 2002, fundamentos jurídicos 76 y 94-97).

En consecuencia, la sola sentencia que suscitara una controversia jurídica, una restricción de derechos, un error judicial, una motivación insuficiente, pero que no implicara la destrucción de la Constitución ni la eliminación de sus parámetros de

identidad, no justificaría una acusación constitucional contra los magistrados o magistradas constitucionales, autores de tal sentencia por infracción a la Constitución o supuesto delito de prevaricato.

Trasladando el criterio a la experiencia venezolana, una resolución que podría ilustrar este supuesto de infracción a la Constitución –justificativos del control parlamentario represivo sobre jueces de una Corte Constitucional– sería la que corresponde a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, criticada por el profesor Brewer Carías (2017) en su artículo sobre el principio de la intangibilidad de las sentencias de los tribunales constitucionales. Un caso específico de infracción a la Constitución, en el sentido que el autor plantea, sería la expedición de la sentencia de dicho Tribunal Supremo, del 30 de marzo de 2017, que resolvió que asumiría todas las competencias correspondientes a la Asamblea Nacional, cuyas actuaciones consideraba nulas por encontrarse en una situación de desacato frente a sentencias de la propia Sala Constitucional.

Aplicando el razonamiento esbozado en esta sección al caso de la resolución de subsanación de fecha 5 de abril de 2016 del caso El Frontón, es posible concluir que la acusación constitucional que se instauró contra sus autores, los magistrados Espinosa Saldaña, Ramos y Miranda, así como contra la magistrada Ledesma, resulta incompatible con la finalidad y naturaleza que dicho procedimiento adquiere en el Estado constitucional, en relación con los jueces y juezas constitucionales. La resolución en cuestión se produjo en ejercicio de la atribución de subsanación, reconocida expresamente en el Código Procesal Constitucional (2004a, art. 121). No se trataba de una resolución carente de motivación judicial y tuvo como finalidad garantizar el derecho de acceso a la justicia de las víctimas de los graves sucesos violatorios de los derechos humanos ocurridos en El Frontón hace más de 30 años, en cumplimiento de la sentencia de la Corte IDH del 16 de agosto de 2000 en el caso Durand y Ugarte vs Perú. El contenido de la resolución no constituyó un supuesto de *destrucción de la Constitución* que atentara contra la prohibición de supresión o disminución de derechos fundamentales, contra la soberanía del pueblo, la separación de poderes, el Estado democrático de derecho, la forma republicana de gobierno o, en general, contra la forma de gobierno o la forma de Estado.

8. Reflexión Final

Sobre la base de los argumentos presentados, consideramos que la acusación constitucional que se pretendió consolidar en el Congreso de la República contra dos magistrados y una magistrada del TC por la subsanación de la sentencia recaída en el expediente 01969-2011-PHC/TC resultó una vulneración a la independencia jurisdiccional del TC, así como una amenaza al principio de separación de poderes y al Estado constitucional mismo, tal como lo confirmó la Corte IDH.

No debe deducirse de ello que se postula la prohibición de toda acusación constitucional manifestada a través de un juicio político o antejuicio político contra magistrados o magistradas de tribunales constitucionales, dado el diseño constitucional de estos mecanismos en nuestro ordenamiento jurídico, así como el valor que adquiere el control entre poderes u organismos constitucionales autónomos en el marco del Estado constitucional.

Sin embargo, estas manifestaciones de control deberían extremar las exigencias que deben cumplirse para ser llevadas a cabo, con el objetivo de garantizar la independencia de la función jurisdiccional, especialmente en sede constitucional, tal como lo ha establecido la Corte IDH y recomendado la CIDH. Así, los supuestos objetos de control deberían ceñirse a asuntos distintos al contenido de las sentencias, que constituyan faltas políticas, infracciones a mandatos expresos y claros de la Constitución o supuestos delitos en el ejercicio funcional, especialmente aquellos vinculados a corrupción. No obstante, respecto del contenido de las sentencias, podría justificarse la intervención del control parlamentario a través del juicio político o antejuicio político, si tal sentencia o resolución estuviera asociada a actos irregulares adicionales que, en conjunto, indicaran la configuración de una infracción a la Constitución o un supuesto delito cometido en el ejercicio de las funciones, o cuando el solo contenido de la sentencia configurara un supuesto de destrucción de la Constitución, entendido como un atentado a los parámetros de identidad de la Constitución, de acuerdo a la jurisprudencia del TC.

Bibliografía

- Brewer-Carías, A. R. (2017). El principio de la intangibilidad de las sentencias de los tribunales constitucionales. Algunas excepciones contrastantes: Colombia, Perú, Venezuela. *Derecho y Debate*, (37). Recuperado de <http://derechoydebate.com/admin/uploads/5a497e98ae8c5-brewer-intangibilidad-sentencias-trib-const-excepciones.pdf>
- Cappeletti, M. (2009). *La responsabilidad de los jueces*. Lima, Perú: Communitas.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2013). *Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia: Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el estado de derecho en las Américas* (Documento oficial de la OEA). Recuperado de <https://www.oas.org/es/cidh/defensores/docs/pdf/Operadores-de-Justicia-2013.pdf>
- Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. (2007, 23 de agosto). *Observación General n.º. 32 sobre el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [CCPR/C/GC/32]*. Recuperado de <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/S-gencom32.pdf>
- Congreso Constituyente Democrático. (1993). *Constitución política del Perú*. Recuperado de http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp
- Congreso de la República. (2017). *Informe final de la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales. Denuncia constitucional 110*. Lima, Perú. Recuperado de http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Expvirt_2011.nsf/e47be337c8e9799a052577c40059248b/4d331b4cc4fa59c6052582c7004d5362?OpenDocument#Sin%20t%C3%ADtulo_4
- Congreso de la República. (2018). *Agenda Documentada de la Comisión Permanente. Sesión del miércoles 11 de julio del 2018*. Recuperado de http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Expvirt_2011.nsf/e47be337c8e9799a052577c40059248b/4d331b4cc4fa59c6052582c7004d5362?OpenDocument#Sin%20t%C3%ADtulo_4
- Congreso Nacional del Ecuador. (1997). *Ley de control constitucional*. Declarada mediante Res. R-22-058 (R.O. 280, 8-III-2001).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2000, 16 de agosto). *Sentencia de la Corte IDH (Durand y Ugarte vs Perú)*. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_68_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2001, 31 de enero). *Sentencia de la Corte IDH (Tribunal Constitucional vs Perú)*. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_71_esp.pdf

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2013, 28 de agosto). *Sentencia de la Corte IDH (Tribunal Constitucional [Camba Campos y otros] vs. Ecuador)*. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_268_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2018a, 8 de febrero). *Resolución de la Corte IDH (Durand y Ugarte vs. Perú)*. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/durand_se_02.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2018b, 30 de mayo). *Resolución de la Corte IDH (Durand y Ugarte vs. Perú)*. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/durand_se_04.pdf
- Decreto Legislativo 635. Código Penal del Perú. (1991, 8 de abril). *El Peruano*. Lima, Perú.
- Eguiguren, F. (2008). Antejudio y juicio político en el Perú. *Pensamiento Constitucional*, 13(13), 111-162.
- Fiscal de la Nación (2015). *Denuncia constitucional contra un magistrado del Tribunal Constitucional*. Recuperado de <https://portal.mpf.n.gob.pe/descargas/normas/r43615.pdf>
- García Cobián, E. (2018). Límites del control parlamentario frente a las decisiones de la jurisdicción constitucional: Reflexiones a propósito de la acusación constitucional contra tres magistrados del Tribunal Constitucional. *Pólemos*. Recuperado de <http://polemos.pe/limites-del-control-parlamentario/>.
- García Chávarri, A. (2008). *Acusación constitucional, juicio político y antejudio. Desarrollo teórico y tratamiento jurisprudencial. Cuaderno de Trabajo nº 9*. Recuperado de http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/39771/ct9_acusacion_constitucional%282%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- García-Mansilla, M. J. (2016). El impeachment al Justice Samuel Chase. El contexto y las consecuencias del caso. En A. Santiago (Dir.), *La responsabilidad de los jueces por el contenido de sus decisiones jurisdiccionales. Marco teórico y análisis de algunos casos paradigmáticos* (pp.185-214). Buenos Aires, Argentina: Thomson Reuters La Ley.
- Gattinoni de Mujía, M. (2016). Estándares convencionales en materia de independencia del Poder Judicial, remoción de los jueces por juicio político y criterios acerca de la posibilidad de su destitución por el contenido de las sentencias. En A. Santiago (Dir.), *La responsabilidad de los jueces por el contenido de sus decisiones jurisdiccionales. Marco teórico y análisis de algunos casos paradigmáticos* (pp. 89-156). Buenos Aires, Argentina: Thomson Reuters La Ley.
- Ibañez, P. A. (2015). *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez en el Estado constitucional*. Madrid, España: Trotta.
- Landa Arroyo, C. (2004). El control parlamentario en la Constitución Política de 1993: Balance y perspectiva. *Pensamiento Constitucional*, 10(10), 91-144.

- Landa Arroyo, C. (2005). Antejudio político. En M. Carbonell (Ed.), *Derecho constitucional: Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados [9 y 14 de febrero de 2004, UNAM]* (Vol. 199, pp. 605-617). Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1510/23.pdf>
- Ley 28237. Código procesal constitucional. (2004a, 31 de mayo). *El Peruano*. Lima, Perú: Congreso de la República.
- Ley 28301. Ley orgánica del Tribunal Constitucional. (2004b, 23 de julio). *El Peruano*. Lima, Perú: Congreso de la República.
- Ministerio de Justicia. (2018). *Informe 090-2018-JUS/CDJE-PPES*. Lima, Perú.
- Paniagua, V. (1999). La justiciabilidad de los actos político-jurisdiccionales del Congreso. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (3), 181-204.
- Procurador público supranacional. (2013, 16 de setiembre). *Solicitud de subsanación de errores materiales contenidos en la sentencia recaída en el Expediente 1969-2011-PHC/TC presentada en el proceso signado con el n°. 1969-2011-PHC/TC*. Recuperado de <https://docs.ecuador.justia.com/nacionales/leyes/ley-de-control-constitucional.pdf>
- Santiago, A. & Finn, S. (2016). Un principio que reconoce algunas excepciones. En A. Santiago (Dir.), *La responsabilidad de los jueces por el contenido de sus decisiones jurisdiccionales. Marco teórico y análisis de algunos casos paradigmáticos* (pp. 43-66). Buenos Aires, Argentina: Thomson Reuters La Ley.
- Santiago, A. (2016a). La responsabilidad judicial por el contenido de sentencia, un tema de la máxima actualidad e importancia institucional. En A. Santiago (Dir.), *La responsabilidad de los jueces por el contenido de sus decisiones jurisdiccionales. Marco teórico y análisis de algunos casos paradigmáticos* (pp. 11-30). Buenos Aires, Argentina: Thomson Reuters La Ley.
- Santiago, A. (2016b). Una *quaestio disputata*: argumentos a favor y en contra de la procedencia de la responsabilidad de los magistrados judiciales por el contenido de sus sentencias. En A. Santiago (Dir.), *La responsabilidad de los jueces por el contenido de sus decisiones jurisdiccionales. Marco teórico y análisis de algunos casos paradigmáticos* (pp. 31-43). Buenos Aires, Argentina: Thomson Reuters La Ley.
- Santiago, A. (Dir.). (2016c). *La responsabilidad de los jueces por el contenido de sus decisiones jurisdiccionales. Marco teórico y análisis de algunos casos paradigmáticos*. Buenos Aires, Argentina: Thomson Reuters La Ley.
- Tribunal Constitucional. (2002, 21 de enero). *Sentencia del Tribunal Constitucional (caso Colegio de Abogados del Cusco contra la Ley 27600)*. Expediente 014-2002-AI/TC. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00014-2002-AI.html>
- Tribunal Constitucional. (2003, 1 de diciembre). *Sentencia del Tribunal Constitucional (reglamento del Congreso/acusación constitucional)*. Expediente 0006-2003-AI/TC. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00006-2003-AI.pdf>

- Tribunal Constitucional. (2004). *Reglamento normativo del Tribunal Constitucional, aprobado por resolución administrativa 095-2004-P-TC*. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2018/09/REGLAMENTO-NORMATIVO.pdf>
- Tribunal Constitucional. (2004, 31 de diciembre). *Sentencia del Tribunal Constitucional (Poder Judicial vs. Poder Ejecutivo)*. Expediente 004-2004-CC/TC. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00004-2004-CC.html>
- Tribunal Constitucional. (2006, 11 de diciembre). *Sentencia del Tribunal Constitucional (Juan de Dios Valle Molina vs. Poder Judicial)*. Expediente 3943-2006-PA/TC. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/03943-2006-AA%20Resolucion.pdf>
- Tribunal Constitucional. (2008, 13 de octubre). *Sentencia del Tribunal Constitucional (Giulianna Llamoya vs. Poder Judicial)*. Expediente 00728-2008-PHC/TC. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00728-2008-HC.pdf>
- Tribunal Constitucional. (2013, 14 de junio). *Sentencia del Tribunal Constitucional (Humberto Bocanegra Chávez vs. Poder Judicial)*. Expediente 01969-2011-PHC/TC. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/01969-2011-HC.html>

El originalismo vs. la lectura moral de la Constitución: Una reconstrucción crítica del caso ugarteche galarza desde la teoría constitucional y la argumentación jurídica

Niels J. Apaza Jallo^{1*}

RESUMEN

La interpretación constitucional exige de los jueces una labor a veces titánica, por las controversias jurídicas que conocen y los debates éticos, políticos, jurídicos, sociales, culturales, religiosos o socioeconómicos que estos casos traen consigo o promueven en la sociedad. Para superar ello, la doctrina postula una serie de metodologías que permiten llevar adelante la empresa (colectiva) que la democracia encomendó a las y los jueces: interpretar la Constitución y, especialmente, los derechos fundamentales. Allí resaltan una serie de postulamos, de distintas partes del mundo, como son los casos de Antonin Scalia, John Hart Ely, Laurence Tribe, Jeremy Waldron, Ronald Dworkin, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli o Gustav Radbruch, por citar algunos ejemplos. Aquí abordaremos dos de estos desarrollos teóricos, denominados “el originalismo” y “la lectura moral de la Constitución”, no dejando de lado la posibilidad de hacer referencia a las otras metodologías existentes.

El análisis descrito lo realizamos en el marco del “método del estudio del caso”², como metodología que permite “la formación jurídica de las y los estudiantes de derecho basada en competencias”³. Por tanto, utilizamos la decisión del caso Oscar Ugarteche Galarza (Expediente N.º 01739-2018-AA/TC) como hilo conductor de la investigación, pues –en nuestra consideración– la mencionada sentencia nos permite mostrar con claridad cómo funcionan las metodologías de interpretación de la Constitución que abordamos: el originalismo y la lectura moral de la Constitución. En dicho análisis también tenemos presente los postulados por Laurence Tribe y

^{1*} Docente en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), integrante de la asociación civil Constitucionalismo Crítico y miembro del Grupo de Investigación sobre Teorías de la Justicia y Derecho de la PUCP. Correo electrónico: niels.apaza@pucp.edu.pe

² Creada por Christopher Columbus Langdell e introducida en las universidades de los Estados Unidos (1870-1871). El objetivo de este método es acercar a los estudiantes a casos reales y relevantes, ejemplificando doctrinas y teorías jurídicas que les permiten ver cómo surgían y se argumentaban estas ideas (Pérez Lledó, 2007: 85-189). Se trata de un método de enseñanza que ha tenido un mayor desarrollo en los países de tradición del *common law*, como Estados Unidos o el Reino Unido, pero que, sin embargo, también puede ser muy útil en los países de tradición eurocontinental (Sotomayor Trelles et al, 2023).

³ Considerando los cambios que se producirán en el futuro, tanto a nivel de la ciencia y tecnología como en el ámbito laboral, la educación basada en competencias es una apuesta por mejorar los perfiles de formación del futuro profesional, de modo tal que garantice “el aprendizaje [de las y los futuros abogados] mediante la resolución de problemas, el involucramiento en proyectos, el acercamiento de la realidad” y la mejora de la capacidad adaptativas (Apaza, 2020).

Neil MacCormick, desde la teoría constitucional y la argumentación jurídica, respectivamente.

La intención de esta breve investigación es participar en la labor crítica de la jurisprudencia que emite el Tribunal Constitucional peruano y mostrar cómo las herramientas conceptuales y metodologías de la interpretación constitucional y la argumentación jurídica están presentes en la resolución de casos tan debatibles y particularmente sensibles (o difíciles, asumiendo los postulados de MacCormick) como el del “matrimonio igualitario”⁴. Ello, además, porque creemos que de esa forma se permite entender el genuino valor omnicompreensivo de la Constitución, la real dimensión y alcances de la interpretación constitucional y la argumentación jurídica, y la importancia del seguimiento de la jurisprudencia de las Altas Cortes nacionales y supranacionales, desde una visión que entendemos es propia del “constitucionalismo contemporáneo” (Sosa Sacio, 2018), que tiene presentes los avances, las exigencias y los desafíos de un mundo globalizado y una sociedad plural (y multinacional) como la nuestra.

PALABRAS CLAVE

Argumentación jurídica, interpretación constitucional, jurisprudencia, justicia constitucional, matrimonio igualitario, originalismo y lectura moral de la Constitución.

I. INTRODUCCIÓN

El Tribunal Constitucional, en la sentencia emitida en el Expediente N.º 01739-2018-AA/TC (Caso Oscar Ugarteche Galarza), declaró la improcedencia de una demanda de amparo donde se solicitaba el reconocimiento de un matrimonio de dos personas del mismo sexo celebrado en México⁵. Ello generó un importante debate académico sobre el tema (que se suma a las controversias sociales, académicas, políticas y jurisprudenciales que en el mundo existen sobre el particular), el cual también se fue robusteciendo con el conocimiento de otros casos que en América Latina se resolvieron al respecto, especialmente en las Altas Cortes de Ecuador y Colombia, y la emisión de la Opinión Consultiva 24/17, por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), donde también se abordó el tema.

⁴ En la doctrina se postulan una serie de denominaciones con las que se identifica a este tipo de matrimonios, cada uno con sus propias ventajas y desventajas; por ejemplo, se habla de “matrimonio gay”, “matrimonio entre personas del mismo, igual o idéntico sexo”, “matrimonio LGTBI” (con diferentes posicionamientos de cada letra de la sigla), “matrimonio no discriminatorio”, “matrimonio para todas y todos” y “matrimonio igualitario” (Fernández: 2010: 180). Para abordar esta problemática en su conjunto aquí utilizaremos la denominación “matrimonio igualitario”, para referirme a todos los rótulos descritos, pues –al igual que Fernández– considero que todas ellas, “en su conjunto, ayudan a entender la génesis y el desarrollo sociopolítico” del tema abordado (2010: 179).

⁵ Otros recientes casos donde también se abordó el tema son los Expedientes números 02653-2021-AA/TC (Caso Susel Ana María Paredes Piqué) y 02743-2021-AA/TC (Caso Andree Alonsso Martinot Serván).

Aquí pretendemos realizar un análisis de dicha problemática y así colaborar con el debate comentado, a partir de una evaluación crítica de la sentencia emitida en el Expediente N.º 01739-2018-AA/TC⁶, donde consideramos las dos metodologías interpretativas que en nuestro entendimiento están tras el caso: “el originalismo” y “la lectura moral de la Constitución”, cuyo desarrollo y alcances, además, perfectamente podrían aplicarse a otros casos resueltos por las órganos jurisdiccionales nacionales (no solo el Tribunal Constitucional, sino también las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República u otras instancias del sistema de administración de justicia). Así cumplimos con nuestra obligación de “participar en la construcción y crítica de las líneas jurisprudenciales” (López Medina, 2017: 218) de las Altas Cortes peruanas, pues –al igual que Tomas y Valiente– consideramos que el Tribunal Constitucional “necesita la crítica de todos los juristas y, muy en especial, de los constitucionalistas” (1993: 15), más en tiempos tan convulsos como los que nuestro país actualmente enfrenta por los avatares y vaivenes de la vida política.

Por ello, en la primera parte del trabajo, presentamos los datos generales del caso y las normas que fueron allí invocadas y, por tanto, eran –o debían ser– objeto de análisis del Tribunal Constitucional. Luego, hacemos un breve resumen de los fundamentos que motivaron la declaración de improcedencia de la demanda. Después, realizamos una evaluación general de la decisión del caso, desde la teoría constitucional y la argumentación jurídica, a partir de los postulados de Laurence Tribe y Neil MacCormick; y, finalmente, hacemos una evaluación especial del caso (mostrándolo como un claro ejemplo del “originalismo”) y una reconstrucción distinta del mismo, que parte de “la lectura moral de la Constitución”, donde consideramos la jurisprudencia preexistente del Tribunal Constitucional que –entendemos– era importante tener presente al momento de resolver el caso (como una “novela en cadena” construida por una “empresa colectiva” de intérpretes), para así interpretar los enunciados constitucionales relevantes para el caso –como dijera Dworkin– “a su mejor luz”, a fin de obtener “la mejor respuesta posible” o “el mejor relato del caso”.

II. DETALLE GENERAL DEL CASO

El caso de Óscar Ugarteche Galarza, resuelto en el Expediente N.º 01739-2018-PA/TC y que a continuación reseñamos, generó y seguirá generando grandes controversias en la academia nacional, tanto entre constitucionalistas como entre civilistas o especialistas del derecho internacional y el derecho comparado (incluso entre teóricos y filósofos del Derecho), por los derechos que se discuten en el mismo,

⁶ Como señala López Medina, “Es importante que este macro-conflicto, con sus múltiples micro-conflictos particulares, sea tramitado en la reflexión moral, filosófica, teológico-religiosa” (2017: 217). Así que aquí presentamos un análisis jurídico distinto del caso, pues disentimos del razonamiento e interpretación constitucional de la mayoría del Tribunal Constitucional.

las normas que suelen invocarse al respecto (legales, constitucionales y convencionales) y las interpretaciones que de ellas derivan. Esto, además, se robustece con la jurisprudencia nacional que se viene construyendo sobre el particular (recientemente los Expedientes números 02653-2021-AA/TC y 02743-2021-AA/TC; casos Susel Ana María Paredes Piqué y Andree Alonsso Martinot, respectivamente) y los postulados teóricos, filosóficos, políticos, sociológicos o morales que existen –o parecen estar– tras cada posición interpretativa o *iusfundamental*. Esto también se multiplica en la doctrina, legislación y, especialmente, la jurisprudencia comparada, donde los debates parecen ser interminables⁷. Por ello, para centrar el caso objeto de análisis y reconstrucción (como hilo conductor de esta investigación), ahora detallaremos –de forma resumida– lo invocado por las partes del caso y lo acontecido en el proceso constitucional comentado.

II.1. Datos generales del caso

Óscar Ugarteche Galarza, a través de una demanda de amparo (2012), solicitó que se declare la nulidad de los actos administrativos que denegaron la inscripción del matrimonio civil que contrajo en México con Fidel Aroche (2010) y, como consecuencia de ello, se ordene al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec) el reconocimiento e inscripción de su matrimonio. Amparó su demanda en los derechos a la igualdad y no discriminación, previstos en la Constitución.

El Reniec, en sede administrativa, denegó el reconocimiento del matrimonio de Óscar Ugarteche Galarza y Fidel Aroche (2012) –sustancialmente– bajo tres argumentos: (i) El Código Civil establece que los elementos estructurales o las condiciones esenciales del matrimonio son la diversidad de sexo de los contrayentes; (ii) La Constitución promueve el matrimonio, siempre que sea celebrado de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil; y, (iii) En la legislación nacional no existe respaldo normativo para el matrimonio de personas del mismo sexo, por lo que no es posible reconocer e inscribir estos matrimonios, aun cuando hayan sido válidamente celebrados en el extranjero.

El Poder Judicial tramitó el caso en el Expediente N.º 22863-2012-0-1801-JR-CI-08 y en primera instancia declaró fundada la demanda (2016); sin embargo, en segunda instancia, denegó dicha pretensión (2018)⁸, por lo que el caso fue impugnado ante

⁷ Incluso a pesar de que existen sentencias que definen el tema (casos de Colombia y Ecuador, como experiencias cercanas), pero que en la práctica suelen recién iniciar los debates académicos y públicos sobre el tema. Así, por ejemplo, lo advierte López Medina al comentar la Sentencia C-577-11, que emitió la Corte Constitucional de Colombia: “esta decisión de la Corte no cerró este capítulo de la historia. Por el contrario, de aquí arrancan debates jurídicos, políticos y sociales en Colombia que hasta el día de hoy continúan” (2017: 142).

⁸ La Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró fundada la excepción de prescripción deducida por el Reniec (2018) y, acorde con ello, dio por concluido el proceso. Esta decisión fue impugnada ante el Tribunal Constitucional y luego resuelta en el Expediente N.º 01739-2018-PA/TC (2020).

el Tribunal Constitucional, el cual conoció el caso en el Expediente N.º 01739-2018-PA/TC⁹.

II.2. Fundamentos de la decisión del Tribunal Constitucional

La demanda reseñada fue analizada por el Pleno del Tribunal Constitucional y resuelta en mayoría, por la votación discrepante de sus miembros: (i) los jueces Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini y Sardón de Taboada votaron –en mayoría– por que se declare improcedente la demanda; y, (ii) los magistrados Ledesma Narváez, Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera votaron –en minoría– porque se declare fundada la demanda¹⁰.

En concreto, a decir de parte de los entonces magistrados en mayoría del Tribunal Constitucional (3 de 4), en nuestro ordenamiento jurídico no existe el matrimonio de personas del mismo sexo; por ello, en su entendimiento, el Reniec correctamente desestimó la solicitud de inscripción del matrimonio de Oscar Ugarteche y Fidel Aroche. Sin embargo, esta decisión se sustentó en distintos argumentos: los 4 magistrados en mayoría expresaron sus propios fundamentos (no los mismos, como ocurre en otros casos), que en síntesis se resumen –y transcriben parcialmente– de la siguiente forma:

Voto singular del entonces magistrado Miranda Canales:

En el caso concreto se discutió la validez de las resoluciones administrativas emitidas por el Reniec y “El proceso contencioso administrativo constituye una vía idónea en la que puede ventilarse este tipo de controversias relativas a resoluciones administrativas”. Por lo que, “Al existir una vía judicial igualmente satisfactoria para cuestionar las resoluciones administrativas que son objeto de la presente demanda, la misma debe ser declarada improcedente”.

Voto singular del entonces magistrado Ferrero Costa:

- “Matrimonio es la palabra que empleamos para designar específicamente la unión estable entre un hombre y una mujer. Si la unión es entre dos hombres, o dos mujeres, ya no es matrimonio, sino un fenómeno humano y social diferente –

⁹ Esta fue la primera sentencia donde el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la materia (2020). Las otras dos decisiones, de los Expedientes 02743-2021-PA/TC y 02653-2021-PA/TC, fueron emitidas en el 2022. No obstante, ya en una anterior ocasión se hizo referencia a la materia (Expediente N.º 00139-2013-PA/TC, fundamentos 33 a 37).

¹⁰ En el presente trabajo únicamente analizaremos los argumentos de la mayoría del Tribunal Constitucional, pues son estos los que permitieron se adopte una decisión final (los votos en minoría abordan temas que exceden el objetivo de la investigación). No obstante, los argumentos de los 4 jueces en mayoría no son similares, especialmente las razones que justificaron la decisión del entonces magistrado Miranda Canales, quien se limitó a concluir que el caso debía ser resuelto en sede contenciosa administrativa.

respetable, por cierto–, por la misma razón que una compraventa sin precio ya no es compraventa sino donación”.

- “La heterosexualidad del matrimonio es una constante a lo largo de toda la historia sociojurídica, como se evidencia desde el Derecho romano precristiano. Conocida es, al respecto, la definición que ofrece Modestino, contenida en el Digesto (23.2.1): [...] el matrimonio es la unión de hombre y mujer en pleno consorcio de vida”.

- “Con acierto, el juez John Roberts, actual presidente de la Corte Suprema norteamericana, en su voto disidente en la sentencia del caso Obergefell del 2015, dijo que la «definición universal del matrimonio como la unión de un hombre y mujer no es una coincidencia histórica»”.

- “En el caso de las uniones heterosexuales, la complementariedad de los sexos permite que las relaciones sexuales entre hombre y mujer desemboquen en el nacimiento de nuevas personas (la descendencia conyugal), lo que dota a estas uniones de un peculiar e intenso valor social, a diferencia de las uniones que estructuralmente (no coyuntural o patológicamente) no pueden dar lugar al nacimiento de nuevas personas. La relevancia social de estas últimas es, por ello, mucho más limitada”.

- La Constitución, en su artículo 4, únicamente consagra el matrimonio heterosexual. Lo mismo hacen la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos; así también lo entendió el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

- “Sin perjuicio de todo lo anterior, pienso que el Congreso de la República podría debatir una ley para personas que por diversas circunstancias vivan juntas, en asuntos legales propios de esa convivencia, como los bienes adquiridos dentro de ésta, contratos de seguros u otros similares, que no puedan ser cubiertos por la legislación ya existente [...]. Dicha ley debería ser lo más inclusiva posible y no restringida a personas del mismo sexo ni prohibida para parientes”.

- La Opinión Consultiva 24/17 no tiene carácter vinculante; además, no fue solicitada por el Estado peruano.

Voto singular del entonces magistrado Blume Fortini:

- “No existe un derecho constitucional en juego, porque la Constitución no consagra el derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo. Por ello, al no existir dicho presupuesto, la demanda resulta improcedente”.

- “La Opinión Consultiva OC- 24/17 no es vinculante, como lo dice el juez Vio Grossi en su voto individual emitido en la mencionada opinión consultiva, opinión emitida a petición de Costa Rica”.

- “En el Perú no está consagrado el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo. Por lo tanto, para que pueda existir matrimonio entre personas del mismo sexo se requiere la modificación de la Constitución, según su procedimiento. O, en todo caso, a nivel del Código Civil podría darse una regulación especial a fin de dar algún tipo de tutela a este grupo de respetables personas”.

Voto singular del entonces magistrado Sardón de Taboada:

- Reconocer el matrimonio del demandante “implicaría desconocer normas no solo del Código Civil sino también de la Constitución Política del Perú”.

- “Los elementos esenciales del matrimonio en el Perú son dos: 1. Ser una unión voluntaria [...]; y, 2. Ser celebrado por un varón y una mujer”.

- “Aunque el matrimonio de Ugarteche con Aroche fue celebrado válidamente en México, colisiona con la noción de matrimonio contenida no solo en el Código Civil sino también en la Constitución [...] la pretensión de la demanda cae fuera del ámbito de reconocimiento del Derecho peruano”.

- “Enrique Chirinos Soto —uno de los principales autores de la Constitución— comenta este artículo diciendo: El concubinato es matrimonio en todo, menos en el nombre”.

- “Es absurdo pensar, pues, que la Constitución reconoce y protege al concubinato y no al matrimonio”, en similares términos, esto es, entre un varón y una mujer.

- “Una lectura no sesgada de la Constitución hace evidente que ella contiene y protege la misma noción de matrimonio que el Código Civil”.

- La “opinión consultiva de la Corte Interamericana, lanzada *urbi et orbi*, constituyó un exceso evidente de los seis jueces que la suscribieron. Tres años después de emitida, podemos constatar que ninguno de los treinticuatro países miembros de la Organización de Estados Americanos —a los que estaba dirigido su supuesto mandato— le ha hecho caso, salvo Ecuador, que es la excepción que confirma la regla”.

- “Años atrás, el Congreso debatió un proyecto de ley para introducir la unión civil entre personas del mismo sexo, pero fue archivado el 2015 por decisión de la mayoría de los integrantes de la comisión dictaminadora. Si ahora se quiere ir aún más lejos e incorporar el «matrimonio igualitario» al Derecho peruano, debe hacerse

una reforma constitucional siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 206 de la propia Constitución. Esta propuesta debe ser votada en el Congreso de la República [...]”.

- “Introducirlo por la ventana, a través de una resolución del Tribunal Constitucional, implicaría que los magistrados constitucionales usufructuemos y abusemos indebidamente del puesto que temporalmente ocupamos. Nosotros no estamos aquí para establecer lo que nos parece bueno o conveniente –menos todavía, a la hora undécima, cuando nuestros mandatos están ya vencidos desde hace un año y medio–. Nosotros estamos aquí no para sustituir a los legisladores o constituyentes sino solo para hacer cumplir la Constitución Política del Perú”.
- “La demanda es improcedente, al no existir en el Perú el derecho constitucional al matrimonio entre personas del mismo sexo”.

III. ANÁLISIS CRÍTICO DEL CASO UGARTECHE GALARZA DESDE LA TEORÍA CONSTITUCIONAL Y LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

En este capítulo reseñaremos algunas críticas generales que existen a las metodologías que existen para abordar la interpretación constitucional (algunas de las cuales son imperantes en nuestro país), desde la teoría constitucional y la argumentación jurídica, a efectos de luego aterrizar dichas observaciones en el análisis “general” del caso que sirve como hilo conductor del presente trabajo.

III.1. Como no interpretar la Constitución (Teoría constitucional)

Laurence H. Tribe¹¹, en el libro titulado *Interpretando la Constitución* (2017: 45-79), precisa –a su criterio– “Cómo no se interpreta la Constitución”. Allí señala que la concepción originalista de la interpretación constitucional no es una forma aceptable de interpretar la Constitución: “la intención original de los Primeros Autores –incluso si pudiera ser capturada en un laboratorio, embotellada y cuidadosamente inspeccionada bajo un microscopio– no ofrece una determinada interpretación satisfactoria de la Constitución” (2017: 57-58); además, agrega: “Los comentaristas de la Constitución a menudo olvidan que, si bien la historia sirve para iluminar el texto, sólo el propio texto representa la ley”¹² (2017: 52)¹³.

¹¹ Laurence Tribe (Shanghai, 1941) es un destacado profesor liberal de Derechos Constitucional de la Harvard Law School. También se desempeña como consultor para la firma de abogados *Akin Gump Strauss Hauer & Feld* y es un reconocido constitucionalista informante en más de cuarenta casos ante la Corte Suprema de los Estados Unidos, de causas no siempre victoriosas, pero sí democrático liberales (Landa, 2017: 34).

¹² En similares términos Dworkin señala que “Somos gobernados por lo que nuestros legisladores dictaron –por los principios que consagraron–, no por alguna información que podríamos tener acerca de cómo ellos mismos hubieran interpretado aquellos principios o aplicado estos en casos concretos” (2015: 271).

¹³ En otro momento Tribe señala que “por útil que sea la historia y por insostenible que sea ignorarla, la historia por sí sola no puede servir para domesticar, disciplinar y atar un texto. La historia no puede por sí sola eliminar

Tribe, mostrando su acuerdo con parte de los postulados de Antonin Scalia, también señaló que:

Cómo él [Scalia], cuando se nos pregunta acerca de lo que un texto jurídico significa –es decir, lo que el texto jurídico requiere de nosotros, lo que él nos permite hacer y lo él nos prohíbe– no deberíamos indagar (excepto, que quizás sólo de manera periférica) acerca de las ideas, intenciones o expectativas subjetivas de las personas, particularmente consideradas, que participaron en la redacción, promulgación o ratificación del texto en cuestión, como si abordásemos una cuestión histórica. Sin duda, estos asuntos, si son comprobables de manera fiable, pueden aclarar palabras o frases de otra forma ambiguas o desconcertantes, pues esos asuntos nos indican, a nosotros los lectores, el marco lingüístico de referencia de las personas a quien estas palabras o frases iban dirigidas, es decir, el marco dentro del cual ellas habrían «traducido» y por tanto comprendido dichas palabras o frases. No obstante, tales pensamientos y creencias no podrán jamás sustituir lo que fue de hecho promulgado como ley. Como al juez Scalia, a mí nunca han dejado de sorprenderme los argumentos de jueces, abogados y otras personas que proceden como si los textos jurídicos fueren poco más que interesantes pruebas documentales acerca de lo que algún legislador tenía en mente. Como el juez Scalia, encuentro de poco valor la idea según la cual, en circunstancias que no puedo imaginar, uno debe sentirse jurídicamente vinculado a obedecer los deseos o pensamientos de otro o sentirse jurídicamente vinculado a actuar de acuerdo con las meras expectativas o miedos de otro (2015: 135-136).

Asimismo, identifica “Otras dos formas igualmente negativas [de interpretar la Constitución que en su entendimiento] caen de maduro” (Tribe, 2017: 65), a las que denomina falacias interpretativas:

- La interpretación por des-integración, que “es una forma de aproximarse a la Constitución que ignora el hecho saliente de que sus partes se encuentran reunidas formando un todo –que se trata de una Constitución, no meramente de un montón de cláusulas desconectadas y disposiciones con historias independientes, cada una de las cuales demandaría un tratamiento diferencial–”. Esta forma de interpretar la Constitución, continúa Tribe, “ignora el hecho no menos importante de que este todo [la norma fundamental] contiene distintas partes –algunas de las cuales fueron agregadas en distintas épocas históricas; otras fueron alentadas y

la posibilidad de construir, a partir de las oraciones contenidas en la Constitución, por lo menos un argumento teórico en apoyo de casi cualquier conclusión deseada” (2017: 63).

combatidas por grupos situados en las antípodas; u otras reflejan premisas muy definidas y, con frecuencia, radicalmente incompatibles–” (2017: 65).

- La interpretación por hiper-integración, que “trata a la Constitución como un tipo de red iluminada, una «omnipresencia meditativa» que nos habla con una voz única, simple y sagrada, que expresa una visión unitaria de una sociedad política ideal”. “La idea de que la Constitución encarga un conjunto inmanente, unitario y permanente de principios o valores subyacentes –sean estos procedimientos, estructuras o sustantivos– parece ser una vanidad intelectual extraordinaria, inconsciente con el carácter que encierran varias de sus previsiones, verdaderas proclamas políticas que representan compromisos históricamente contingentes, y no siempre del todo coherentes, en un documento que fue hecho en etapas” (Tribe, 2017: 70-71).

Este desarrollo conceptual, ciertamente propio del contexto norteamericano, resulta perfectamente aplicable al contexto nacional y al caso que aquí analizamos críticamente (incluso es aplicable a cualquier otro caso resuelto por las Altas Cortes nacionales), pues permite entender a la Constitución y a la interpretación de la misma en sus reales magnitudes y, en simultáneo, la responsabilidad del intérprete constitucional en desentrañar de la Carta Magna las normas que nuestra sociedad insta para jurídicamente garantizar su estabilidad y desarrollo en derechos y democracia, y así construir líneas jurisprudenciales claras y socialmente entendibles y aceptables por todas y todos.

III.2. La justificación de los casos difíciles (argumentación jurídica)

Neil MacCormick¹⁴, de otro lado, ante la pregunta sobre “qué constituye una justificación racional de una decisión jurídica” (Feteris, 2007: 125), considera que existen casos cuya resolución no es posible únicamente a través de la justificación deductiva¹⁵, pues esta metodología tiene sus propios límites¹⁶. En sus palabras, “Es una verdad obvia que no todas las reglas jurídicas, ni siquiera todas las reglas legisladas «en forma verbal fija», pueden dar siempre una respuesta clara a todas las preguntas prácticas que surgen. Casi cualquier regla puede resultar ser ambigua o poco clara en relación con algún contexto disputado o disputable en el litigio” (2018: 101).

¹⁴ Neil MacCormick (1941-2009) fue un profesor escocés de la Universidad de Edimburgo, discípulo de H. L. A. en Oxford, que elaboró una teoría institucional del derecho (Grajales & Negro, 2018: 209) y, en palabras de Atienza (2016: 23), “viene a configurar [conjuntamente con Alexy] lo que podría llamarse la teoría estándar (actual) de la argumentación jurídica”.

¹⁵ Si se puede considerar que los hechos cumplen las condiciones de la norma, MacCormick reconstruye el argumento que fundamenta la decisión como un argumento deductivamente válido. Y a esta forma de justificación la denomina justificación deductiva (Feteris, 2007: 125).

¹⁶ En algunos casos “a menudo no existe ninguna norma o el significado de la norma existente no es claro con respecto a los hechos del caso [...] ¿Cómo se puede justificar racionalmente la elección o interpretación de una norma jurídica?” (Feteris, 2007: 131).

Estos son los “casos difíciles”, que “En términos generales [se presentan] cuando los hechos y las normas relevantes [de un caso] permiten, por lo menos, a primera vista, más de una solución” (Hart & Dworkin¹⁷, 1997: 68). En este tipo de casos, resalta MacCormick (2016: 107), surge “alguna dificultad de interpretación del Derecho, en la que hay argumentos fuertes para cada una de las visiones o interpretaciones rivales del Derecho presentadas por las partes o por cuenta de ellas”.

Entonces, MacCormick considera que los jueces, además de los “casos fáciles”¹⁸, también conocen “casos difíciles” y, por ello, realiza una distinción de cuatro problemas que se presentan en estos últimos casos:

- Problemas de interpretación: “las reglas pueden ser ambiguas en determinados contextos y pueden aplicarse de una forma u otra solo después de que se resuelva la ambigüedad. Pero en la práctica resolver la ambigüedad implica escoger entre versiones opuestas de la regla [...]; una vez que se ha hecho esa elección, se sigue una simple justificación deductiva de una decisión concreta. Entonces una justificación completa de esa decisión debe depender de cómo se justifica la elección entre las versiones en conflicto de la regla [...]. Nuestro problema es, pues, cómo justificar esa elección; a este problema, por razones obvias, lo llamaré «problema de la interpretación»” (MacCormick, 2018: 103).

En otras palabras, en este tipo de problemas “no hay duda sobre cuál es la norma aplicable (es decir, tenemos una norma formulada [...]), pero la norma en cuestión admite más de una lectura” (Atienza, 2016: 178), por lo que “hay que elegir entre las dos [o más] interpretaciones posibles” y “una justificación compleja [propia de los casos difíciles] se basa en la pregunta de cómo se puede defender la elección entre dos interpretaciones rivales” (Feteris, 2007: 132).

- Problemas de relevancia: Estos presentan “una cuestión previa a la interpretación, esto es, no cómo ha de interpretarse determinada norma, sino si existe tal norma [...] aplicable al caso” Atienza (2016: 178). La pregunta a la que este problema responde es “¿Justifica el Derecho de alguna forma una decisión en favor de esta parte frente a la otra parte en este contexto?” (MacCormick, 2018: 104). La cuestión es si, ante la inexistencia de una ley expresa o algún precedente que regule el tema, “las alegaciones del

¹⁷ En otro momento Dworkin manifestó que “La diferencia entre casos fáciles y difíciles en derecho quizá sea precisamente la diferencia entre aquellos de interpretación única y aquellos de interpretación plural” (1997: 171).

¹⁸ En los casos fáciles, la justificación de las decisiones puede alcanzarse por una mera deducción de una regla establecida. En los casos difíciles, como hay problemas de interpretación, clasificación o relevancia, se debe recurrir a la justificación de segundo orden y la deducción. Pero no es fácil trazar una línea para distinguir los casos fáciles de los difíciles; ello es una cuestión variable. MacCormick señala que un caso será fácil si: a) no hay dudas sobre la interpretación de la norma jurídica o sobre la clasificación de los hechos; b) nadie pensó en discutir un punto que en verdad es discutible; o, c) si ese argumento se planteó y ya fue rechazado (Grajales & Negri, 2018: 225).

demandante son relevantes en el Derecho para la solución que solicita ante el tribunal. ¿Hay alguna razón en el Derecho para que [...] debiera concedérsele [su pretensión]?” (MacCormick, 2018: 105).

En definitiva, el problema es “si es justificable en el Derecho afirmar o negar alguna proposición *si p entonces q* para cualquier *q* que cubra los hechos del caso actual y cualquier *q* que cubra la compensación que se busca” (MacCormick, 2018: 106).

- Problemas de prueba (de demostración): Este tipo de problemas se refiere “al establecimiento de la premisa menor (*p*). Probar significa establecer proposiciones verdaderas sobre el presente y, a partir de ellas, inferir proposiciones sobre el pasado” (Atienza, 2016: 179).

MacCormick señala que “El problema de demostración consiste en establecer premisas menores que tienen un carácter particular, no premisas mayores que son universales” (2018: 130).

- Problemas de calificación (de hechos secundarios o de clasificación): Estos “se presentan cuando no existen dudas sobre la existencia de determinados hechos primarios (que se consideran probados), pero lo que se discute es si los mismos integran o no un caso que pueda subsumirse en el conjunto de hecho de la norma” (Atienza, 2016: 179).

MacCormick señala que la forma estándar de entender este problema es “¿Constituye *r, s, t* un caso de *p* para los propósitos de aplicar *si p entonces q*?”¹⁹ (2018: 132).

De otro lado, MacCormick distingue dos tipos de justificación: de primer nivel²⁰ y de segundo nivel²¹, y señala que “justificar una decisión en un “caso difícil” significa, en primer lugar, cumplir con el *requisito de universalidad* [en un primer nivel] y, en segundo lugar, que la decisión en cuestión tenga sentido en relación con el sistema

¹⁹ Ante la posible similitud entre los problemas de interpretación y de calificación (de hechos secundarios o de clasificación), MacCormick señala que la razón de su distinción obedece al rol de las altas cortes de solo interpretar el Derecho y no conocer razones de hecho (temas probatorios). Así precisa: “En gran medida esto significa que, cuando se ha dictado una resolución de una forma apropiada para nuestro «problema de la interpretación», la Cour de Cassation considera que queda claramente dentro de su jurisdicción corregir cualquier error de la misma; pero, cuando el problema ha sido formulado como uno de «clasificación» en nuestro sentido, la Cour de Cassation normalmente no interfiere. Por otro lado, por el simple hecho de que no hay ninguna diferencia lógica genuina entre los dos tipos de problema, el tribunal puede decidir tratar un problema de clasificación como un problema de interpretación para establecer su jurisdicción y aprovechar la oportunidad de dictar su propia resolución sobre ese punto” (2018: 133).

²⁰ MacCormick denominada justificación deductiva al argumento que sirve de base a la justificación de primer nivel, porque se puede reconstruir como un argumento deductivamente válido. El argumento es deductivamente válido si su forma es tal que las premisas implican (o causan) la conclusión, a pesar del contenido de las premisas y la conclusión (Feteris, 2007: 126).

²¹ Feteris, reconstruyendo los postulados de MacCormick, señala que “En los casos difíciles, se requiere una justificación de segundo nivel. Esta muestra que la interpretación es defendible. La justificación de segundo orden incluye dos formas de argumento, el primero de los cuales defiende la decisión indicando que la regla formulada en la interpretación tiene consecuencias aceptables. MacCormick denomina modo *consecuencialista* de argumentación a esta forma de argumento. La segunda forma exige defender la decisión mostrando que concuerda con el orden legal prevaeciente. Esto indica que la decisión es coherente y consistente con diversos principios del derecho (como el principio de igualdad) y ciertas normas jurídicas. Estos son los argumentos de *coherencia* y los argumentos de *consistencia*” (Feteris, 2007: 125).

(lo que significa, que cumpla con los *requisitos de consistencia y de coherencia*) y en relación con el mundo (lo que significa, que el argumento decisivo, dentro de los límites marcados por los anteriores criterios, es un *argumento consecuencialista*) [en un segundo nivel]” (Atienza, 2016: 181). Dichos requisitos²², a mayor detalle, son entendidos de la siguiente forma:

- El requisito de universalidad, presente en la justificación interna, “exige que, para justificar una decisión normativa, se cuente al menos con una premisa que sea la expresión de una norma general o de un principio (la premisa mayor del silogismo judicial) [...]. MacCormick llama a este requisito exigencia de justicia formal [...] y, en su opinión, tiene un alcance que se extiende tanto hacia el pasado (un caso presente debe decidirse de acuerdo con el mismo criterio utilizado en casos anteriores) como, sobre todo, hacia el futuro” (Atienza, 2016: 181-182).
- El requisito de consistencia, presente en la justificación externa, responde al problema de “cómo justificar la elección de una u otra norma general”. Así, “Una decisión satisface el requisito de consistencia cuando se basa en premisas normativas que no entran en contradicción con normas válidamente establecidas”. Este requisito “deriva, por una parte, de la obligación de los jueces de no infringir el Derecho vigente y, por otra parte, de la obligación de ajustarse a la realidad en material de prueba” (Atienza, 2016: 184-185).
- El requisito de coherencia, también presente en la justificación externa, distingue –a su vez– dos modalidades:
 - La coherencia normativa: “Una serie de normas, o una norma, es coherente si puede subsumirse bajo una serie de principios generales o valores que, a su vez, resulten aceptables en el sentido de que configuren –cuando se toman conjuntamente– una forma de vida satisfactoria [...]. La coherencia normativa es un mecanismo de justificación, porque presupone la idea de que el Derecho es una empresa racional; porque está de acuerdo con la noción de universalidad –en cuanto componente de la racionalidad en la vida práctica– al permitir considerar a las normas no aisladamente, sino como conjuntos dotados de sentido; porque promueve la certeza del Derecho, ya que la gente no puede conocer con detalle el ordenamiento jurídico –pero sí sus principios básicos– y porque un orden jurídico que fuera simplemente contradictorio no permitiría guiar la conducta de la gente como la hace el Derecho” (Atienza, 2016: 185-186).

²² A mayor detalle puede verse: MacCormick, Neil (2016). *Retórica y Estado de Derecho. Una teoría del razonamiento jurídico* (Capítulos 5, 6 y 10). Palestra.

- La coherencia narrativa, en cambio, “suministra un test en relación con cuestiones de hecho cuando no cabe una prueba directa, por observación inmediata, de las mismas” (Atienza, 2016: 186), de modo tal que exista “coherencia entre lo que se dice que fue el mundo antes y lo que se dice acerca de cómo es ahora” (García, 2017: 87).
- Los argumentos consecuencialistas: Para cumplir este requisito una decisión “tiene que tener sentido con el mundo”. “Otra forma de expresar esta idea consiste en afirmar que los jueces, al tomar una decisión, deben mirar no solamente hacia el pasado (esto es, que la misma resulte consistente y coherente), sino también hacia el futuro (hacia las consecuencias)” (Atienza, 2016: 192). McCormick señala que las consecuencias jurídicas “se evalúan en relación con una serie de valores como la justicia, el sentido común, el bien común, la convivencia pública, etc.” (Atienza, 2016: 194).

Consideramos este desarrollo teórico (Tribe y McCormick) relevante para evaluar de forma general el caso que actúa como hilo conductor del presente trabajo.

III.3. Análisis “general” de la sentencia del Expediente N.º 01739-2018-PA/TC desde la teoría constitucional y la argumentación jurídica

Al igual que Tribe, creemos que “Tomar una norma de la Constitución, exponerla a la luz y darle la interpretación más amplia posible, mientras se ignora el hecho de que ella se encuentra inmersa en un todo más grande, implica realizar una lectura desintegradora de la Constitución” (2017: 68). Por ello, no compartimos el razonamiento del Tribunal Constitucional en el caso comentado (Expediente N.º 01739-2018-AA/TC), pues creemos que los magistrados de dicha alta corte –en mayoría– no evaluaron la Constitución en su integridad (esto es, todas las disposiciones constitucionales aplicables al caso): únicamente se analizó el problema interpretativo a la luz de lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución (como se detalló en el Capítulo II), sin tener en cuenta que esta norma fundamental –como un todo– también prevé en sus artículos 1 y 2 los derechos a la dignidad, al libre desarrollo de la personalidad, la igualdad material y la no discriminación. Era necesario tomar en serio estos derechos. Por ello, consideramos que se incurrió en una interpretación por des-integración (o una falacia interpretativa en términos de Tribe), que no estimamos una metodología válida de interpretar la Constitución.

También creemos que el Tribunal Constitucional –en mayoría– incurrió en una interpretación híper-integradora (Tribe), pues entendió que la Constitución y propiamente una de sus disposiciones normativas (el artículo 4) es clara, única y sagrada (desde una sola visión de género y un entendimiento jurídico²³), con lo que

²³ Esto lo abordaremos en el Capítulo V, al momento de realizar un análisis específico de la sentencia comentada, al definirla como un claro ejemplo del “originalismo”. Sin embargo, creemos que se incurrió en un acto de

además se negó el valor amplio de los principios, bienes, valores y derechos que esta norma fundamental tutela (en su integridad) y los compromisos igualitarios y de respeto de la dignidad de toda persona que la sustentan, como un instrumento de amplia de cohesión social²⁴.

Aquí debe recordarse que la Constitución incluye una concepción plural de aspiraciones sociales, culturales, políticas, religiosas, morales, filosóficas, jurídicas, etc., no todas coincidentes entre sí, donde el respeto de la dignidad cumple un rol central. Es inadmisibles entender a la Constitución, en su genuina o real dimensión, como un documento unívoco que solo pretende tutelar una forma de entender la vida y así regularla en las normas (más en un país plurinacional como el nuestro, donde coexisten distintas naciones, lo que hace a la distinción entre conservadores y liberales simplista). Por ello, la forma en que el Tribunal Constitucional –en mayoría– evaluó el caso e interpretó la Constitución (incluso a la luz de lo que establece el Código Civil, cuando debería ser al revés), a nuestra consideración, es por demás una visión limitada de la naturaleza y dimensión de la Constitución y los derechos que esta norma fundamental consagra.

De otro lado, en atención a lo expuesto por MacCormick, también consideramos que el Tribunal Constitucional –en mayoría– tampoco resolvió adecuadamente los problemas de relevancia e interpretación presentes en el caso comentado (que a todas luces es un caso difícil):

- Primero porque no identificó adecuadamente todas las normas relevantes para resolver el caso, ni tuvo en consideración –en su real dimensión– los derechos a la dignidad de toda persona, libre desarrollo de la personalidad, igualdad material y no discriminación (previstos en las normas relevantes para el caso), en los términos que el propio Tribunal Constitucional desarrolló en su jurisprudencia de más de veinte años (sobre los mencionados derechos).
- De igual manera, no analizó genuinamente el problema de interpretación, de modo tal que analice cada una de las posibles interpretaciones que se derivan de las normas relevantes²⁵, y menos tuvo en cuenta la jurisprudencia

vanidad o soberbia interpretativa generado por una aparente certeza del entendimiento de la Constitución, lo que hace al intérprete perder grandes oportunidades de ver otras posibles formas de entendimiento de la norma fundamental. Solo así es posible pasar “de la sociedad cerrada de intérpretes constitucionales a la interpretación constitucional a través y para la sociedad abierta” (Haberle, 2008).

²⁴ Una forma de superar esta interpretación híper-integradora sería el acudir a una concepción dialógica de la justicia constitucional, donde “los tribunales o cortes constitucionales promueven el debate colectivo de las cuestiones de interés público, de manera abierta, plural e incluyente” y para ello instauran mecanismos o estrategias que “ayuden a legitimar las decisiones de las cortes constitucionales”, a partir de la escucha de las voces relevantes (de forma previa a la resolución del caso), la consideración de los argumentos de que estos manifiestan y “en una mayor corrección epistémica de las decisiones judiciales (pues contar con un mayor número de participantes en la deliberación, más todavía si intervienen quienes mejor conocen la materia que se discute, ayuda a evitar sesgos y errores de todo tipo)” (Sosa Sacio, 2019: 440-445).

²⁵ “En un sistema codificado de Derecho puede que se considere necesario referir toda disputa y toda decisión sobre la misma a algún artículo o artículos de un Código. Si se considera que el Código cubre exhaustivamente

constitucional existente, relacionada con el tema (específicamente sobre el entendimiento amplio del concepto jurídico y social de familia).

Aquí resulta esclarecedor lo expuesto por MacCormick: “Un tribunal que resuelve un caso específico entre partes individuales debe tener en cuenta su deber, al menos su deber *prima facie*, de resolver el caso de manera consistente con las resoluciones previas sobre las mismas o similares cuestiones” (2018: 111); esto no ocurrió en la sentencia que sirve como hilo conductor del presente trabajo, lo que motiva que en el Capítulo VI reconstruyamos la decisión del caso.

- Lo mismo ocurre con los requisitos de universalidad, consistencia, coherencia y consecuencialista (desarrollados por MacCormick), pues en la decisión analizada no se evaluó los alcances de dicho fallo, de acuerdo con criterios normativos utilizados en el pasado, y pensando hacia futuro²⁶; tampoco se determinó si la interpretación a la que arribó el Tribunal Constitucional resulta contraria con las otras normas que son parte de nuestro sistema jurídico (o compromisos internacionales asumidos por el Estado peruano) y la esencia misma del Derecho, sus principios y valores sustanciales; menos tuvo en cuenta si la decisión que emitió tiene sentido en una sociedad globalizada y democrática, y las consecuencias jurídicas que dicho fallo desencadena en las personas del mismo sexo o parte del colectivo LGTBIQ+ que cuentan con matrimonios válidos en el extranjero pero que viven en nuestro país (esto nosotros lo haremos en el Capítulo VII).

La amplia carta de derechos que existen en nuestro país, que se ve robustecida por los derechos consagrados en los tratados sobre derechos humanos que nos son vinculantes (y las interpretaciones que de estos se derivan, desarrolladas por las Altas Cortes supranacionales), pierden valor real al momento de realizarse una interpretación limitada de un caso y las normas relevantes del mismo –como creemos que hizo el Tribunal Constitucional–, lo que resta a los propósitos de la Constitución y una democracia real y, además, deslegitima el rol de esta Corte Constitucional, como genuino Guardián de la Constitución.

Es cierto que “La diversidad de caminos para la interpretación del Derecho vigente abre el espacio para la presentación de múltiples posiciones sobre un mismo

todo el campo del Derecho, entonces no se puede considerar justificada ninguna decisión a menos que sea subsumida bajo un artículo de las leyes escritas –según alguna interpretación de ese artículo–. No obstante “El hecho mismo de que el Código sea exhaustivo implica una generalidad relativamente alta en los términos de sus artículos, y por tanto una libertad de interpretación y una flexibilidad de elección relativamente amplias. Así que no debe pensarse que el razonamiento y la argumentación en un sistema codificado son siempre y necesariamente formalistas o mecánicos” (MacCormick, 2018: 104-105).

²⁶ Como señala Abad (2019), “la sentencia constitucional, en el marco de los procesos constitucionales de tutela de derechos, no se limita únicamente a la solución de una controversia concreta, vinculada con la dimensión subjetiva (reparación a la agresión sufrida de un derecho fundamental)”, sino que “también [cuenta] con una dimensión objetiva” (réplica de los efectos de la sentencia hacia otros casos) que permite considerar los efectos de la decisión más allá de la situación particular.

asunto”. Sin embargo, “La jurisprudencia debe hacer el esfuerzo de sintetizar y «coherentizar» los materiales del Derecho para poder resolver los casos y así juzgar el mérito relativo de las posiciones encontradas” (López Medina, 2017: 218); creemos que esto no ocurrió en el caso comentado.

Entonces, como una conclusión preliminar de lo hasta aquí expuesto, podemos afirmar que la decisión del Expediente N.º 01739-2018-AA/TC es reprochable por muchas razones (desde la teoría constitucional y la argumentación jurídica), las cuales pretendemos superar en la reconstrucción crítica del caso que realizamos en los Capítulos VI y VII, donde abordaremos el tema a partir de una “lectura moral de la Constitución” –como estrategia metodológica alternativa a la considerada por el Tribunal Constitucional– y trataremos de cumplir los requisitos de racionalidad desarrollados por MacCormick.

IV. MARCO TEÓRICO DE LA NUESTRA PROPUESTA INTERPRETATIVA

En la teoría constitucional contemporánea uno de los principales problemas que se nos presenta es el de la interpretación constitucional, debido a las múltiples concepciones que existen sobre el particular. Gargarella (2008: 123-148), por ejemplo, advierte cuatro concepciones:

- El originalismo: Aquí destacan los postulados de Antonín Scalia y Robert Bork. Esta concepción interpretativa se caracteriza, en términos generales, por buscar la voluntad o intención²⁷ de los creadores de la norma fundamental, a partir de una reconstrucción histórica, y confía en la reforma como un mecanismo para actualizar las normas.

En palabras de Parra Herrera, “Generalmente se distingue entre los originalistas en sentido fuerte y los originalistas en sentido débil²⁸. Los primeros sostienen que se debe indagar en el propósito, significado o intención que tenía «los padres fundadores» o constituyentes para luego resolver los problemas actuales [...]. En cambio, el originalista en sentido débil hace investigación histórica para responder cómo entendían en esa época la Constitución, no solamente los constituyentes sino cual era el sentido público

²⁷ Moreso (2014: 191), al momento de abordar el lugar de las “intenciones” en la interpretación del derecho, señala: “Como es sabido, tradicionalmente suele distinguirse entre teorías subjetivas, que privilegian la intención del legislador, y teorías subjetivas, que privilegian la denominada «voluntad de la ley». Además, precisa que una versión de dicha teoría subjetiva es el originalismo, “según la cual el texto de la Constitución debe ser interpretado de conformidad con las intenciones de los autores del texto”.

²⁸ Pazo Pineda, por su parte, señala que “el originalismo es, en realidad, una fuente de la cual provienen distintos enfoques. Los más conocidos son los que han sido denominados como “textualistas” e “intencionalistas”. En el caso de los primeros, como su nombre lo dice, intentan derivar cualquier significado de la Constitución de los propios términos empleados en ella. En esta clase de casos es por lo demás evidente que el documento, como ocurre en el resto del derecho, no tendrá todas las soluciones para los casos que se examinen. En estos escenarios, los que defienden esta postura son de la idea que debe respetarse la concreción del contenido que realiza el legislador democrático. Por otro lado, en el caso de los intencionalistas, ellos buscan desentrañar la voluntad o propósito de los que elaboraron el texto” (2021: 349).

del texto". También precisa que Antonín Scalía fue un originalista débil (2018: 298-299).

- La lectura moral de la Constitución: El artífice de esta concepción es Ronald Dworkin²⁹. Sus postulados descansan en (i) su entendimiento del Derecho como una práctica social interpretativa orientada a la justicia, (ii) la moral crítica o moral ideal como un ideal normativo, en contraste con la moral social (normas que compartimos por convenciones de la sociedad donde nos integramos), (iii) la concepción moral y principialista de la Constitución (por la existencia de principios extrasistémicos), (iv) la mejor explicación de los casos (interpretación a la mejor luz de los enunciados jurídicos, donde se considera la historia constitucional de un país), (v) la existencia de un juez hércules que logra esa interpretación a la mejor luz, (vi) el proceder de los intérpretes como una empresa colectiva (no es una actividad aislada sino conjunta de los intérpretes), (vii) su actuación interpretativa en la elaboración de la jurisprudencia como una novela en cadena (dialoga con la historia jurídica y asume el Derecho como integridad). Ello concretado en (viii) tres etapas de interpretación: (a) La etapa preinterpretativa, centrada en identificar cuál es el material a interpretar, (b) la etapa interpretativa, que busca interpretar los valores y principios del Derecho, y (c) la etapa posinterpretativa o de ajuste, que tiene por fin escoger la teoría o justificación que desarrolla mejor el valor atribuido a la práctica jurídica.

Por tanto, para Dworkin "la mejor lectura de una teoría [y la Constitución] no sería tanto aquella que describe la intensión –como estado mental– del autor en el momento en que escribió lo que se escribió, sino la que nos ofrece la mejor versión de la teoría en su conjunto" (Lifante, 2018: 175), en los términos antes expuestos.

- Los procedimientos democráticos: Aquí destacan los postulados de John Hart Ely, quien –a través de su texto "Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional"– asemeja la tarea del juez a la del árbitro. Sus postulados son acogidos por Roberto Gargarella, en su texto "La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial".

La justicia constitucional, según esta concepción, debe impedir que los que están en el poder reformen las reglas del juego de manera de que éstas

²⁹ En palabras de Lifante, "La primera gran aportación consistiría en haber situado a la actividad interpretativa en el centro de atención de la reflexión iusfilosófica; podríamos decir que con Dworkin se produce un «giro interpretativo» en la teoría del Derecho que puede condensarse en su propuesta –formulada, si se quiere, de un modo un tanto provocador– de ver el Derecho como interpretación. La segunda gran aportación consistiría en sostener que existen criterios de corrección en el ámbito de la interpretación jurídica que derivan de la propia naturaleza de la actividad interpretativa como actividad constructiva y necesariamente valorativa" (2018: 173-174).

terminen favoreciéndoles. En vez de dictar resultados sustantivos, los jueces deben intervenir sólo cuando el mercado político está funcionando mal porque algunos grupos intentan socavar las reglas del juego competitivo. Además, debe asegurarse que todos los grupos de la sociedad puedan introducir sus demandas en la agenda política y tengan acceso a la representación política. Este objetivo está garantizado a través de un juego democrático limpio y competitivo (minorías “discretas y aisladas”) (Linares, 2008).

- El hecho de los desacuerdos: Jeremy Waldron es el principal exponente de esta concepción, pues a través de su texto “Derecho y Desacuerdos” indica que las constituciones contienen conceptos jurídicos indeterminados e indeterminables, por lo que las discusiones sobre sus contenidos controvertidos tienen que realizarse en los parlamentos, como escenarios democráticos y deliberativos ideales para tal fin³⁰.

Según Waldron, las leyes aprobadas por el Congreso revisten una autoridad especial porque el procedimiento legislativo respeta, del mejor modo posible, el derecho de participación ciudadana en pie de igualdad; por ello, para la toma de decisiones, debemos acudir al procedimiento legislativo que es el que mejor respeta el derecho de las personas a participar en pie de igualdad (Linares, 2008).

Asimismo, con relación a la interpretación jurídica, constitucional, de derechos fundamentales y de derechos humanos, existe abundante desarrollo teórico. Por ejemplo, tenemos los clásicos criterios de interpretación de la ley desarrollados por Friedrich Karl Von Savigny³¹. También contamos con los criterios de interpretación

³⁰ Diego López Medina, al evaluar el proceder de la Corte Constitucional de Colombia y sus líneas jurisprudenciales, señaló que esta Alta Corte acogió en algunas decisiones los postulados de Jeremy Waldron, relacionados con “la dignidad de la legislación como mecanismo democrático de resolución de disensos”: “la Corte ha seguido un camino tortuoso en el que ha cambiado, alternativamente, la deferencia político-constitucional al legislador con la asunción de poderes para garantizar directamente los derechos fundamentales”, siendo ejemplos de lo primero las sentencias C-098/96 (sobre eliminación de la heterosexualidad obligatoria para el reconocimiento de las uniones de hecho) y C-577/11 (sobre reconocimiento del matrimonio igualitario); y, ejemplos de lo segundo las sentencias C-075/2007 (que estableció que las parejas del mismo sexo podían constituir uniones de hecho) y C-683/15 (se permite la adopción biparental por parte de parejas del mismo sexo) (López Medina, 2017: 219-220).

³¹ Como señala Vigo (2022: 17), “Savigny consagrará la exitosa fórmula de que interpretar una norma era «re construir (o desentrañar) el pensamiento del legislador ínsito en la ley» y para ello propuso cuatro métodos: a) el gramatical (tenía por objeto las reglas gramaticales a las que recurrió el legislador y que permitirían saber exacta mente lo que la ley dice); b) el lógico (apela a dilucidar cualquier duda yendo a la voluntad del legislador expuesta en los debates parlamentarios, notas a pie de página, etc.); c) el histórico (se compara la ley o el derecho anterior con el nuevo); y, d) el sistemático (contempla la ley o la norma en cuestión en el marco del sistema adonde se incorpora la misma). Por supuesto que esos métodos no resultan satisfactorios para los derechos humanos en tanto: a) el recurso a la fórmula lingüística en que está expresado el derecho humano no goza de un pacífico significado normativo, y abre decisivas polémicas en orden a establecerlo; b) porque la decisión del legislador al limitarse a reconocer y no crear el derecho humano, no es relevante su propósito para dilucidar su contenido y alcance; c) no cabe la aplicación del método histórico en tanto los derechos humanos fundamentales no pueden someterse –diría Dworkin– al test de origen o *pedigree*, pues ellos son esa juridicidad dada e indisponible para el creador de toda norma; y, d) los derechos humanos resisten su inclusión en un sistema

de la Constitución (Konrad Hesse, 2012)³², de los derechos fundamentales³³ y de los derechos humanos³⁴, y las teorías de la interpretación: doctrinas cognitiva, escéptica (no-cognitivista) y constructivista³⁵. Incluso existen otros postulados teóricos importantes al respecto, como los expuestos por Gustavo Zagrebelsky, quien considera que el derecho es “dúctil” (no consiste solo en reglas legales aplicadas rígidamente, sino que debe tomarse en cuenta la justicia del caso) o la tesis de la injusticia extrema de Gustav Radbruch (El Derecho extremadamente injusto carece de naturaleza jurídica, por lo que no es Derecho válido) (Sosa Sacio, 2023).

No es nuestra intención realizar un análisis detallado de cada una de las concepciones o teorías escuetamente enunciadas, pues ello claramente excedería el fin del presente trabajo. Por ello, únicamente haremos algunas precisiones conceptuales sobre las dos primeras concepciones (“el originalismo” y “la lectura moral de la Constitución”), para inmediatamente después presentar nuestra alternativa de resolución del caso.

IV.1. El originalismo

En la teoría jurídica contemporánea se presentan diversas dudas y problemas sobre los alcances o significados de los enunciados normativos constitucionales. Una concepción que surge para resolver ello es el originalismo, que también responde el actuar amplio y proactivo de los jueces y tribunales (que los hace parecer “legisladores”)³⁶.

completo y apriorístico, más bien son compatibles con un sistema dinámico y puesto a prueba en cada problema jurídico que corresponde resolver computando lo axiológico y el caso mismo”.

³² Los cuales fueron acogidos por el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el Expediente N.º 5854-2005-PA/TC, esto es, los principios de unidad de la Constitución, de concordancia práctica, de fuerza normativa, de corrección funcional y de función integradora.

³³ Como son los de *pro homine* (preferencia interpretativa y de normas), posición preferente de los derechos, la mayor protección de los derechos fundamentales, la fuerza expansiva de los derechos fundamentales, el respeto del contenido esencial de los derechos fundamentales, la ponderación de los derechos fundamentales, la interpretación conforme con los tratados sobre Derechos Humanos y el principio de progresividad (Carpio Marcos, 2005).

³⁴ Como son los de progresividad, interacción, promoción, universalidad, indivisibilidad, irreversibilidad e interpretación de acuerdo con el objeto y fin del tratado (Carpio Marcos, 2005).

³⁵ “Los filósofos del derecho suelen destacar tres concepciones acerca de la «naturaleza» de la interpretación judicial. El cognitivismo («formalismo», «noble sueño») considera la interpretación judicial como una actividad de conocimiento del significado jurídicamente correcto de las disposiciones. El no-cognitismo («realismo», «escepticismo», «pesadilla») considera, en cambio, la interpretación judicial como una actividad que siempre y necesariamente involucra decisiones acerca del significado jurídicamente correcto de las disposiciones. La teoría mixta o intermedia («eclecticismo», «vigilia»), en fin, considera la interpretación judicial como una actividad que, con arreglo al significado jurídicamente correcto de las disposiciones, algunas veces es conocimiento, otras veces es decisión” (Chiassoni, 2015: 11). Otra reconstrucción de éstas concepciones la encontramos en Martínez Zorrilla, David (2010: 49-56).

³⁶ En palabras de Pazo Pineda, “el originalismo surge como una reacción al notorio rol que estaba asumiendo el Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos para interpretar las disposiciones constitucionales. Tiene bastante sentido que esto haya ocurrido precisamente en dicho país, ya que este se caracteriza por sus importantes brechas temporales” (2021: 352).

Según esta concepción, “Una forma de «anclar» la interpretación constitucional, impidiendo al interprete que ponga, en lugar del texto constitucional, sus propias opiniones, parece ser la de «fijar» el contenido de la misma al sentido original que le dieron sus creadores” (Gargarella, 2008: 127).

Parra Herrera (2018: 297-299), al respecto, señala que el término originalismo fue acuñado “en un artículo de Paul Brest de 1981, titulado *The Fundamental Rights Controversy: The Essential Contradictions of Normative Constitutional Scholarship*, en el que definió esa forma de interpretación como «la aproximación familiar a la adjudicación constitucional que acuerda vincular autoridad al texto de la Constitución a la intención de sus constituyentes”. Esta teoría, habitualmente utilizada en los Estados Unidos, interpreta a la Constitución “en el sentido original que tenía en el momento en que fue proferida”:

Para revelar el significado original de la Constitución, el intérprete debe preguntarse: ¿cuál era el significado público, verificable objetivamente, que tenían las disposiciones constitucionales cuando la Constitución fue promulgada? Para abordar esta pregunta el intérprete debe acudir a los diccionarios que posiblemente se utilizaron en la época, el marco filosófico y legal existente en el momento de su promulgación, información histórica relevante para desentrañar el significado del texto constitucional y otros documentos legales y doctrinarios existentes en ese momento. Lo realmente importante para determinar el sentido de la Constitución era cómo la entendían en el momento en que fue promulgada y no cómo la entienden en el momento en que es interpretada [...]. La doctrina del originalismo parte de dos premisas, ambas altamente cuestionables: (i) el significado de la Constitución se encuentra fijo y estable al momento de su promulgación³⁷; y, (ii) el significado histórico tiene importancia jurídica y es vinculante en la mayoría de los casos. La primera premisa asume que el significado de un texto se encuentra fijo al momento de su divulgación.³⁸

Algunas de las razones que sustentan esta posición, siguiendo también la reconstrucción de Roberto Gargarella (2008: 18-129), son las siguientes:

- “En los orígenes de la democracia constitucional, los fundadores del constitucionalismo pensaban que, en el futuro, la Constitución debía

³⁷ A esto Josep Aguiló ha denominado “el gobierno de los muertos”: se somete a los vivos a la voluntad de los muertos (2015: 11).

³⁸ A decir de Dworkin, “De acuerdo con el originalismo, las grandes cláusulas de la Declaración de Derechos deben ser interpretadas no como consagrando los principios morales abstractos que realmente describen, sino en su lugar como aludiendo, en un tipo de código o disfraz, a las suposiciones y a las expectativas propias de los constituyentes acerca de la aplicación correcta de esos principios” (2015: 275-276).

interpretarse conforme a las directiva que le hubieran impuesto sus creadores”.

- El originalismo “nos brinda seguridad, garantizándole a cada ciudadano certeza en relación con el derecho al que está sometido”, de modo que tal que “viene a «bloquear» aquellos intentos aventuremos de los interpretes constitucional”.
- Los representantes de esta concepción “no se oponen en absoluto a la «evolución jurídica». La comunidad puede hacer todas las innovaciones legales o constitucionales que quiera. Lo que ocurre es que tales innovaciones no deben ser agregadas, subrepticamente, por los jueces”.
- Esta concepción “es la única alternativa interpretativa respetuosa de la voluntad democrática de la ciudadanía”, pues el pueblo “conserva en sus manos las llaves del cambio”.

Este es el marco conceptual que utilizaremos para evaluar críticamente la sentencia del caso Ugarteche Galarza de forma especial (Capítulo V).

IV.2. La lectura moral de la Constitución

Esta concepción surge ante la preocupación central de Ronald Dworkin sobre “cómo los jueces deben resolver los casos difíciles cuando las leyes y los precedentes aplicables en la materia no prevén una respuesta clara o justa”. Para ello propuso su tesis de “la única respuesta correcta [que] asegura la objetividad de las decisiones judiciales” (García Jaramillo, 2015: 12- 21).

En palabras de Dworkin, la lectura moral “Es una teoría acerca de cómo ciertas cláusulas de algunas constituciones deben ser leídas, acerca de qué cuestiones deben ser preguntadas y respondidas al decidir qué significan y requieren esas cláusulas. No es una teoría acerca de quién debería preguntar estas cuestiones, o acerca de la respuesta de quién debemos tomar como la autorizada” (2015: 307). La lectura moral de la Constitución “propone que todos nosotros –jueces, abogados y ciudadanos– interpretamos y aplicamos estas cláusulas abstractas [los derechos] en el entendido de que, al hacerlo, invocamos principios acerca de la moralidad política y de la justicia³⁹” (2015: 258).

³⁹ “Dworkin opta en sus últimas obras por hablar en términos botánicos y señala que el Derecho, la práctica jurídica, sería una rama de la moralidad política. Las raíces del árbol dworkiniano estarían constituidas por la ética (que es la que se ocupa de cómo debemos vivir; y, que Dworkin presenta como una cuestión de responsabilidad con nosotros mismos), donde los principios fundamentales serían el de auto-respeto y el de autenticidad. A su vez, de esas raíces surgiría el tronco que sería la moralidad (que es la que se ocupa de cómo debemos tratar a los otros) y de ese tronco surgen varias ramas, una de las cuales sería la moralidad política, de la que, a su vez, surgiría el Derecho” (Lifante, 2018: 197).

Para Dworkin toda interpretación es una práctica cargada de valoración, en la cual se plantean juicios sobre el valor del objeto que es interpretado y sobre el valor de la interpretación misma en un campo disciplinar determinado (García Jaramillo, 2015: 27). Por ello, “El proceso judicial es una interpretación (palabra clave en la tesis de *Law’s Empire* de Dworkin); la interpretación de los principios actuales en un estadio particular de la evolución histórica de una práctica. Al perseguir este fin, los jueces deben guiarse por lo que él llama integridad (otra palabra clave)⁴⁰. La integridad implica las nociones de imparcialidad, justicia y cumplimiento de los procedimientos establecidos”; además, “Otra calidad de integridad consiste en el intento de maximizar la igualdad entre los ciudadanos de una sociedad” (Riddall, 2008: 147).

De modo que, “la labor del interprete consiste en encontrar respuestas para las preguntas que formula la Constitución, [en] determinar cuál es la mejor concepción de los distintos conceptos fundamentales que la Constitución fija en su texto (libertad de expresión, justicia, igualdad). Para ello, los jueces no tienen las manos libres. La concepción que elaboren debe, por un lado, ser fiel al texto escrito en la Constitución, tanto como a las tradiciones y la práctica constitucional de la comunidad” (Gargarella, 2008: 133); esto último lo afirma como respuesta ante la crítica sobre el actuar totalmente libre de los jueces⁴¹.

Ello significa que “la tarea del juez a la hora de decidir un caso es muy similar a la tarea que se enfrenta el escritor cuando le toca continuar con la redacción de la novela en cadena”⁴², de modo que, de un lado, el juez “reconoce algo muy importante, y es que no está sólo en su tarea, sino que forma parte de una empresa colectiva” y, de otro lado, “existen múltiples continuaciones posibles”, por lo que el intérprete o los interpretes –como un juez Hércules– deben esforzarse “por determinar cuál es la mejor continuación posible de esta historia” (Gargarella, 2008: 134-135); esto es, “Deben considerarse a sí mismos como socios de otros oficiales, pasados y futuros, quienes conjuntamente elaboran una moralidad constitucional coherente, y deben ser cuidadosos y ver qué aquello con lo que contribuyen encaje con el resto (He dicho en otra parte que los jueces son como los autores que conjuntamente crean una novela en cadena, en la cual cada uno escribe un capítulo

⁴⁰ “El derecho como integridad exige que los casos similares sean tratados de manera similar y condena –por lo tanto– las leyes y sentencias fundadas en distinciones caprichosas. La integridad constituye, así, el criterio valorativo de identificación de las normas jurídicas cuyas características generales habían sido señaladas en *Taking Rights Seriously* [Los derechos en serio]. Las exigencias del derecho como integridad son especialmente importantes en el campo de la adjudicación o aplicación judicial del derecho” (Hart & Dworkin, 1997: 65).

⁴¹ El deber de un juez es interpretar la historia que encuentra, no inventarse una historia mejor (Dworkin, 1997: 169).

⁴² “En un ensayo titulado *How Law is Like Literature*, Dworkin traza una analogía entre el proceso de apelar a los precedentes y la composición de una novela en cadena. Una novela en cadena es un libro escrito por muchos autores diferentes; cada uno de los sucesivos autores debe continuar la historia escrita por aquellos que lo precedieron. En la analogía de Dworkin, así como la calidad de la novela en cadena se mide en relación a lo bien que se adecue a lo que ya se hubiere escrito previamente, del mismo modo el fallo del juez debería ser evaluado en relación a lo bien que consiga encajar con los precedentes” (Tribe, 2017: 156).

que tiene sentido como parte de una historia como un todo)” (Dworkin, 2015: 271-272).

En otro momento Dworkin señaló que:

[...] cada juez es como uno de los novelistas en la cadena. Él o ella debe repasar y leer lo que otros jueces han dictaminado en el pasado, no sólo para saber qué han dicho, ni su estado mental al pronunciarse, sino para llegar a establecer su parecer sobre lo que los otros jueces, en conjunto, han «realizado», tal y como cada uno de nuestros novelistas se fue formando una opinión sobre qué era la novela hasta ese momento escrita. Cualquier juez obligado a pronunciarse en un pleito encontrará, si busca bien, los registros de muchísimos casos relativamente parecidos y sobre los que se ha pasado sentencia a través de décadas y a veces hasta centurias por parte de otros jueces con estilos y filosofías políticas distintas, durante períodos de distinta ortodoxia procedimental y distintas convenciones jurídicas. Cada juez debe verse a sí mismo, al sentenciar un nuevo caso, como un eslabón en la compleja cadena de una empresa en la que todas aquellas innumerables sentencias, decisiones, estructuras, convenciones y prácticas son la historia. Su responsabilidad es continuar esa historia hacia el futuro gracias a su labor hoy. «Debe» interpretar lo que ha venido ocurriendo porque tiene la responsabilidad de hacer progresar esa empresa que tiene entre manos antes que tomar de golpe por su propio camino. De manera que debe establecer, en acuerdo a su propio juicio, hasta dónde habían llegado las decisiones previas, cuál era el asunto primordial o tema de la práctica hasta ese punto y todo esto tomado como un conjunto integral (1997: 166-167).

El juez, además, “debe apoyarse en los principios disponibles para plantear una solución que se ajuste bien dentro de la explicación general o la «teoría» que mejor justifique el contenido integral del sistema jurídico” (Lacey, 2021: 115).

Este proceso interpretativo, en palabras de Dworkin (2008: 57-58), debe desarrollarse en tres etapas:

En primer lugar, debe haber una etapa «pre-interpretativa», donde se identifican las reglas y normas que proporcionan el contenido provisorio de la práctica [...]. Coloco la palabra «pre-interpretativa» entre comillas porque hasta en esta etapa es necesario alguna forma de interpretación [...]. Segundo, debe haber una etapa interpretativa, donde el intérprete establece una justificación general para los principales elementos de la práctica identificada en la etapa pre-interpretativa. Esto consistirá en un debate de por qué vale la pena buscar una práctica con esa forma general.

La justificación no necesita adaptarse a cada uno de los aspectos o características de la práctica permanente, pero sí los suficientes para que el intérprete pueda verse a sí mismo interpretando dicha práctica y no inventando una nueva. Por último, debe haber una etapa pos-interpretativa o reformadora, donde ajusta su sentido sobre qué necesita «en realidad» la práctica para adecuarse mejor a la justificación que acepta en la etapa interpretativa.⁴³

Sin embargo, Dworkin también “advierte que este esqueleto de la actividad interpretativa [...] es artificial, en el sentido de que no muestra las relaciones que existen entre las distintas etapas, y puede dar la impresión de que las mismas son independientes, cuando en su opinión hay que recalcar la idea de que la interpretación es holística y que entre las distintas etapas se genera una relación similar a la del equilibrio reflexivo rawlsiano” (Lifante, 2018: 196).

V. EVALUACIÓN “ESPECIAL” DE LA DECISIÓN DEL CASO UGARTECHE GALARZA

Una visión superficial –y común– del problema interpretativo evaluado en el presente caso (existencia o no del denominado matrimonio igualitario) podría significar que lo definamos desde dos frentes aparentemente opuestos: el de los liberales y el de los conservadores, o quizás el de las derechas y las izquierdas. Es más, desde esta visión simplista del problema podría afirmarse que el texto constitucional no es más que un pretexto para que el intérprete, según sea conservador o liberal, defina lo que dice la Constitución según lo que él desea (como un espejo que refleja su propia visión y entendimiento de la vida social y jurídica buena)⁴⁴, de modo tal que los conservadores o los liberales, sean de derechas o de izquierdas (si es que en verdad existe una genuina distinción entre estas dos visiones), interpreten la Constitución y lo que esta prevé según su propio entendimiento de la norma fundamental y los derechos que ella consagra. Claramente esta visión es inaceptable: “La autoridad de la Constitución, su exigencia de obediencia y la fuerza que nosotros permitimos que ejerza en nuestro derecho y

⁴³ “Este proceso de interpretación de las prácticas jurídicas se lleva a cabo en tres fases. En la primera –pre-interpretativa– el intérprete identifica las reglas y principios que hacen parte de esas prácticas. El criterio de identificación es la aceptación general de las reglas y principios por parte de los miembros de la comunidad jurídica. En la segunda fase –interpretativa–, el intérprete debe ofrecer una justificación moral y política de los elementos de la práctica jurídica identificados en la primera fase. La justificación no tiene que encajar –fit– en todos los elementos de la práctica –por lo general no es posible que lo haga, porque existen reglas y principios contradictorios–, pero sí en buena parte de ellos; debe encajar en grado suficiente para presentarse como una justificación de «esa» práctica. En la tercera fase –post-interpretativa–, el intérprete formula reformas a la práctica jurídica existente, con el fin de acercarla a los requerimientos de la justificación desarrollada en la fase interpretativa” (Hart & Dworkin, 1997: 63).

⁴⁴ “El carácter del debate contemporáneo parecería sugerir tanto como esto. Los liberales típicamente acusan a los conservadores de leer en la Constitución sus deseos de preservar riquezas y privilegios, así como la distribución existente entre ambos. Los conservadores típicamente acusan a los liberales de ver plasmados allí sus deseos de redistribuir la riqueza, de equiparar las oportunidades entre las razas y los sexos, de excluir la religión de la esfera pública, y de proteger el derecho a la privacidad” (Tribe, 2017: 48).

sobre nuestras vidas perdería toda legitimidad si solo fuera un espejo para las ideas o los ideales de los interpretes” (Tribe, 2017: 57).

Otra forma de entender y reconstruir el caso es abordándolo de forma crítica⁴⁵, desde las visiones del “originalismo” y “la lectura moral de la Constitución”, en los términos conceptuales antes expuestos. Consideramos que esta es una forma metodológica de ejemplificar cómo puede resolverse un caso desde dos concepciones teóricas distintas, por lo que así procedemos a continuación, precisando previamente dos puntos importantes.

V.1. Un ejemplo claro de resolución de casos según “el originalismo”

Como se habrá podido advertir hasta ahora (luego de detallar las características centrales de las concepciones interpretativas descritas en el Capítulo IV), los votos singulares de los magistrados Ferrero Costa, Blume Fortini y Sardón de Taboaba (reseñados en el Capítulo II), parten de una concepción claramente originalista, debido a que –como razones centrales de sus posiciones–:

- Realizaron una reconstrucción histórica del matrimonio, pues partieron de una investigación histórica de esta institución, al punto que citaron a alguno de los integrantes de la Asamblea Constituyente de 1993.
- Expresaron su confianza en la reforma constitucional y legal para el reconocimiento de las uniones matrimoniales homosexuales, al punto que propusieron posibles mecanismos de reforma normativa y postularon algunos nombres que podría otorgarse a estas uniones.
- Hablaron del límite de los jueces constitucionales y allí cuestionaron los votos en minoría de los magistrados Ramos Núñez, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera (quienes propusieron que se declare fundada la demanda y, consecuentemente, reconozca el matrimonio de Óscar Ugarteche Galarza y Fidel Aroche).
- Indicaron que sustentan sus posiciones en un ideal democrático.

Lo descrito nos muestra, a modo de ejemplo exploratorio, cómo se puede resolver un caso según los postulados del originalismo y, además, hace evidente que dicha concepción interpretativa está presente en algunos magistrados constitucionales nacionales.

V.2. Así no debería interpretarse la Constitución

⁴⁵ La gramática del constitucionalismo moderno determina la estructura y los límites de los principales componentes del discurso jurídico y político contemporáneo (Bonilla, 2015: 7); sin embargo, es necesario generar un entendimiento crítico de este entendimiento del constitucionalismo, de modo que se pueda replantear “algunas cuestiones que hoy damos por sentadas o que aparecen como obstáculos insuperables en el plano jurídico” (Rodríguez & Kauffman, 2014: 8).

Seguramente podríamos presentar muchas críticas a la forma concreta en que se resolvió el caso Ugarteche Galarza, según hicimos antes de forma general, desde la teoría constitucional y la argumentación jurídica (Capítulo III). Es más, podríamos postular algunas interrogantes a lo expuesto por los magistrados que resolvieron el caso en mayoría: ¿Podemos en verdad reconstruir la intensión genuina de cada uno de los constituyentes? ¿Es suficiente con reconstruir la voluntad de uno o algunos de los integrantes de la Asamblea Constituyente? ¿Solo debe considerarse la voluntad de ellos y no de las personas que decidieron darse la Constitución? ¿Qué ocurre con la voluntad de quienes no consideraron necesaria aprobar la norma fundamental? ¿Esta voluntad disidente no se considera? ¿Tenemos registrada la voluntad de la ciudadanía en general que decidió aprobar la Constitución? ¿Ambas voluntades –de la asamblea constituyente y de los representados por esta– eran unívocas o coincidían en su plenitud al momento de la aprobación de la Constitución? ¿Las personas que elaboraron el proyecto de norma fundamental pensaron lo mismo que las personas que en el tiempo modificaron algunos artículos de esa Constitución? ¿Debemos considerar la voluntad de las personas que reformaron en el tiempo parte de la Constitución o solo debemos tener presente la intensión de quienes elaboraron el proyecto inicial de norma fundamental? ¿No habrá existido un disentimiento entre lo que la asamblea constituyente en su conjunto entendía de cada uno de los derechos que plasmaron en la norma fundamental? ¿Dónde está preservada esa voluntad unitaria y genuina de los constituyentes? ¿No es necesario que las generaciones actuales evalúen, piensen o reconstruyan esa voluntad en caso la misma exista? ¿Qué ocurre si esa voluntad histórica restringe o afecta groseramente otros derechos fundamentales (o compromisos internacionales sobre derechos humanos)⁴⁶? Quienes elaboraron la Constitución ¿Evaluaron todo el universo de casos posibles que en el tiempo se presentarían –de modo que negaron alguno de dichos supuestos–? ¿Negaron todos ellos la posibilidad de que la familia y el matrimonio cambien en el tiempo (como efectivamente se refinó esta institución en la historia)? ¿Los redactores de la Constitución no habrán expuesto los derechos en un lenguaje general para así permitir que los casos que a futuro se presenten también sean respondidos adecuadamente, incluso aquellos que ni por asomo se les ocurrió en el momento constituyente? ¿Las interpretaciones de la Constitución que después hicieron el Tribunal Constitucional y la Salas Supremas de la Corte Suprema de Justicia de la República no ayudan a entender esa voluntad de los constituyentes o cambiarla?

⁴⁶ Como señala Clérico, “Del hecho de que el constituyente histórico solo haya pensado en la imagen del matrimonio tradicional y no haya incluido la perspectiva de igualitario no se sigue que no lo debiera haber incluido en ese entonces o que incluso no se debiera excluir en la actualidad para terminar con la discriminación arbitraria por la orientación sexual de la pareja” (2010: 156). Esto lo abordaremos a detalle en la reconstrucción del caso y la resolución del problema de interpretación (Capítulos VI y VII).”

Estas son algunas dudas que nos presenta la resolución del caso en manos del Tribunal Constitucional⁴⁷. Sin embargo, como señalamos antes (Capítulo III), consideramos que el acoger la concepción originalista para interpretar la Constitución no es una forma válida de entender esta norma fundamental⁴⁸ (siguiendo la línea de pensamiento de Tribe); por lo que ahora procedemos a reconstruir el caso a partir de otra visión que consideramos importante tener presente para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales.

VI. RECONSTRUCCIÓN DEL CASO: LA LECTURA MORAL DE LA CONSTITUCIÓN

La Constitución no solo es una regulación normativa que responde a un momento de la vida social de un país (visión inmediata), sino que también, por la flexibilidad de su redacción y los principios, bienes, valores y derechos que esta consagra, es un compromiso –y proyección– a futuro de lo que la sociedad quiere de la misma o aspira como democracia, como un instrumento de cohesión social que tutela la dignidad y el trato igualitario de quienes decidieron darse esta norma fundamental o en el tiempo la hacen suya (visión mediata). Por ello, el conjunto de normas que ella integra evoluciona en el tiempo, algunas veces impulsado por las coyunturas sociales, jurídicas y políticas que enfrenta⁴⁹; lo contrario significaría entender a la Constitución como una norma fundamental inerte o petrificada, incapaz de atender la realidad que se le pone adelante, que ignora un contexto de constante desarrollo y cambio jurídico, político y social.

Dentro de ese marco es que ahora nos proponemos realizar una reconstrucción distinta del caso, utilizando las herramientas conceptuales de la teoría constitucional, la argumentación jurídica y la práctica jurisprudencial, de modo que encontremos un mejor entendimiento de la Constitución y los principios, bienes, valores y derechos que esta consagra, y así determinar si el matrimonio igualitario debe o no ser reconocido; para ello partimos de los postulados de Ronald Dworkin y “la lectura moral de la Constitución”.

⁴⁷ Chiassoni, por ejemplo, señala que “Una intensidad genuinamente compartida por todos los constituyentes es ilusión. Además, aun si existiera, sería difícilmente susceptible de identificación mediante métodos objetivos” (2015: 31).

⁴⁸ La interpretación originalista de la Constitución, en lo que respecta al caso que reconstruiremos en el Capítulo VI, no interpreta “a su mejor luz” los derechos relevantes para el caso (dignidad, libre desarrollo de la personalidad, igualdad material y no discriminación); tampoco considera la “empresa colectiva” que emprendieron los jueces constitucionales; y, menos tiene en cuenta la “novela jurisprudencial en cadena” que construyeron las distintas y diversas conformaciones del Tribunal Constitucional (y el sistema internacional de los derechos humanos, según abordaremos en el Capítulo VII); además, genera “un aumento de la intensidad de la discriminación que afecta no solo la autonomía personal sino también la autonomía política del colectivo LGTBI” (Clérico, 2010: 157).

⁴⁹ Aquí los jueces tienen un rol importante e inaplazable, pues en su jurisprudencia deben desarrollar y contextualizar la Constitución, dentro de sus propios márgenes (sin excesos) y considerando los aportes del constitucionalismo contemporáneo global (compatibles con el sistema democrático y la dignidad de las personas).

Iniciamos con algunas cuestiones centrales. La concepción interpretativa de Dworkin se sustenta en las premisas que detallamos ampliamente en el Capítulo IV (el Derecho como integridad), las cuales aquí abordamos desde una visión estrictamente práctica.

VI.1. El Juez Hércules

El Tribunal Constitucional, aun cuando no haya acogido expresamente dicha categoría conceptual o indicado que actúe de esa forma, pareciese que asumió tal función (en el tiempo y en algunos casos). Aquí resaltamos algunos ejemplos:

- En el Expediente N.º 01939-2011-PA/TC conoció un conflicto existente entre dos regiones del país y el Gobierno Central –entre todos–. Allí, antes que resolver el caso de un sentido u otro (de modo que declare fundada o infundada la demanda), dispuso “la realización de un nuevo y definitivo estudio técnico de balance hídrico integral” por parte del Gobierno Nacional (a través de la Presidencia del Consejo de Ministros-Proinversión), el Gobierno Regional de Cusco y el Gobierno Regional de Arequipa, de modo tal que sean estas instituciones las que definan las condiciones, el financiamiento y el plazo de dicho estudio. Así, el Tribunal Constitucional actuó como un mediador del grave conflicto que se generó entre dos regiones del país e innegablemente permitió superar un conflicto ambiental que tenía tras suyo a dos departamentos con constantes movilizaciones sociales; esta actuación podría calificarse como la de un “juez hércules”, que antes que estimar o desestimar una demanda busca una respuesta correcta al caso, acorde con los principios y valores de un sistema jurídico.
- Algo similar ocurrió en el Expediente N.º 0006-2019-CC/TC, al admitir la demanda propuesta en tal caso, que evaluaba la constitucionalidad de la disolución del Congreso de la República realizada por el Presidente de la República. Allí el Tribunal Constitucional, fuera de las formas previamente establecidas en su jurisprudencia para conocer el caso, indicó que por la trascendencia del asunto era necesario admitir la demanda, aun cuando quien la proponía no tenía legitimidad activa; todo para así resolver un conflicto de implicancia general para nuestra democracia.
- Otros ejemplos que en el tiempo podríamos considerar casos donde el Tribunal Constitucional actuó como un verdadero “juez hércules” –que busca respuestas correctas a las interrogantes que se les plantea– son las sentencias donde se declararon distintos estados de cosas inconstitucionales: (i) Expediente N.º 0089-2017-PA/TC, (Caso Azanca Alhelí Meza García contra el Estado-Ministerio de Salud), sobre la cobertura del tratamiento integral para pacientes con VIH/SIDA; (ii) Expediente N.º 02445-2003-AA/TC (Caso ONP

contra la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima), sobre la presentación temeraria de amparos contra resoluciones judiciales que en su oportunidad otorgaron tutela para el derecho a la pensión; (iii) Expediente N.º 00017-2008-PI/TC, sobre el estado de cosas inconstitucional en el sistema educativo universitario; (iv) Expediente N.º 01722-2011-AA/TC (Caso Sindicato de obreros municipales de la Municipalidad de Lima contra la Municipalidad Metropolitana de Lima), sobre el incumplimiento de la sentencia de la Corte IDH - Acevedo Jaramillo; (v) Expediente N.º 04539-2012-PA/TC (Caso Sindicato de Trabajadores Tributarios y aduaneros contra la SUNAT), sobre la interpretación inconstitucional y omisión de pago de la sobretasa en días feriados nacionales; (vi) Expediente N.º 02744-2015-PA/TC (Caso Jesús de Mesquita Oliviera y otros contra la Superintendencia Nacional de Migraciones), sobre la omisión reglamentaria sobre las garantías formales y materiales a favor de migrantes; (vii) Expediente N.º 00853-2015-PA/TC (Caso Marleni Cieza Fernández y otra contra la Unidad de Gestión Educativa Local de Uctubamba), sobre el derecho a la educación secundaria gratuita; y, (viii) Expediente N.º 00889-2017-PA/TC (Caso María Antonia Díaz Cáceres contra la Municipalidad de Provincial Carhuaz) sobre el derecho al uso del propio idioma ante cualquier autoridad y el derecho a que en las zonas donde predominen las lenguas originarias, estas sean instituidas como idiomas oficiales, junto al castellano (Apaza, 2022).

VI.2. La novela en cadena (jurisprudencial)

Aquí analizamos algunas de las principales decisiones que en el tiempo emitió el Tribunal Constitucional⁵⁰, donde se discutieron aspectos similares a los que fueron objeto de análisis en la decisión que se pretende reconstruir. Así advertimos abundante jurisprudencia sobre el particular:

- El Expediente N.º 6572-2006-AA/TC, donde se amplió el concepto formal de familia e indicó que las uniones de hecho, al igual que los vínculos matrimoniales, tienen derechos que si bien formalmente no se reconocen en el ordenamiento jurídico implícitamente son admitidos. Por ello, se reconstruyó jurisprudencialmente los derechos de los convivientes y se les

⁵⁰ Aquí debemos tener cuidado, pues –como advierte López Medina (2006: 139)– “la lectura de sentencias individuales, sin sentido de orientación o agrupación, puede llevar al analista a una dispersión radical, con la consecuente incomprensión de los mensajes normativos emanados del derecho judicial”. Dicho autor propone un esquema de análisis dinámico que permite reconstruir la jurisprudencia: “a partir de una pregunta (o problema jurídico) es posible ubicar en un mismo plano las sentencias a partir de dos respuestas contrapuestas en cada extremo del plano (izquierda o derecha), y se colocan de arriba hacia abajo en orden cronológico. Dependiendo de las posiciones que éstas tengan en el plano es posible diferenciarlas en aquellas que fundan, consolidan, modifican o, que en su caso, son ubicadas como hito (*leading case*)” (Sotelo, 2017: 138).

otorgó el derecho a la pensión, aun cuando –reiteramos– normativamente solo se reconocía dicha provisión a los vínculos matrimoniales (en amparo de los derechos que en el caso ahora reconstruido también se invocan y eran relevantes).

- El Expediente N.º 2868-2004-AA/TC, donde nuevamente se realizó una interpretación amplia del concepto de familia y su protección a través del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Aquí se indicó que ninguna persona, natural o jurídica, puede impedir que las personas decidan contraer nupcias, por lo que –jurisprudencialmente– eliminó la potestad de control previo de las instituciones castrenses para que sus subordinados contraigan matrimonio previa autorización de las mismas. En esta decisión indicó que sistema jurídico reconoce todo vínculo sentimental continuo, siempre que no contradiga expresamente las disposiciones nacionales o los compromisos internacionales asumidos por el Estado peruano.
- En los Expedientes números 09332-2006-AA/TC, 01643-2014-PA/TC, 02478-2008-PA/TC, 04493-2008-PA/TC y 01204-2017-PA/TC otorgó protección amplia a las familias ensambladas o reconstruidas, a partir del análisis de los nuevos contextos sociales que vive el país. En las dos primeras decisiones se precisó que “Desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Así, cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del *pater familias*. Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho, las monopaternales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas”.
- En los Expedientes números 02904-2011-PA/TC y 02744-2015-PA/TC habló del fortalecimiento de la unidad familiar y la protección de la familia y el medio familiar, de modo tal que estos conceptos –dentro de los cuales está el matrimonio– sean entendidos de forma robusta y con protección mayor constitucional.

En la jurisprudencia nacional tenemos similares ejemplos a los descritos (lo que también se replica en sede ordinaria y supranacional). De este modo, es innegable que existe una actuación en cadena del Tribunal Constitucional en favor del reconocimiento constitucional amplio y robusto de toda forma de familia (también

convencional⁵¹, según se profundizará en el Capítulo VII). Ello, como es obvio, se debe a que contemporáneamente la visión tradicional o adánica (bíblica) de la familia fue superada progresivamente, en la doctrina⁵² y la jurisprudencia nacional y comparada. Es decir, existe una robusta protección constitucional para las distintas configuraciones de familias, sean estas las constituidas por un matrimonio, las familias ensambladas, las familias provenientes de uniones convivenciales (de hecho), las familias adoptivas, las familias de crianza y las familias monoparentales (encabezadas solo por una madre o padre), todas sustentadas en ser “una comunidad de afecto, cuidado y solidaridad, independiente de su configuración” (López Medina, 2017: 131). Aquí la procreación no resulta esencial ni indispensable para la constitución de una familia y/o matrimonio (como ahondaremos a detalle en el Capítulo VII), pues ello significaría negar protección constitucional a todos los modelos de familia descritos, entre otros casos (parejas infértiles, de la tercera edad o las que decidieron no procrear)⁵³.

VI.3. Labor o empresa colectiva (en la interpretación)

Lo hasta aquí descrito debió ser considerado por el Tribunal Constitucional al momento de resolver el caso ahora reconstruido, de modo tal que continúe con la novela en cadena que vino desarrollando durante los más de veinte años de su creación y desarrollo jurisprudencial, pues en el tiempo ello significó que las distintas y diversas conformaciones que integraron este Alto Tribunal actuaron en una genuina labor o empresa colectiva (donde consolidaron una protección amplia y robusta a las nuevas construcciones familiares que la sociedad presenta). Así también habría enfrentado cabalmente el gran reto que este caso presenta a la justicia constitucional (nacional y comparada), para buscar una interpretación del

⁵¹ La Corte IDH precisó que “en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo «tradicional» de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio”; además señaló que “la imposición de un concepto único de familia debe analizarse no sólo como una posible injerencia arbitraria contra la vida privada, según el artículo 11.2 de la Convención Americana, sino también, por el impacto que ello pueda tener en un núcleo familiar, a la luz del artículo 17.1 de dicha Convención” (Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile, fundamentos 142 y 175).

⁵² En otras palabras, “la familia no está formada necesariamente por la pareja adánica. Se trata de una realidad social más compleja, formada por «vínculos naturales» que el Estado debe reconocer y proteger. La familia nuclear biparental sigue siendo la imagen más tradicional de la familia, pero ya se reconoce que las familias se forman y reconfiguran de muchas maneras complejas, fruto a veces de planes voluntarios de vida y a veces de la contingencia y de las vicisitudes vitales. A pesar de ello, estas formaciones alternativas no pueden terminar siendo desprotegidas por el Estado.” (López Medina, 2017: 123).

⁵³ “La familia, así concebida, es una institución que protege la libre asociación de quienes la establecen (por fuera del estricto patrón de pareja hombre-mujer) y concebida para la protección de sus miembros, especialmente de los niños y adolescentes, sin que estos tengan que provenir necesariamente de la reproducción biológica de la pareja adánica” (López Medina, 2017: 121).

matrimonio a su mejor luz. Aquí la moral crítica y los principios y valores constitucionales –relevantes para resolver el caso– también habrían tenido un real valor o, lo que es lo mismo, se les habría dado una mejor explicación.

Sin embargo, la resuelto por el Tribunal Constitucional no impide que a posterior los órganos jurisdiccionales (ordinarios, constitucionales y el propio Ultimo Interprete de la Constitución) puedan interpretar cabalmente la institución del matrimonio, en correlato genuino con las distintas formas de familias que existen (tradicionales, ensambladas, provenientes de uniones convivenciales –de hecho–, las adoptivas, las de crianza, las monoparentales –encabezadas solo por una madre o padre–, las de parejas infértiles, las de la tercera edad y aquellas que decidieron no procrear), según detallaremos en el Capítulo VII, y así reconocer jurisprudencialmente el matrimonio igualitario, siguiendo –reiteramos– la novela en cadena y empresa colectiva que distintas y diversas conformaciones que dicha Corte Constitucional construyó durante más de veinte años.

Esto es así, además, porque “La jurisprudencia es una fuente esencialmente interpretativa, pero como todo derecho que se pone, que se positiviza, genera nuevas tareas de interpretación. La cadena de interpretación del Derecho no tiene punto final de cierre, de descanso. Los nuevos materiales jurídicos cierran viejas controversias y desacuerdos, pero abren nuevos, especialmente dentro de sociedades democráticas que tienden a considerar el Derecho como una plataforma social del debate y no tanto como el medio de transmisión de órdenes del soberano” (López Medina, 2017: 166-167). Así también lo entendió el propio Tribunal Constitucional, al precisar que “todo cambio en los derechos fundamentales debe unificarse dentro de una tendencia evolutiva y orientada a fortalecer, ampliar y mejorar la esfera de autodeterminación y desarrollo en la sociedad del individuo” (Expediente N.º 0050-2004-AI/TC, fundamento 37).

De esta forma las y los jueces –en la empresa colectiva de la que en el tiempo son parte– prestan cabal atención a los cambios sociales que la vida en su conjunto nos presenta, donde tenga cuidado sobre cómo se vienen atendiendo los derechos fundamentales. La Constitución, vista como un instrumento de cohesión social, respeto de los derechos fundamentos de todas y todos, y como un compromiso igualitario con el futuro de una democracia, no sólo puede proteger a la familia tradicional o adánica (que pueda ser preferida o parecer ideal para alguna ideología o visión social), sino que también debe proteger a toda unión constante que en la vida diaria existe (tutela constitucional básica para su desarrollo diario). Es inadmisibles, en un Estado Constitucional de Derecho, admitir la existencia de un

déficit de protección de los derechos de un grupo minoritario o mayoritario de personas⁵⁴.

VI.4. Interpretación a su mejor luz⁵⁵: consideración de todos los derechos relevantes

Aquí es necesario tener en cuenta la novela en cadena y la labor colectiva descritas, en correlato con todos los derechos que eran parte de la controversia ahora reconstruida y que el Tribunal Constitucional, a nuestro entendimiento, no evaluó en su real dimensión:

- El derecho al libre desarrollo y bienestar, en tanto “protege la libertad de actuación de toda persona orientada a alcanzar su propia realización personal [...] su propio acomodo y tranquilidad, en cuanto ser espiritual, dotado de autonomía y dignidad, y miembro de una comunidad de seres libres e iguales” (Expediente N.º 02437-2013-PA/TC, fundamento 34), hace posible admitir jurídicamente el matrimonio igualitario, pues el propio Tribunal Constitucional⁵⁶ señaló que “el derecho de contraer libremente matrimonio [...] se encuentra en el ámbito de protección del derecho al libre desarrollo de la persona, reconocido en el artículo 2, inciso 1), de la Constitución” (Expediente N.º 02868-2004-AA/TC, fundamento 14). Incluso, al hacer referencia a los “espacios de libertad para la estructuración de la vida personal y social”, señaló:

Uno de esos ámbitos de libertad en los que no cabe la injerencia estatal, porque cuentan con la protección constitucional que les dispensa el formar parte del contenido del derecho al libre

⁵⁴ Incluso es inadmisibles acoger una negativa al reconocimiento del matrimonio de personas del mismo sexo, en razón de que “El razonamiento cultural contra los matrimonios homosexuales es [...] incongruente con la sensibilidad y las percepciones que encierra nuestra idea común de dignidad humana. Dicho razonamiento supone que la cultura que perfila nuestros valores es propiedad de algunos –los que en el momento detentan el poder político– para poder esculpir y protegerla como ellos admiran. Es un profundo error: en una sociedad auténticamente libre, el mundo de las ideas y los valores no pertenece a nadie y pertenece a todos” (Dworkin, 2015: 169). Este punto (objeciones o respuesta negativa al reconocimiento del matrimonio de personas del mismo sexo) lo abordaremos a detalle en el Capítulo VII.

⁵⁵ Como ejemplo de esto Dworkin señala: “La Constitución exige que nuestros jueces hagan todo lo posible colectivamente por construir, reinspeccionar y revisar, generación tras generación, la estructura de la libertad y de la igualdad que imponen sus cláusulas importantes, en su majestuoso y abstracto mandato” (2015: 205).

⁵⁶ En palabras de Sosa Sacio (2022), “Entre las concreciones del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad reconocidas por nuestro Tribunal Constitucional tenemos: (i) La autodeterminación reproductiva y decisión de ser madre; (ii) El ejercicio de la profesión y desarrollo profesional; (iii) Los actos de esparcimiento y diversión; (iv) A contraer matrimonio; (v) Las relaciones amorosas y sexuales –libertad sexual–; (vi) El libre pintado de la propia casa; (vii) Fumar cigarrillos; y, (viii) Tener una mascota”.

desarrollo de la personalidad, ciertamente es el *ius connubii*. Con su ejercicio, se realiza el matrimonio como institución constitucionalmente garantizada y, con él, a su vez, también uno de los institutos naturales y fundamentales de la sociedad, como lo es la familia. Por consiguiente, toda persona, en forma autónoma e independiente, puede determinar cuándo y con quién contraer matrimonio. Particularmente, en la decisión de contraer matrimonio no se puede aceptar la voluntad –para autorizar o negar– de nadie que no sea la pareja de interesados en su celebración (Expediente N.º 02868-2004-AA/TC, fundamento 14).

De este modo, el derecho al libre desarrollo de la personalidad garantiza la autonomía de todas las personas a acceder a un vínculo de pareja formal y solemne, sean estos matrimonios heterosexuales u homosexuales, sin distinción alguna (a lo que nosotros denominamos matrimonios igualitarios); actuar de forma distinta, como una especie de ostracismo obligatorio por razones de orientación sexual, significa negar la dignidad de toda persona como tal. Así también lo entendió, en la experiencia comparada, la Corte Constitucional de Colombia (con quien constantemente dialoga jurisprudencialmente el Tribunal Constitucional⁵⁷), al precisar que “para lograr que el derecho al libre desarrollo de la personalidad les sea respetado a los homosexuales y que en el ámbito de las regulaciones sobre la familia se supere el déficit de protección al que están sometidos, hace falta en el ordenamiento una institución contractual [...] que les permitiera optar entre una constitución de su familia con un grado mayor de formalización y de consecuente protección y la posibilidad de constituirla como una unión de hecho” (Sentencia C-577-11).

- La dignidad humana, en tanto clausula petra, principio-derecho⁵⁸ y valor supremo de la Constitución (Landa, 2021: 49 y 56) que fundamenta los derechos y “delimita y orienta los fines del Estado”, se entiende “como el

⁵⁷ A mayor detalle puede verse: Apaza Jallo, Niels Jyeyson (2019). Argumento de derecho comparado en las decisiones del Tribunal Constitucional: autoridad de la doctrina y la jurisprudencia comparada en el razonamiento de las y los jueces constitucionales. Repositorio de tesis de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

⁵⁸ En palabras del Tribunal Constitucional: “El doble carácter de la dignidad humana, produce determinadas consecuencias jurídicas: Primero, en tanto *principio*, actúa a lo largo del proceso de aplicación y ejecución de las normas por parte de los operadores constitucionales, como: a) criterio interpretativo; b) criterio para la determinación del contenido esencial constitucionalmente protegido de determinados derechos, para resolver supuestos en los que el ejercicio de los derechos deviene en una cuestión conflictiva; y, c) criterio que comporta límites a las pretensiones legislativas, administrativas y judiciales; e incluso extendible a los particulares. Segundo, en tanto *derecho fundamental* se constituye en un ámbito de tutela y protección autónomo. En ello reside su exigibilidad y ejecutabilidad en el ordenamiento jurídico, es decir, la posibilidad que los individuos se encuentren legitimados a exigir la intervención de los órganos jurisdiccionales para su protección, en la resolución de los conflictos sugeridos en la misma *praxis* intersubjetiva de las sociedades contemporáneas, donde se dan diversas formas de afectar la esencia de la dignidad humana, ante las cuales no podemos permanecer impávidos” (Expediente N.º 2273-2005-PHC/TC, fundamento 10).

principio constitucional en virtud del cual el Estado debe estar al servicio de la defensa de la persona y de su más pleno desarrollo y bienestar”. Esto supone, como deber positivo, “la obligación del Estado de promover el máximo y pleno desarrollo de la persona, a fin de que su dignidad se vea realizada en los hechos” (Landa, 2017: 17-19).

Este respeto de la dignidad de toda persona exige del Estado⁵⁹ una tutela integral y efectiva en los hechos y las normas, de modo tal que –en correlato con los derechos al libre desarrollo de la personalidad, la igualdad material y no discriminación– promueva condiciones geniuadas de no discriminación por razón de sexo u orientación sexual⁶⁰, pleno desenvolvimiento y desarrollo personal, económico y social⁶¹, y haga posible que toda persona pueda consolidar su vida familiar y, si así lo estima, un matrimonio formal jurídicamente⁶².

- Los derechos a la no discriminación⁶³ y la igualdad material⁶⁴ (entendida como “una exigencia positiva por parte del Estado, que se inicia con el reconocimiento de la insuficiencia de los mandatos prohibitivos de discriminación y la necesidad de equiparar situaciones, *per se*, desiguales – Expediente N.º 0606-2004-AA/TC, fundamento 11–), que “se desprenden de la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona” (Opinión Consultiva OC-4/84) y que proscriben las categorías sospechosas de discriminación por razón de sexo y orientación sexual⁶⁵, también hacen posible admitir la posibilidad de reconocer el matrimonio igualitario de toda persona, como ser

⁵⁹ Especialmente de sus tres poderes, entre ellos el Poder Judicial y el Poder Legislativo, y de sus organismos constitucionalmente autónomos, donde destaca el Tribunal Constitucional.

⁶⁰ El Tribunal Constitucional, al respecto, señaló que “la Constitución peruana no distingue a las personas por su opción y preferencias sexuales; tampoco en función del sexo que pudieran tener. Se respeta la dignidad de la persona” (Expediente N.º 2868-2004-AA/TC, fundamento 23).

⁶¹ El ser humano no se desarrolla con dignidad de manera aislada, sino en un determinado contexto social, económico y político (Landa, 2017: 18).

⁶² El concepto de vida familiar, en palabras de la Corte IDH, “no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio” (Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile).

⁶³ A decir del Tribunal Constitucional, “La obligación de no discriminación no debe confundirse con el derecho de toda persona a ser tratada igual ante la ley, tanto en la formación de la norma como en su interpretación o aplicación” (Expediente N.º 01423-2013-PA/TC, fundamento 19).

⁶⁴ En palabras de la Corte IDH, “La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza” (Opinión Consultiva OC-4/84).

⁶⁵ En palabras de López Medina, “El que una categoría de diferenciación sea sospechosa significa, de nuevo, que tradicionalmente ha sido utilizada para discriminar a grupos minoritarios o de menor prestigio y consideración social [como las ideas y prácticas [inaceptables] que siguen siendo comunes con relación a [las personas despectivamente denominadas] «negros», a los «indios», a los «gitanos», a los «imbéciles» y «retrasados», a las «mujeres» y a los «homosexuales», entre otras categorías)” (López Medina, 2017: 108).

dotado de autonomía e igual dignidad⁶⁶, en conjunción con los otros derechos antes reseñados⁶⁷.

Además, como señala Gargarella (2010: 131-132):

En un Estado Constitucional, y frente a personas que se consideran por igual dignidad moral, el principio de trato igual es obligatorio para el Estado. Cualquier desviación que el mismo quiera consagrar, a través de la letra de sus normas y/o por medio de la práctica que promueve, debe ser considerada impermisible, a menos que tenga a su favor una justificación de peso extraordinario. Y, según entiende [Gargarella], el Estado está muy lejos de contar con algún buen argumento a su favor, para mantener –como lo ha hecho durante más de cien años– discriminaciones odiosas y jurídicamente insostenibles.

Entonces, la relación de interdependencia y conjunción de los derechos a la dignidad, al libre desarrollo de la personalidad, la igualdad material y a la no discriminación permiten –en nuestro entendimiento– admitir jurídicamente los matrimonios de personas homosexuales y heterosexuales⁶⁸ (y así garantizar genuinos matrimonios igualitarios⁶⁹), pues si uno de estos grupos no cuenta con una adecuada protección jurídica de la posibilidad de contraer matrimonio la dignidad y los derechos en ella fundados se ven ineficaces (siendo únicamente derechos de papel) y así se condena a uno de los grupos histórica y constantemente discriminados a la ausencia jurídica de realización personal y social, con el único sustento de que ello no es admitido por el otro grupo imperante, como forma de imposición de una concepción de vida buena⁷⁰, lo que es inadmisibile en un Estado

⁶⁶ Incluso la propia la iglesia Católica precisó que “La dignidad es una propiedad que no admite graduación, en cuanto todos los «seres humanos» (desde la concepción) tendrán el mismo grado de dignidad. «El amor de Dios no hace diferencia entre el concebido, aun en el seno de su madre, y el niño o el joven o el hombre maduro o el anciano. No hace diferencia, porque en cada uno de ellos ve la huella de su imagen y semejanza” (Atienza, 2022: 19).

⁶⁷ “Los derechos fundamentales participan de un presupuesto ético y jurídico cifrado en el principio-derecho de la dignidad de la persona humana (artículo 1 de la Constitución Política) y orientado a la cobertura de una serie de necesidades básicas que permitan garantizar la autonomía moral del ser humano y el libre desarrollo de su personalidad (artículo 2.1 de la Constitución)” (Expediente N.º 01513-2017-PA/TC, fundamento 20).

⁶⁸ Así también lo entiende la Corte Constitucional de Colombia, al precisar que “En virtud de los principios de dignidad humana, libertad individual e igualdad, todo ser humano puede contraer matrimonio civil, acorde con su orientación sexual” (Sentencia SU214/16).

⁶⁹ Como señala Gargarella, “Lo que está en juego no es que las minorías puedan hacer lo que las mayorías le permitan (o se sientan complacidas que hagan), sino que las mayorías dejen de privar a las minorías de los derechos que tienen, a pesar de que les son denegados sistemáticamente” (2010: 143).

⁷⁰ A este respecto, Nino señala que “Una de las causas más relevantes de tensiones sociales es el intento de muchos de imponer a los demás un modelo de sociedad que materialice su concepción de la vida buena. Esto se advierte en disputas acerca de la orientación de la educación, la regulación del matrimonio y la familia, la organización del trabajo significativo, las formas legítimas de esparcimiento o de expresión artística” (2006: 418).

Constitucional de Derecho⁷¹; además, configuraría la falacia de interpretación por hiper-integración (Tribe, 2017), pues la norma fundamental solo incluiría el “conjunto inmanente, unitario y permanente de principios o valores subyacentes” de dicho grupo imperante.

Al igual que López Medina, consideramos que “a la pareja homosexual también le asiste la vocación para conformar familia y que, con tal propósito –principalmente– los derechos al libre desarrollo de la personalidad de sus integrantes y a la igualdad imponen que, de la misma manera como los miembros de la pareja heterosexual pueden escoger libremente entre el vínculo natural y el vínculo jurídico para dar origen a la familia, los integrantes de la pareja homosexual deben disponer de la posibilidad de optar que actualmente no tienen, pues falta una institución de índole contractual que en su caso concrete el vínculo jurídico que dé lugar a la constitución formal y solemne de la familia” (2017: 138).

Esta forma de entender los derechos, de forma comprensiva, interrelacionada y progresiva, fundamentada sobre la base del respeto de los derechos a la dignidad, libre desarrollo de la personalidad, igualdad y no discriminación, interpretados a su mejor luz (pues maximiza la igualdad en dignidad entre todas las personas, sin distinción alguna por su orientación sexual⁷²), y que considera la novela jurisprudencial en cadena que construyó el Tribunal Constitucional en sus distintas y diversas composiciones (no solo de un estadio particular) –a nuestro criterio– justifica el contenido integral de nuestro sistema jurídico⁷³ y la práctica constitucional peruana, y hace jurídicamente válido el denominado matrimonio igualitario (heterosexuales y homosexuales). Lo contrario sería incurrir en la falacia de interpretación por des-integración, a la que hacía referencia Tribe (Capítulo III), pues se interpretaría dichos enunciados constitucionales de forma aislada y restrictiva –a su peor luz–.

Además, como también señala Gargarella, no existe ninguna razón para solicitar al Estado la concesión de «más derechos» para las personas del mismo sexo, apelando a su generosidad y tolerancia. Por el contrario, es el Estado el que debe dar explicaciones a todos los ciudadanos acerca de por qué es que se empeña en tratar

⁷¹ De este modo también creemos que se supera el problema de interpretación al que hacía referencia McCormick, pues se muestra una respuesta completa de la elección de las versiones interpretativas en aparente conflicto.

⁷² La Corte IDH, en uniforme jurisprudencia, estableció que la orientación sexual de las personas es una categoría protegida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos; por ello, ninguna norma, decisión o práctica nacional puede disminuir o restringir los derechos de una persona por su orientación sexual, sea esta real o percibida (Cfr. Sentencias de los Casos Atala Riffo y niñas Vs. Chile (2012), párrafo 91; Duque Vs. Colombia (2016), párrafo 104; y, Flor Freire Vs. Ecuador (2016), párrafo 118).

⁷³ Consideramos que haciendo ello se encuentra solución al problema de relevancia desarrollado por McCormick, pues creemos que el Derecho justifica la conclusión a la que arribamos (permite afirmar esta proposición).

peor a algunos individuos o grupos discriminados, cuando tiene la obligación de tratar a todos con igual consideración y respeto (2010: 131).

VII. Objeciones, rol de los jueces y responsabilidad internacional

La tarea de las y los magistrados, bajo una nueva forma de legitimación judicial, no siempre es pacífica –más al resolver los casos difíciles–, debido a la mentalidad tradicional del positivismo jurídico que impera entre nosotros; por ello, se requiere interpretar institucional y moralmente la Constitución, como una norma de principios y ordenes sociales concretos, es decir, no solo como reglas jurídicas sino también como reglas sociales fundacionales (Cfr. Landa, 2021: 76).

En ese entendido, el genuino rol de las y los jueces (no solo de las Altas Cortes Nacionales: Corte Suprema de Justicia de la República y Tribunal Constitucional), en una Estado Constitucional y Democrático de Derecho, que dialoga además con distintos compromisos internacionales sobre derechos humanos, es:

- (i) Resolver adecuada y suficientemente los casos que conocen, esto es, justificando por qué elige una de las interpretaciones constitucionales que asume en un caso difícil (entre las distintas interpretaciones posibles. Esto lo hicimos en los capítulos precedentes) y respondiendo por qué no acoge las otras interpretaciones existentes (esto lo hacemos a continuación).
- (ii) Tutelar adecuadamente los derechos fundamentales en esas interpretaciones de los casos difíciles (a su mejor luz), incluso cuando existan interpretaciones dispares de las Altas Cortes Nacionales y/o Supranacionales.
- (iii) Actuar como jueces convencionales, según los compromisos internacionales sobre derechos humanos que asumió el Estado peruano.

A nuestro entendimiento, procediendo de dicha forma –en simultáneo– se cumplen los requisitos de universalidad, coherencia, consistencia y consecuencialista, desarrollados por MacCormick. Abordemos ahora cada uno de estos puntos:

VII.1. Objeciones al reconocimiento del matrimonio igualitario

El caso que nos convoca –como un claro ejemplo de caso difícil– presenta dos posibles interpretaciones: (i) el matrimonio igualitario es constitucional; o, (ii) el matrimonio igualitario no es constitucional. Nosotros señalados antes que nuestro sistema jurídico (de carácter dinámico; no estático –como lo entiende el concepto de ordenamiento jurídico–) sí admite dicha institución⁷⁴.

Entonces, ahora corresponde responder a los contraargumentos interpretativos que se postulan a esta decisión interpretativa (resolución del problema de interpretación, según MacCormick), lo cual hacemos acogiendo sustancialmente los postulados de Gargarella (2010: 131-144):

- Primer argumento en contra: “El matrimonio igualitario desvirtúa el concepto de familia”: Según esta afirmación el concepto de matrimonio está consolidado (o acabado) y solo se reserva para una mujer y un varón; por tanto, no admite otras formas de composición.

Este argumento presupone que “los conceptos preexisten a nosotros, cuando en verdad se tratan de creaciones humanas que elaboramos y precisamos con el tiempo, para comunicarnos y entendernos mejor” (Gargarella, 2010: 132). Esta proposición no considera que la propia sociedad es la que en el tiempo refina o precisa el alcance de sus construcciones conceptuales, como efectivamente ocurrió con el concepto de matrimonio, desde entendimientos tan primitivos como aquellos que admitían que un matrimonio sea decidido por la imposición de la fuerza o el poder, o que el matrimonio es aquel impuesto por los padres, quienes sin escuchar la opinión de sus hijos escogían a sus cónyuges en lugar de ellos y ellas o decidían sobre el matrimonio (en base a sus propias intensiones o intereses), hasta entendidos sociales que consideraban que el único vínculo social válido para el Derecho era el matrimonio católico.

Aquí es ejemplificador lo expuesto por Fonseca (2017):

20 de agosto de 1896. El entonces senador Guillermo Billinghurst presenta un proyecto de ley en la Cámara de Senadores para aprobar la legalidad del matrimonio civil de los no católicos. Hasta entonces, solo tenían validez legal los matrimonios religiosos celebrados en el rito católico-romano. No existía el matrimonio civil. En esa época, ya se habían formado las primeras comunidades protestantes en el país. Entonces, surgió el problema de que los matrimonios contraídos por sus miembros carecían de validez legal. Fue justamente el caso de uno de ellos el que desencadenó la iniciativa de Billinghurst.

⁷⁴ En palabras de Clérico: “En tanto en la Constitución se reconozcan expresa o implícitamente los principios estructurales de autonomía y/o la igualdad, entonces el matrimonio igualitario implica, por lo menor, una obligación iusfundamental a los efectos de terminar con la discriminación arbitraria contra las parejas del mismo sexo” (2010: 149).

En mayo de 1895, F. Hazeltine contrajo matrimonio con Amy Wood, hija del misionero metodista norteamericano Thomas Wood. Hasta entonces los matrimonios de extranjeros se inscribían solo en los consulados de sus respectivos países, pero carecían de validez legal en el Perú. El matrimonio Hazeltine-Wood quiso asentar su unión en el municipio del Callao, pero el Gobierno de Nicolás de Piérola –un católico conservador– declaró la ilegalidad de dicha iniciativa. Para resolver el vacío legal, que además fomentaba una situación de discriminación para los cristianos protestantes, Billinghurst presentó su proyecto de ley.

La jerarquía católica reaccionó de inmediato. Monseñor Manuel Antonio Bandini, arzobispo de Lima, lanzó una apocalíptica Carta Pastoral en la que calificaba al matrimonio civil de “ilícita unión” y “ley inmoral”. Bandini bramaba diciendo que el matrimonio civil “degrada la altísima dignidad a que el cristianismo elevó a la mujer, la vuelve a arrastrar sin piedad ni compasión a los antiguos templos de las falsas divinidades, en los que era lícito ofrendar el pudor con mengua de la virtud” (Citado en Ramos, p. 303).

Este alegato cucufato argumentaba, además, que como el país era mayoritariamente católico era absurdo preocuparse de los derechos de la ínfima minoría protestante: “El pretexto especioso para encarnar esta monstruosa imposición ha sido la existencia en el país de los no católicos. ¿Por ventura son éstos tan numerosos en el Perú que formen mayoría? [...] ¿O acaso se legisla ahora para satisfacer absurdas pretensiones de unos pocos, con escarnio de las leyes que amparan y protegen a los que supieron alcanzar, regando los campos de batalla, la autonomía del suelo en que viven” (Ibíd., p. 303)

La ley fue finalmente promulgada a regañadientes por el Gobierno en 1897. Pero la resistencia católica no cesó. En los años siguientes, la jerarquía e incluso el Papa León XIII siguieron poniendo obstáculos a la ley. En 1903, el obispo de Ayacucho, Fidel Olivas, llegó a decir que el matrimonio de los no católicos no era más que un “torpe concubinato”. Recién en 1920 la resistencia pudo ser vencida y se logró aprobar la obligatoriedad del matrimonio civil para todos los peruanos [...].

Entonces, los conceptos jurídicos no son en todos los casos instituciones totalmente acabadas o petrificadas en el tiempo⁷⁵, y que no debemos evaluar en su constitucionalidad o racionalidad. El caso del matrimonio es uno de los tantos ejemplos que nos muestran ello, según reseñamos antes, pues en la

⁷⁵ Como señala Roa, “la inercia puede ser una aliada perfecta para encontrar la comodidad que implica rehusarse a pensar en nuestras estructuras judiciales y en nuestra organización como sociedad y como democracia” (2019: 28).

historia se desarrolló y refinó hasta la forma en la que hoy lo conocemos. Así también lo entendió la Corte IDH al precisar que “el significado de la palabra “matrimonio” [...] ha variado conforme al paso de los tiempos” (OC 24/17, párrafo 222).

Otros ejemplos ilustrativos de lo aquí expuesto son los casos del derecho a la propiedad (que admitía propiedad sobre esclavos; vg. Caso Dred Scott vs. Sanford, 1857), del derecho al voto (inicialmente pensado solo para algunas personas y negado para otras: mujeres, analfabetos o pobres), el delito de sodomía (casi extinto en todo el mundo), la igualdad (que admitía la segregación racial; vg. Caso Plessy contra Ferguson, 1896) o la familia (“Su conceptualización ha variado y evolucionado conforme al cambio de los tiempos. Por ejemplo, hasta hace algunas décadas todavía se consideraba legítimo distinguir entre hijos nacidos dentro o fuera de un matrimonio” – Corte IDH, OC 24/17, párrafo 177–).

- Segundo argumento en contra: “El matrimonio igualitario va en contra de las tradiciones locales”: Según esta proposición con el reconocimiento normativo del matrimonio igualitario se daña “los valores fundamentales que son los que nos mantienen unidos y permiten que seamos quienes somos” (Gargarella, 2010: 133) como país.

Este argumento, que incluso podría estar relacionado con la idea de que la sociedad peruana no admite los matrimonios igualitarios porque estos afectan nuestra identidad o base moral, adolece de comprobación objetiva y sustento jurídico, pues omite precisar cuál es esa moral social uniforme (si es que en realidad existe y esta así petrificada) que si no la resguardamos adecuadamente corremos el riesgo de desintegrarnos como país. Al responder esta interrogante, Gargarella –citando a Hart– señala: “en una mayoría de casos o no estamos en condiciones de determinar cuáles son los rasgos morales dominantes dentro de una comunidad, o nos encontramos con una diversidad de pautas morales entrecruzadas, muchas veces contradictorias entre sí. ¿Quién es, entonces, el que está en condiciones de decirnos, finalmente, cuáles son los rasgos morales compartidos, a los que el Estado debe resguardar?” (2010: 134). ¿Acaso esta moral social dominante es la definida por algún grupo religioso, cultural, académico o político? ¿Esa base moral es la que el gobierno de turno acoge (si es que todos sus integrantes asumen los mismos valores fundamentales)? ¿Es acaso la moral de parte de la población del país, de algún departamento, de alguna nación originaria o de los

poderes económicos, políticos o religiosos? Este argumento, como vemos, es poco sostenible⁷⁶.

Incluso en el caso de que dicha moral social o identidad local exista y sea compartida por toda la población peruana (de la cual son parte las personas LGTBIQ+), ¿la misma no puede ser ajustada con el fin de tutelar efectivamente los derechos de todas y todos? Según señalamos antes, creemos que toda sociedad puede refinarse o ajustar su proceder en el tiempo, con el fin de eliminar prácticas que socaban la dignidad e igualdad (aboliendo la esclavitud, la segregación racial, el voto restringido o la intolerancia de razas, por citar algunos ejemplos); por ello, este segundo argumento tampoco es implausible.

- Tercer argumento en contra: “El matrimonio igualitario socaba la finalidad del matrimonio”, que es “la procreación y preservación de la especie”.

Esta proposición, según adelantamos antes, tampoco es sostenible, pues aceptarla significaría negar protección constitucional a los matrimonios constituidos por parejas infértiles, de la tercera edad o aquellas que en ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad decidieron no procrear, así como a las familias ensambladas, adoptivas o de crianza, por citas algunos ejemplos. Así también lo entiende la Corte IDH al precisar que “advierte que para negar el derecho de acceder a la institución del matrimonio típicamente se esgrime como argumento que su finalidad es la procreación y que ese tipo uniones no cumplirían con tal fin. En este sentido, la Corte estima que esa afirmación es incompatible con el propósito del artículo 17 de la Convención, a saber la protección de la familia como realidad social. Asimismo, la Corte considera que la procreación no es una característica que defina las relaciones conyugales, puesto que afirmar lo contrario sería degradante para las parejas –casadas o no– que por cualquier motivo carecen de capacidad *generandi* o de interés en procrear” (OC-24/17, párrafo 221).

Además, admitir esa finalidad significaría negar que los vínculos matrimoniales tienen por fin construir y consolidar lazos de amor, protección, compañía, compromiso, cuidado, asistencia, etc. Incluso negando esto último tendríamos que sustentar empíricamente cómo o por qué la admisión jurídica de los matrimonios igualitarios tiene como consecuencia inmediata y directa la no procreación y, con ello, la eliminación de nuestra especie; esto, como resulta obvio, tampoco es sostenible, pues omite considerar las otras formas de procreación asistida (fecundación asistida o la donación de espermatozoides u óvulos) o externa al matrimonio que existen.

⁷⁶ Además, no debemos olvidar que la Constitución solo “no sirve para representar la voluntad común de un pueblo, sino [también] para garantizar los derechos de todos, incluso frente a la voluntad popular” (Ferrajoli, 2009: 28).

Es más, este argumento tampoco considera que las parejas heterosexuales casadas también pueden procrear y, con ello, garantizar la continuidad de nuestra especie⁷⁷; así que tampoco es admisible fáctica y jurídicamente.

- Cuarto argumento en contra: “Las distinciones legales entre los que no son iguales resultan permisibles”. Según esta proposición no se restringen los derechos a la igualdad y no discriminación de las personas LGTBIQ+ sino que, por el contrario, con la denegatoria del matrimonio igualitario se trata como desiguales a los que son efectivamente desiguales (homosexuales y heterosexuales).

Esta proposición tampoco es sustentable jurídicamente, pues omite precisar “por qué el hecho de que uno tenga ciertas preferencias sexuales (por ejemplo, poca voluntad de mantener relaciones sexuales; deseo de tener relaciones sexuales de cierto modo; etc.), y no otras, debería ser considerado moralmente relevante, para implicar un trato jurídico diferente entre las personas. Mas estrictamente deberíamos preguntarnos por qué es que ello debería ser relevante a la hora de determinar quiénes tienen derecho a casarse, o no hacerlo”. Además, “si el Estado quiere justificar un trato diferente en tales situaciones, el mismo debería ser un trato mejor para los homosexuales. Ello, de forma tal que compense las largas décadas de desigualdad, discriminación y maltrato sistemático al que han estado sometidas estas minorías perseguidas, por parte del Derecho”⁷⁸ Gargarella (2010: 139-140).

- Quinto argumento en contra: “El matrimonio igualitario fomenta un modelo de familia indeseable”. Según esta proposición, los matrimonios homosexuales son menos atractivos que las familias tradicionales, pues a decir de “algunas” estadísticas a las uniones LGTBIQ+ se les “reconocía una tasa mayor de divorcios, mayor consumo de alcohol o mayor uso de estupefacientes”. Admitir esta proposición como cierta, además de incurrir en una generalización inadmisibles, significaría –en el ejemplo prejuicioso y absurdo– negar a las parejas puneñas o huancaínas contraer nupcias, pues es usual creer que a las personas de estas regiones les agrada libar bebidas alcohólicas; esto, en

⁷⁷ Como señala Gargarella, “lo que subyace a esta idea es el implausible supuesto según el cual, de aprobarse el matrimonio igualitario, *todos* podrían querer contraer matrimonio con personas del mismo sexo, afectando así –si no imposibilitando directamente– la reproducción de la especie. Sin embargo, dicha universalización [...] es profundamente inatractiva como ejercicio intelectual” (2010: 138).

⁷⁸ Como señala Gonzales, “Es en la época posclásica cuando comienza una creciente resistencia a la homosexualidad apoyada por el cristianismo. Para la iglesia católica solamente las relaciones heterosexuales responder al plan divino, aquellas entre una mujer y un hombre, que tiene como propósito la reproducción: el deseo sexual homosexual es una inclinación al mal que no puede ser natural. La Legislación de Justiniano contra las prácticas homosexuales representó un rompimiento significativo con las reglas anteriores sobre la actividad sexual. Hasta ese momento el mundo antiguo nunca había visto una prohibición tan tajante y general contra las relaciones sexuales entre hombres, producto de la influencia de las autoridades cristianas. Durante los siglos XIII y XIV, las Siete Partidas prevén la pena de muerte para los homosexuales” (2017: 176-177).

definitiva, es inaceptable para el Derecho. “Los matrimonios, y la virtud de ellos, no empieza ni termina con las preferencias de consumo de sus miembros, sino que trascienden largamente tales opciones” (Gargarella, 2010: 140).

Además, como afirmó la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos (Caso Obergefell v. Hodges, 2015):

Ninguna unión es más profunda que el matrimonio, ya que encarna los más altos ideales de amor, fidelidad, dedicación, sacrificio y familia. En la formación de una unión matrimonial, dos personas se convierten en algo más grande de lo que eran. Como algunos de los demandantes de estos casos han demostrado, el matrimonio representa un amor que puede incluso perdurar más allá de la muerte. Sería malinterpretar a estos hombres y mujeres afirmar que faltan el respeto a la idea del matrimonio. Su demanda se produce porque la respetan, la respetan tan profundamente que tratan de poder llevarla a cabo ellos mismos. Su esperanza es no estar condenados a vivir en soledad, excluidos de una de las instituciones más antiguas de la civilización. Piden igual dignidad a los ojos de la ley. La Constitución les otorga ese derecho.⁷⁹

- Finalmente, Gargarella advierte un sexto argumento que suele postularse en contra del reconocimiento de los matrimonios igualitarios (normativamente no existe un derecho al matrimonio igualitario, por lo que no es posible reconocerlo), al cual responde con un ejemplo: “si el Estado repartiese a todos, menos a X, un plato de lentejas diario, la acción del Estado no podría justificarse alegando [...] la «inexistencia de un derecho constitucional al plato de lentejas». La idea de los derechos nos dice otra cosa muy diferente: en una sociedad de iguales, el Estado no puede privar a nadie de los beneficios que asigna a otros, sin razones poderosísimas de su lado. Si lo hace, discrimina y priva a alguien de su derecho a ser tratado como un igual” (2010: 143).

Admitir esta proposición también (i) significaría negar la existencia de los derechos a la verdad, a la objeción de conciencia, al agua potable (de inicial construcción jurisprudencial), al olvido (Expediente N.º 03041-2021-PDH/TC), a la energía eléctrica y al internet (Expediente N.º 02151-2018-AA/TC); de construcción jurisprudencial –todos– del Tribunal Constitucional; además, (ii) significaría cuestionar la existencia de los derechos no enumerados y los derechos implícitos, que son, respectivamente: (a) aquellos derechos que no están expresamente reconocidos en la Constitución pero que surgen de la dignidad del hombre o en los principios de soberanía del pueblo,

⁷⁹ El caso de Obergefell fue presentado por 14 parejas del mismo sexo y dos hombres cuyas parejas fallecieron (Celorio, 2020: 101).

del Estado democrático de derecho o de la forma republicana de Gobierno; y, (b) “Aquellos derechos contenidos en otros derechos escritos o, tal vez, en otros derechos viejos, pero que se van individualizando como derechos particulares y diferentes a aquel expreso en el cual están insertos por distintas razones (evolución social, técnica, conciencia histórica de cada momento, etcétera)” (Rubio Correa, Eguiguren Praeli y Bernal Ballesteros, 2013: 807).

De otro lado, Clérico (2010: 155-165) también advierte otros dos argumentos adicionales que suelen postularse en contra del reconocimiento jurídico del matrimonio igualitario⁸⁰:

- Séptimo argumento en contra: “El argumento del juego de la etimología de las palabras y las definiciones constitucionales y de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos: ¿La Constitución como una suerte de diccionario petrificado y cerrado?” (Clérico, 2010: 157). Según esta proposición, para interpretar la norma fundamental únicamente debemos acudir a las definiciones etimológicas de las instituciones detalladas en la Constitución y/o los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos.

Admitir este argumento significaría incurrir en las falacias de interpretación por des-integración e interpretación por hiper-integración, descritas en el Capítulo III (Tribe, 2017), pues reduce a la Constitución, los derechos fundamentales y los derechos humanos a un entendimiento mínimo, escueto, reglado y restringido o, en palabras de Dworkin, a su peor luz, y tampoco considera los principios, bienes y valores que estas normas tutelan.

Este argumento, de ser acogido, también negaría la existencia de los criterios de interpretación de la Constitución, de los derechos fundamentales y de los derechos humanos, descritos en el Capítulo IV, y que son habitualmente utilizados por el Tribunal Constitucional y los tribunales supranacionales en sus decisiones. Es más, en la práctica tampoco es plausible: (i) El inciso 1 del artículo 2 de la Constitución establece que “Toda persona tiene derecho: 1. A la vida” ¿La etimología de la palabra vida nos permite entender que dicho derecho puede verse limitado en casos de legítima defensa, pena de muerte o aborto terapéutico?; y, (ii) El inciso 2 del artículo 200 de la Constitución establece que el proceso de amparo “No procede contra normas legales”. Aparentemente no hay mucho que interpretar de este enunciado

⁸⁰ Rodríguez Campos, por su parte, señala: “son básicamente dos los argumentos que fundamentan la posición de quienes se oponen al matrimonio igualitario: a) El religioso mayoritario; y b) El natural y/o tradicional. En mi opinión, ambos argumentos no pueden servir de justificación para rechazar el matrimonio igualitario. Sostengo ello por tres razones puntuales: a) La moral que protege la Constitución Política es la moral civil y no la de un grupo religioso en particular; b) La opinión de la mayoría no puede justificar la restricción de derechos a una minoría basada en su orientación y/o identidad sexual; y c) No se busca acabar con el matrimonio (heterosexual) sino permitir que más personas puedan celebrarlo” (2021: 774).

constitucional, pues parece claro entender que la acción de amparo no procede contra normas legales; sin embargo, en la práctica jurisdiccional diaria estas demandas son admitidas en todo el país y existe abundantes decisiones al respecto. Es más, la etimología de algunas de estas palabras (por ejemplo, norma) no ayuda a interpretar dicho enunciado de la Constitución: de su etimología no se deriva la distinción entre normas autoaplicativas y heteroaplicativas, que comúnmente utiliza el Tribunal Constitucional.

Con relación a las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, dicha etimología tampoco permite superar los problemas interpretativos que se presentan en cada caso, pues casi todos los instrumentos normativos del sistema interamericano y del sistema universal de protección de derechos humanos hacen referencia a la prohibición de discriminación por razones de sexo, género, orientación sexual u otras condiciones, al igual que hablan del matrimonio. La etimología de alguna de estas palabras no ayuda a esclarecer el sentido interpretativo conjunto de ambas disposiciones supranacionales.

La propia Corte IDH, al respecto, precisó que “Si bien la etimología es siempre ilustrativa, nadie pretende una imposición semántica de la etimología, pues de lo contrario se debería igualmente excluir del lenguaje otra numerosa cantidad de vocablos cuya semántica se aparta de su etimología” (OC 24/17, párrafo 222). Es más, dicho Tribunal, antes que la consideración etimológica de los términos, acoge la interpretación evolutiva de los enunciados convencionales:

Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación de los tratados consagrados en la Convención de Viena de 1969. Tanto esta Corte, en la Opinión Consultiva sobre la Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1989), como la Corte Europea de Derechos Humanos, en los casos *Tyrer versus Reino Unido* (1978), *Marckx versus Bélgica* (1979), *Loizidou versus Turquía* (1995), entre otros, han señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales (Opinión Consultiva OC-16/99, párrafo 114).

Entonces, este séptimo argumento tampoco es admisible.

- Octavo argumento: “¿El argumento de evitar las adopciones?” Según esta proposición, la no admisión jurídica de los matrimonios tiene por fin tutelar los derechos de las niñas, niños o adolescentes o evitar que estos no sean víctimas de discriminación por ello.

Esta proposición tampoco es admisible en un Estado Constitucional de Derecho, en razón de que el reconocimiento del matrimonio igualitario no modifica la regulación civil y de familia sobre la adopción, pues el Código Civil permite adoptar a toda persona independientemente de su estado civil⁸¹ y ello más bien está sujeto al cumplimiento de otros requisitos, como lo son la solvencia moral del adoptante, el asentimiento del menor si es mayor de diez años y la aprobación de un juez (artículo 378 del Código Civil). Además, “Los procedimientos de adopción establecen mecanismos para considerar la idoneidad del solicitante para la crianza y el ejercicio de responsabilidades parentales a la luz del interés superior del niño, debiendo ser irrelevante la orientación sexual” (Clérico, 2010: 163).

Incluso aquí cabría preguntarnos: ¿Cuáles son las razones que nos hacen creer o concluir que las personas heterosexuales o los matrimonios tradicionales están en mejores condiciones para adoptar que los matrimonios igualitarios o las personas LGBTIQ+? ¿Cuál es el sustento empírico universal de esas razones? ¿En verdad existen motivos jurídicamente relevantes –antes que prejuicios o estereotipos que incurren en falsas generalizaciones–?

Aquí es ilustrativo lo expuesto por la Corte IDH, en el Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile (2012):

[...] la Corte constata que la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia.

110. En conclusión, la Corte observa que al ser, en abstracto, el “interés superior del niño” un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin

⁸¹ Incluso a este respecto la Corte IDH estableció que “una determinación a partir de presunciones y estereotipos sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para asegurar el interés superior del niño. Adicionalmente, el Tribunal considera que el interés superior del niño no puede ser utilizado para negar el derecho de su progenitor por su estado civil, en beneficio de aquellos que cuentan con un estado civil que se ajusta a un determinado concepto de familia” (Caso Fornerón e hija y otro vs. Argentina, 2012, párrafo 99).

discriminación alguna por la orientación sexual de la persona. El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia.

111. Una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño. La Corte considera que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños⁸².

Similar criterio fue establecido, en la experiencia comparada, por la Corte Constitucional de Colombia, quien precisó que “la adopción de niños por personas con orientación sexual diversa, en general, y por parejas del mismo sexo, en particular, no afecta por sí misma el interés superior del menor ni compromete de manera negativa su salud física y mental o su desarrollo armónico e integral. Así lo indican las experiencias recogidas del derecho comparado, entre las que se destacan decisiones legislativas y pronunciamientos de tribunales internacionales o de instancias internas de los Estados, donde se ha tenido en cuenta la primacía de los derechos de los menores y la evidencia probatoria debidamente acopiada” (Sentencia C-683/15).

Este octavo argumento en contra del matrimonio igualitario también omite considerar que existen abundantes investigaciones que arrojan como resultado que “no es posible observar consecuencias negativas o desventajosas en los niños criados por parejas o personas del mismo sexo en relación con aquellos que viven con padres heterosexuales. En este sentido, y tras analizar diversas investigaciones [señala Herrera], se asevera que «no existe ningún factor objetivo que exija excluir, *a priori* y de modo absoluto, a una pareja homosexual como posible sujeto idóneo para adoptar a menores. La divergencia de los estudios científicos al respecto, lo único que permite afirmar es que hay casos contrastados en que la educación en un entorno homosexual ha sido plenamente satisfactorio para muchos menores».

⁸² La Corte IDH ratificó dicho criterio en los casos Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala (párrafo 153) y Fornerón e hija y otro vs. Argentina (párrafo 50).

Agregándose que «primar la heterosexualidad de la pareja sobre el interés del menor, supone desfigurar la propia finalidad de la adopción» (2010: 191).

De otro lado, respecto al argumento de evitar eventuales actos de discriminación en contra de las niñas, niños y adolescentes por tener padres LGTBQ+, no puede atribuirse el acto discriminador a la persona discriminada, pues el único responsable de tales actos es el que discrimina y ello debe ser prevenido, sancionado y reparado por el Estado, no por la víctima. Además, como señalaron más de 600 investigadores del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas de la Argentina (CONITEC, 2010): “Nuestras investigaciones exploratorias sobre la cuestión de los niños/as a cargo de gays y lesbianas (realizadas en el marco de nuestro trabajo en el CONITEC) indica que los niños y niñas de hogares homo-parentales no suelen tener dificultades en explicar a sus compañeros/as que tiene dos padres o dos madres, como también pueden argumentar que tiene una sola mamá que los/as ama «más que diez mamás o papás juntos», o que tienen una abuelamamá, y un tío papá, o que las personas que los aman, quizás no sean papá o mamá pero han cumplido sus funciones de cuidado y afecto, por lo tanto son su familia. Los niños y las niñas elaboran los nuevos relatos sin conflicto [...]” (Clérico, 2010: 164).

Finalmente, la propia experiencia comparada cercana a nosotros nos muestra que jurídicamente es admisible la adopción por parte de parejas LGTBQ+, como ocurre en Argentina⁸³, Uruguay⁸⁴, Colombia⁸⁵ o Estados Unidos⁸⁶.

Como señalamos en el Capítulo III, una justificación completa de una decisión interpretativa depende de cómo se justifica la elección entre las distintas versiones en conflicto de la regla. Eso hicimos ahora, pues primero (Capítulo VI) detallamos

⁸³ En la ceremonia del 21 de julio de 2010, Cristina Fernández de Kirchner promulgó el decreto de la Ley 26 618, que autoriza el matrimonio, incluyendo la posibilidad de adoptar (González, 2017: 186).

⁸⁴ En palabras de González (2017: 186), “Uruguay se ha caracterizado por la evolución normativa dirigida a la protección de derechos humanos. Es el primer país en América Latina que aprueba las uniones civiles a nivel nacional y que, posteriormente, legaliza el matrimonio gay en 2013. En este país las uniones civiles eran posibles desde 2007, la adopción fue permitida en el 2009 y en el 2013 se aprobó la extensión del matrimonio en la Ley 19075”.

⁸⁵ En palabras de la Corte Constitucional de Colombia, “la adopción de niños por personas con orientación sexual diversa, en general, y por parejas del mismo sexo, en particular, no afecta por sí misma el interés superior del menor ni compromete de manera negativa su salud física y mental o su desarrollo armónico e integral” (Sentencia C-683/15).

⁸⁶ En palabras de la Corte IDH, “la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos ha realizado el análisis de los principios y tradiciones que deben ser discutidos para demostrar que la protección del derecho a casarse aplica con igual fuerza para las parejas del mismo sexo”. Además, estableció que los estados federales de dicho país son “libres de variar los beneficios que confieren a todas las parejas casadas” y esta lista se fue ampliando con el tiempo a aspectos relacionados con la adopción, los “impuestos, la herencia y los derechos de propiedad, reglas de la sucesión intestada, privilegio del cónyuge en la ley de las pruebas, acceso al hospital, autoridad para tomar decisiones médicas, [...] los derechos y beneficios de los sobrevivientes, certificados de nacimiento y defunción, normas de ética profesional, restricciones financieras, beneficios de compensación laboral, seguro de salud y custodia de los hijos, normas de apoyo y de visita” (Caso Duque vs. Colombia, 2016, párrafo 118).

las razones por las cuales estimamos que el matrimonio igualitario tiene protección constitucional y ahora respondimos a los argumentos que se suelen postular como respaldo de la interpretación que niega dicha protección constitucional a las familias igualitarias. Por ello, resolvimos en su integridad el problema de interpretación postulado por MacCormick.

VII.2. Mejor, mayor o más amplia protección de los derechos fundamentales

Muchos juristas y no juristas tienden a pensar que cualquier problema puede ser resuelto mediante el Derecho normado (positivo), lo cual es un error teórico que conlleva a menudo a sonoros fracasos en la práctica (García Manrique, 2004: 61), en razón de que los jueces también cumplen un rol vital en la resolución de dichos problemas, en el marco de un Estado Constitucional de Derecho, pues son los garantes –y principales intérpretes– de los principios, derechos, bienes y valores constitucionales que nuestro sistema jurídico en su conjunto tutela. Sin embargo, en tal labor se encuentran con lo que Guastini denomina la doble indeterminación del Derecho: “el Derecho es indeterminado y lo es en un doble sentido: [i] lo es el sistema jurídico, en la medida que hay controversias sobre cuáles normas pertenecen a él, y [ii] también lo es cada norma jurídica, pues no es claro qué casos recaen en su ámbito de aplicación”.

Esta doble indeterminación del Derecho suele generar que los operadores jurídicos, al momento de resolver los problemas de relevancia o de interpretación (desarrollados por MacCormick; Capítulo III), incurran en interpretaciones sustancialmente contradictorias entre sí, en un mismo momento, en simultaneo o en el tiempo. Es más, no es nada extraño que el Tribunal Constitucional, la Corte Suprema de Justicia de la República o la Corte Interamericana de Derechos Humanos arriben a interpretaciones distintas sobre un mismo tema jurídico. Un ejemplo reciente de interpretaciones sustancialmente contradictorias entre el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia de la República lo encontramos en el Recurso de Nulidad N.º 2132-2017/Tumbes, con relación a la interpretación del derecho a ser juzgado en un plazo razonable. Otro ejemplo, esta vez entre el Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo encontramos en el Expediente N.º 02005-2009-PA/TC y la sentencia del Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, respectivamente, con relación al momento de inicio de la vida.

Frente a estas situaciones, las altas cortes nacionales establecieron algunas pautas interpretativas que nos permiten superar dicha problemática:

- El Tribunal Constitucional precisó que “En cualquier caso, las relaciones entre la interpretación del Tribunal Constitucional y la que realice el juez ordinario deben orientarse, en estos casos, por el principio de mayor protección y más amplia cobertura que pueda brindar determinada interpretación en un caso concreto. De este modo, las decisiones del Tribunal Constitucional alcanzan el máximo grado de vinculación cuando ofrecen una mejor protección a los derechos en cuestión, mientras que, si es posible que en un caso concreto la interpretación realizada por el Tribunal puede ser optimizada con la intervención de los jueces del Poder Judicial, el grado de vinculación disminuye a efectos de incorporar la mejor interpretación que objetivamente ponga de manifiesto la mayor protección que pueda brindar a un bien constitucional determinado” (Expediente N.º 4853-2004-PA/TC, fundamento 16).
- La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República estableció que “I. Es tarea de toda autoridad pública y del Poder Judicial realizar, de oficio, un control de convencionalidad de todos los enunciados normativos nacionales (constitucionales, legislativos, administrativos, etc.), de modo que se adecúen a lo dispuesto en los tratados y declaraciones internacionales sobre derechos humanos (aplicables a nuestro país) y lo prescrito en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. II. Esto no significa aplicar a ciegas los enunciados normativos o la jurisprudencia del Sistema Interamericano, en desmedro del derecho nacional, debido a que ambos se complementan. Más bien significa que, si el ordenamiento nacional otorga mayor, mejor o más amplia protección de los derechos reconocidos en el Sistema Interamericano, es aquel el que debe primar, debido a que alcanza el máximo grado de vinculación” (Casación N.º 870-2019/Ayacucho, fundamento octavo).

Acogiendo estas dos pautas interpretativas podemos concluir que aun cuando el Tribunal Constitucional haya “aparentemente” establecido que el matrimonio igualitario no tiene protección constitucional, los jueces ordinarios o constitucionales y el propio Último Interprete de la Constitución puedan diferir de dicha interpretación, de modo tal que entiendan al matrimonio según la reconstrucción abordada en el presente trabajo, esto es, a su mejor luz.

Asimismo, indicamos que el Tribunal Constitucional “aparentemente” estableció una interpretación negatoria del matrimonio igualitario porque dicho criterio sólo fue acogido por tres de los siete magistrados que integraban –hasta mediados del presente año– dicha Alta Corte, esto es, por los magistrados Ferrero Costa, Blume Fortini y Sardón de Taboada, de modo tal que dicha interpretación no es del Tribunal Constitucional, sino de 3 de sus 7 integrantes, pues los otros 3 magistrados de dicha Alta Corte consideraron que el matrimonio igualitario sí tiene protección

constitucional (Ramos Núñez, Ledezma Narváez y Espinosa Saldaña-Barrera) y el séptimo magistrado constitucional indicó que en el caso se discutió la validez de las resoluciones administrativas emitidas por el Reniec, por lo que el proceso contencioso administrativo constituía –a su criterio– la vía idónea para analizar dicha controversia (Miranda Canales), esto es, no evalúo si el matrimonio constitucional tiene o no protección constitucional.

En otras palabras, el criterio interpretativo que niega protección constitucional al matrimonio igualitario y que es ejemplo del originalismo únicamente fue acogido por una minoría del Tribunal Constitucional (3 de 7 magistrados); por tanto, no un criterio a asumir por las y los jueces del país (nosotros denominamos a este tipo de resoluciones “decisiones rehuidas”), pudiendo estos perfectamente interpretar dicha institución a su mejor luz, considerando los derechos al libre desarrollo de la personalidad, la dignidad, la igualdad y la no discriminación, en los términos antes expuestos.

Además, aun cuando ello fuera distinto y dicha decisión interpretativa haya sido del Pleno del Tribunal Constitucional, es posible que los jueces ordinarios y constitucionales se aparten de dicha interpretación, pues con ello estarían interpretando a su mejor luz el matrimonio. Solo de esta forma, creemos, además, que se cumplirían los requisitos de universalidad y coherencia desarrollados por MacCormick, pues se estaría interpretando la institución del matrimonio “tanto hacia el pasado (un caso presente debe decidirse de acuerdo con el mismo criterio utilizado en casos anteriores) como, y sobre todo, hacia el futuro” (requisito de universalidad) y, además, no se “infringiría el Derecho vigente” ni se estaría incurriendo en contradicciones con los otros derechos que la propia Constitución tutela (requisito de consistencia), esto es, los derechos al libre desarrollo de la personalidad, la dignidad, la igualdad material y la no discriminación, y así ajuste la interpretación de todos ellos a su mejor luz.

VII.3. Interpretación convencional y responsabilidad internacional del Perú

García Sayán, citado por Herrera (2020: 54), señala que “la democratización de las conciencias en América Latina hace que se haya generalizado y extendido la percepción de los derechos, llegando a la Corte [IDH] algunas materias que hace algunos años hubiese sido impensado que llegaran: derechos a la orientación sexual, métodos científicos de fertilización, asuntos de acceso a la información y otros, lo que da cuenta de que cada vez hay más gente que sabe que si sus derechos no fueron satisfechos en el fuero interno, existe una instancia internacional”.

Esto tiene como correlato que el caso Ugarteche Galarza (Expediente N.º 01739-2018-AA/TC) probablemente sea impugnado ante la Corte IDH, con el fin de solicitar allí tutela de sus derechos. Por ello aquí intentamos abordar lo que en el sistema interamericano podría ocurrir, precisando previamente lo siguiente:

- La Corte IDH, a lo largo de aproximadamente 15 años, estableció que es obligación de todos los jueces nacionales, como jueces interamericanos, realizar de oficio el control de convencionalidad. Así se detalla en los Casos Almonacid Arellano y otros vs. Chile (2006), Trabajadores cesados del congreso (Aguado-Alfaro y otros) vs. Perú (2006), Heliodoro Portugal vs. Panamá (2007), Radilla Pacheco vs. México (2009), Gelman vs. Uruguay (2011), Andrade Salmón vs. Bolivia (2016), Petro Urrego Vs. Colombia (2020).
- La Corte IDH también estableció, en palabras de Gonzales (2022), que el objeto de la obligación de ejercer control de convencionalidad se puede clasificar en cuatro conductas: (i) Realizar una “interpretación conforme” entre las leyes nacionales y los estándares interamericanos de protección a derechos humanos; (ii) Inaplicar la norma que no pueda ser interpretada de conformidad con los mencionados estándares interamericanos; (iii) Utilizar el control de convencionalidad como una técnica que permita el debido cumplimiento de las sentencias de la Corte en aquellos casos donde el Estado al que la autoridad pertenece haya sido condenado; y, (iv) Subsanan deficiencias legislativas en tanto el Estado incumpla con su deber de adoptar disposiciones de derecho interno, de conformidad con el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- La Corte IDH también precisó, en palabras de Gonzales (2022), que el control de convencionalidad debe ser realizado sobre la base del *corpus juris* interamericano, el cual incluye: (i) La Convención Americana sobre Derechos Humanos; (ii) Otros tratados estructuralmente vinculados a la Convención; (iii) Otros tratados del Sistema Interamericano; (iv) Las interpretaciones que de esos tratados haya hecho la Corte; y, (v) Otras normas de derecho suave en el Sistema Interamericano.

Acorde con ello, aquí resaltamos que la Corte IDH tiene una novela jurisprudencial en cadena que los magistrados del Tribunal Constitucional, como jueces interamericanos, debían considerar:

- Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile (2012):

142. La Corte constata que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo “tradicional” de la misma. Al

respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio.

143. En ello es coherente la jurisprudencia internacional. En el caso *Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal*, el Tribunal Europeo consideró que la decisión de un tribunal nacional de retirar a un padre homosexual la custodia de su hija menor de edad, con el argumento que la niña debería vivir en una familia portuguesa tradicional, carecía de relación razonable de proporcionalidad entre la medida tomada (retiro de la custodia) y el fin perseguido (protección del interés superior de la menor de edad).

- Caso *Fornerón e hija y otro vs. Argentina* (2012):

98. Este Tribunal ha dicho anteriormente que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo de la misma. Adicionalmente la Corte Interamericana ha establecido que el término “familiares” debe entenderse en sentido amplio, abarcando a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano. Por otra parte, no hay nada que indique que las familias monoparentales no puedan brindar cuidado, sustento y cariño a los niños. La realidad demuestra cotidianamente que no en toda familia existe una figura materna o una paterna, sin que ello obste a que ésta pueda brindar el bienestar necesario para el desarrollo de niños y niñas.

99. Asimismo, esta Corte ya ha establecido que una determinación a partir de presunciones y estereotipos sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para asegurar el interés superior del niño. Adicionalmente, el Tribunal considera que el interés superior del niño no puede ser utilizado para negar el derecho de su progenitor por su estado civil, en beneficio de aquellos que cuentan con un estado civil que se ajusta a un determinado concepto de familia.

Similar criterio se estableció en la Opinión Consultiva OC-21/14 y el Caso *Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala* (2018), al precisar, respectivamente, que “la Corte recuerda que no existe un modelo único de familia” (párrafo 272) o que “no existe una definición única de familia” (párrafo 163). Es más, específicamente se precisó lo siguiente:

191. Teniendo en cuenta lo anterior, esta Corte no encuentra motivos para desconocer el vínculo familiar que parejas del mismo sexo pueden establecer por medio de relaciones afectivas con ánimo de permanencia, que buscan emprender un proyecto de vida conjunto, típicamente caracterizado por cooperación y apoyo mutuo. A juicio de este Tribunal, no es su rol distinguir la valía que tiene un vínculo familiar respecto de otro. No obstante, esta Corte estima que sí es obligación de los Estados reconocer estos vínculos familiares y protegerlos de acuerdo a la Convención.

192. Por estas razones, la Corte coincide con su par Europeo en cuanto a que sería una distinción artificial afirmar que una pareja del mismo sexo no puede gozar de un vínculo familiar como lo podría hacer una pareja heterosexual. Asimismo, como ya se indicó, una familia también puede estar conformada por personas con diversas identidades de género y/o orientación sexual [...]. El Tribunal estima importante destacar que con ello, no se está demeritando otras modalidades de familia, ni tampoco se está desconociendo la importancia de esta institución como elemento fundamental de la sociedad; por el contrario, la Corte le está reconociendo igual dignidad al vínculo afectivo de una pareja conformada por dos personas que son parte de una minoría históricamente oprimida y discriminada.

Asimismo, en la citada Opinión Consultiva N.º 24/2017 resolvió:

6. La Convención Americana, en virtud del derecho a la protección de la vida privada y familiar (artículo 11.2), así como del derecho a la protección de la familia (artículo 17), protege el vínculo familiar que puede derivar de una relación de una pareja del mismo sexo.

7. El Estado debe reconocer y garantizar todos los derechos que se derivan de un vínculo familiar entre personas del mismo sexo de conformidad con lo establecido en los artículos 11.2 y 17.1 de la Convención Americana.

8. De acuerdo a los artículos 1.1, 2, 11.2, 17 y 24 de la Convención es necesario que los Estados garanticen el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, incluyendo el derecho al matrimonio, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales.

Dicha Opinión Consultiva, debió –y debe– ser considerada por el Estado peruano, los jueces nacionales y los magistrados del Tribunal Constitucional⁸⁷, debido a que el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece que “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado” y, como estableció la propia Corte IDH, esa obligación no se centra únicamente en tratados internacionales sino también en las interpretaciones que de los mismos hacen los jueces de dicho Tribunal Interamericano⁸⁸.

Es decir, el Estado peruano, los jueces nacionales y los jueces del Tribunal Constitucional no pueden alegar o invocar la normativa nacional (legislativa o constitucional) para negar la tutela del derecho al matrimonio igualitario, pues con ello no realiza un control de convencionalidad y se contradice lo dispuesto por la Corte IDH y, en consecuencia, incurre en responsabilidad internacional⁸⁹. La única forma de proceder de forma distinta es otorgando una mayor, mejor o más amplia protección de los derechos en discusión, lo que según objetamos al momento de realizar un análisis general y un análisis especial del caso no ocurrió.

Tener en cuenta lo aquí descrito habría significado que el Tribunal Constitucional, en el caso comentado, considere lo dispuesto por la Corte IDH, pues dicho caso probablemente llegue a conocimiento de dicha instancia supranacional y en ella,

⁸⁷ Los entonces magistrados Ferrero Costa y Blume Fortini señalaron, en la sentencia objeto de análisis, que la Opinión Consultiva 24/17 no tiene carácter vinculante, debido a que no fue solicitada por el Estado peruano; sin embargo, tales argumentos resultan más que preocupantes, pues dichos magistrados –en no pocas ocasiones– sustentaron sus decisiones en opiniones consultivas emitidas con motivo de consultas de otros países. Algunos ejemplos de ello las encontramos en las decisiones de los Expedientes números 07357-2013-PA/TC, 00554-2017-PA/TC, 00374-2017-PA/TC, 02970-2019-HC/TC, 03085-2019-HC, 01594-2020-PA/TC. De otro lado, Javier Alonso de Belaunde, en su perfil personal de Twitter (10/06/2022), advierte una contradicción en el razonamiento académico y jurisprudencial del magistrado Blume Fortini, quien ante la pregunta sobre ¿Quién tiene en el Perú la última palabra en derechos humanos?, señaló: “La absolución de la pregunta implica partir de la premisa de que el Perú, como Estado Parte en la Convención, ha asumido todas las obligaciones que como tal le corresponden y que, consecuentemente, está obligado a cumplir las decisiones de la Corte IDH dado su carácter vinculante, entendiéndolo por ello un cumplimiento integral que no se agota sólo en la parte resolutoria de las mismas, sino que abarca los valores y principios que aquellas encierran. El TC ha demostrado a través de sus sentencias ser consciente de ello y así lo ha establecido muy claramente en numerosas oportunidades [...] llegando a sostener expresamente que las sentencias de la Corte IDH y sus opiniones consultivas sobre la materia, son vinculantes para el Estado peruano, y que desconocerlas podría significar una infracción constitucional o, peor aún, un delito de función” (Blume Fortini, Ernesto, 2015. Diálogo interjurisdiccional entre la Corte IDH y el Tribunal Constitucional del Perú. En: Mosquera, Susana (coord.). La constitucionalización de los tratados de derechos humanos en el Perú, pp. 87-104. Palestra).

⁸⁸ La Corte IDH afirmó, en otras ocasiones, que «el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas [...] y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana» (Caso Boyce y otros Vs. Barbados, fundamento 78).

⁸⁹ Además, como señala Curaca Kong, “la experiencia nos demuestra que resulta totalmente contraproducente y alejado de lo que busca un Estado Constitucional que se precie de serlo, el que un país, en aras de la soberanía, se aparte de los tratados y cortes internacionales sobre derechos humanos. Ello degenera en un descontrol y una paulatina y sistemática afectación de los derechos fundamentales de sus habitantes” (2018: 375)

siguiendo su novela jurisprudencial en cadena, probablemente se condene al Perú por la vulneración de los derechos de las personas LGTBIQ+.

Procediendo de dicha forma, además, los jueces nacionales habrían cumplido su rol como jueces interamericanos así como el requisito de coherencia y el argumento consecuencialista, desarrollados por MacCormick, pues habrían considerado a las normas nacionales como un conjunto dotado de sentido con los compromisos internacionales sobre derechos humanos (no aisladamente y en aplicación de los principios de subsidiariedad y complementariedad), de modo tal que los principios básicos de nuestro sistema jurídico en su conjunto (nacionales y compromisos internacionales) sean cabalmente tutelados; y, en simultaneo, que los jueces vean a futuro las consecuencias jurídicas del incumplimiento de los mandatos de la Corte IDH, pues la consecuencia probable es una condena internacional por incumplir estándares interamericanos que el Estado peruano suscribió. La única forma de no incurrir en dicha responsabilidad, reiteramos, era otorgar real tutela al matrimonio igualitario.

Lo descrito, en atención a las condiciones sociales actuales de las familias, también habría significado dialogar jurisprudencialmente con otras Altas Cortes de la región, con las cuales el Tribunal Constitucional emprendió constantemente conversaciones jurisprudenciales. Estas Cortes conocieron problemáticas similares a la que se planteó en el presente ensayo, incluso mucho antes de que este caso reconstruido llegue al Último Interprete de la Constitución peruana y en distintas etapas (claramente marcadas):

- La Corte Constitucional de Ecuador, a través de la Sentencia N.º 10-18-CN/19, ponderó diversos derechos reconocidos en la norma fundamental de dicho país y concluyó que es posible el matrimonio igualitario.
- La Corte Constitucional de Colombia –primera sentencia–, a través de la Sentencia N.º C-577/11, advirtió la vulneración de algunos derechos de los ciudadanos de dicho país y dispuso que su legislador evalúe la regulación del matrimonio igualitario.
- La Corte Constitucional de Colombia –segunda sentencia–, en la Sentencia N.º SU214/16, concluyó que su Constitución no prohíbe el matrimonio igualitario.

Finalmente, recordemos que MacCormick señala que las consecuencias jurídicas “se evalúan en relación con una serie de valores como la justicia, el sentido común, el bien común y la convivencia pública”. Por tanto, a fin de cumplir este requisito de racionalidad de las decisiones de los casos difíciles también era necesario considerar lo que viene progresivamente ocurriendo en el mundo: el matrimonio igualitario está siendo jurídicamente tutelado:

- Gonzáles (2017: 180), por ejemplo, identifica el siguiente reconocimiento jurídico progresivo: en los Países Bajos (2001), Bélgica (2003), España (2005), Canadá (2005), Sudáfrica (2006), Noruega (2008), Suecia (2009), México (2009), Portugal (2010), Islandia (2010), Argentina (2010), Dinamarca (2012), Uruguay (2013), Nueva Zelanda (2013), Francia (2013), Brasil (2013), Reino Unido (2013-2014), Luxemburgo (2014), Irlanda (2015), Estados Unidos (2015), Colombia (2016) y Finlandia (2017).
- Pasquali (2021), por su parte, también advierte otras recientes experiencias: Escocia (2014), Groenlandia (2016), Australia (2017), Malta (2017), Alemania (2017), Austria (2019), Ecuador (2019), Taiwán (2019), Irlanda del Norte (2019), Costa Rica (2020), Chile (2021) y Suiza (2022).

Es más, el Comité de Derechos Humanos, en las Observaciones finales sobre el sexto informe periódico del Perú (2023), indicó que “considera preocupante la estigmatización, las actitudes discriminatorias y la violencia hacia las personas lesbianas, gais, bisexuales, transgénero e intersexuales en el Estado parte [Perú]”. También le preocupa la falta de reconocimiento jurídico y de protección de las parejas del mismo sexo, y lamenta la falta de información proporcionada por el Estado parte al respecto [...]”. Además, indicó que nuestro país debe “c) Considerar la modificación del artículo 234 del Código Civil que restringe el matrimonio únicamente al celebrado entre una mujer y un hombre, y revisar la legislación pertinente con miras a reconocer plenamente la igualdad de parejas del mismo sexo, garantizándoles todos los derechos reconocidos en el Pacto”.

En definitiva, frente a un contexto de constante desarrollo jurídico, político y social, de la mano con los avances la ciencia, la sociología jurídica, la antropología del derecho, la filosofía del derecho, la ética, la ciencia política, la teoría del derecho, la argumentación jurídica, el derecho internacional de los derechos humanos y la bioética, y el entendimiento de los derechos a su mejor luz, en dialogo con la jurisprudencia nacional y supranacional⁹⁰, no es posible negar jurídicamente el matrimonio igualitario.

⁹⁰ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el Case of Buhuceanu and Others v. Romania (decisión del 25 de setiembre de 2023), ratificó que “la ausencia de reconocimiento legal de uniones del mismo sexo es contraria al derecho a la vida privada y familiar. 21 parejas del mismo sexo cuyas solicitudes de matrimonio fueron rechazadas por las oficinas locales de los registros civiles invocan la vulneración de sus derechos. El Tribunal recuerda que, acorde con su jurisprudencia (Caso Fedotova y otros vs. Rusia) los Estados tienen la obligación positiva de proporcionar un marco legal que permita el adecuado reconocimiento y protección de las parejas del mismo sexo. Si bien los Estados cuentan con margen de apreciación en relación con la forma de reconocimiento, la que no necesariamente debe ser matrimonial, sí debe proporcionarse un mecanismo. El Tribunal observa que la ley rumana solo reconoce una forma de unión familiar: el matrimonio heterosexual. Los intentos legislativos por modificar esta situación fueron rechazados bajo el argumento de que no hay un interés predominante en otorgar protección a tales uniones. El Tribunal verifica que esta situación priva a las parejas del mismo sexo de acceso a numerosos derechos de índole civil y social, disponibles para las parejas casadas en ámbitos como propiedad, salud y herencia. El Tribunal rechazó el argumento de que estos derechos pueden ser replicados por convenios y contratos privados, pues los derechos derivados de las uniones legalmente

Conclusiones

El Tribunal Constitucional –en mayoría–, al conocer la demanda promovida por Óscar Ugarteche Galarza, actuó en el marco de la concepción originalista de la interpretación constitucional.

Una reconstrucción del problema jurídica, desde la teoría del caso y a partir de la lectura moral de la Constitución, donde se tengan en cuenta (i) la gran labor y responsabilidad de los jueces constitucionales, (ii) la novela jurisprudencial en cadena que estos construyen como empresa colectiva que interpreta los derechos a su mejor luz y (iii) la mejor interpretación de los derechos fundamentales en discusión (dignidad, igualdad material, libre desarrollo de la personal y no discriminación), permite afirmar la validez normativa del matrimonio de igualitario.

Esta reconstrucción del tema jurídico, en nuestro entendimiento, sigue los estándares que la teoría constitucional y la argumentación jurídica establecen, especialmente los postulados de Tribe, Dworkin y MacCormick, y niega al originalismo como una forma válida de interpretar la Constitución (más bien lo muestra como un ejemplo de cómo no se interpreta la Constitución).

El matrimonio igualitario tiene tutela constitucional, según la reconstrucción aquí abordada; además, los argumentos que suelen sustentar su denegatoria fueron analizados a detalle y mostrados como carentes de sustento jurídico. Por tanto, no es necesario que el Estado reconozca este derecho a las personas LGTBIQ+; más bien debe justificar porqué sigue incurrió e incurre en actos de discriminación al no permitir el ejercicio de dicho derecho.

Los jueces ordinarios y constitucionales, siguiendo la propia jurisprudencia de las Altas Cortes Nacionales y Supranacionales, deben otorgar tutela al matrimonio igualitario. La negativa de tutela de dicho derecho genera que el Estado peruano incurra en responsabilidad internacional, pues no tiene en cuenta la novela jurisprudencial construida por el Tribunal Constitucional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos, en sus distintas y diversas conformaciones.

reconocidas se desprenden de la ley misma y son oponibles erga omnes, lo que no se logra con mecanismos contractuales. El Tribunal enfatiza que la percepción negativa de la mayoría heterosexual no puede prevalecer sobre el interés de los peticionarios en que se reconozcan sus uniones y que ello no perjudicará a la institución del matrimonio, pues las parejas heterosexuales podrán continuar casándose. Por ende, el Tribunal declara la vulneración del derecho a la vida privada y familiar” (Reyna Vargas, Daniel (2023). Publicación en su cuenta personal de LinkedIn).

Esperamos que lo aquí abordado impacte en nuestra comprensión del derecho de familia, el derecho constitucional, la argumentación jurídica y el derecho internacional de los derechos humanos, pues para nosotros supuso interpelar lo que creíamos, desde un enfoque que tiene como pilar central los derechos humanos.

El centro de atención de todos debe ser la tutela efectiva de los derechos fundamentales, no la imposición de creencias de una vida buena de un grupo mayoritario sobre otro minoritario. Ello exige una catarsis o metamorfosis de pensamiento de quienes afirman el no reconocimiento normativo del matrimonio igualitario. Aquí respondimos a sus principales objeciones y esperamos que eso aperture un debate robusto de ideas al respecto.

La teoría constitucional, la argumentación jurídica y la práctica jurisprudencial nacional y supranacional permiten edificar una infraestructura teoría y práctica de tutela de los derechos fundamentales.



Bibliografía

Apaza Jallo, Niels J. (2019). Argumento de derecho comparado en las decisiones del Tribunal Constitucional: autoridad de la doctrina y la jurisprudencia comparada en el razonamiento de las y los jueces constitucionales. <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/16266>

Apaza Jallo, N. J. (2020). La formación jurídica basada en competencias: rol de las competencias en la educación del futuro abogado. *Ius Inkarri*, (9), 379–391. <https://doi.org/10.31381/iusinkarri.vn9.3700>

Apaza Jallo, Niels J. (2022). El Tribunal Constitucional como legislador positivo: análisis teórico y jurisprudencial. Tesis de posgrado. Repositorio de la Universidad Nacional del Altiplano.

Atienza, Manuel (2016). Las razones del Derecho. Teoría de la Argumentación Jurídica. Cuarta edición. Palestra.

Atienza, Manuel (2022). Sobre la dignidad humana. Trota.

Bonilla, Daniel (2015). Constitucionalismo del sur global. Siglo del Hombre Editores.

Carpio Marcos, Edgar (2005). La interpretación de los derechos fundamentales. Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Coordinador). *Interpretación constitucional*. Porrúa.

Celorio, Rosa (2020). Derechos, libertad, autonomía y matrimonio. El legado constitucional e internacional de *Obergefell vs. Hodges*. En: Espejo Yaksic, Nicolas & Ibarra Olguin, Ana María (Editores). Corte Suprema de Justicia de la Nación. México, pp. 95-114.

Chiassoni, Pierluigi (2015). Una cuestión de interpretación. Nota preliminar. En: Scalia, Antonin. Una cuestión de interpretación. Los Tribunales Federales y el Derecho. Palestra.

Clérico, Laura (2010). El matrimonio igualitario y los principios constitucionales estructurales de igualdad y/o autonomía. En: Aldao, Martín & Clérico, Laura (Coord.). Matrimonio igualitario. Perspectivas sociales, políticas y jurídicas, pp. 145-178.

Curaca Kong, Alfredo Orlando (2018), El contenido convencionalmente protegido del derecho como nuevo parámetro de control en los procesos de hábeas corpus. A propósito de una sentencia constitucional sobre el derecho fundamental a la

pluralidad de instancias. En: Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional. El habeas corpus en la actualidad. Posibilidades y límites. pp. 345-379.

Dworkin, Ronald (1997). Cómo el derecho se parece a la literatura. En: Hart, H. L. A. & Dworkin, Ronald. La decisión judicial. El debate entre Hart - Dworkin. Estudio preliminar de Cesar Rodríguez. Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, pp. 143-180.

Dworkin, Ronald (2008). El imperio de la justicia. De la teoría general del Derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría práctica. Tercera reimpresión. Gedisa.

Dworkin, Ronald (2012). Una cuestión de principios. Siglo Veintiuno.

Dworkin, Ronald (2015). Lectura moral de la Constitución y la premisa mayoritaria. García Jaramillo, Leonardo (Editor). Tirant lo Blanch, pp. 257-314.

Dworkin, Ronald (2015). Comentario de Ronald Dworkin. En: Scalía, Antonin. Una cuestión de interpretación. Los Tribunales Federales y el Derecho. Palestra.

Dworkin, Ronald (2019). El Derecho de las libertades. La lectura moral de la Constitución Norteamericana. Palestra.

Ely, John Hart (2007). Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional. Siglo del Hombre.

Fernández Valle, Mariano (2010). Después del matrimonio igualitario. En: Aldao, Martín & Clérico, Laura (Coord.). Matrimonio igualitario. Perspectivas sociales, políticas y jurídicas, pp. 179-204.

Feteris, Eveline T. (2007). Fundamentos de la argumentación jurídica. Revisión de las teorías sobre la justificación de las decisiones judiciales. Universidad Externado de Colombia.

Fonseca, Juan (2017). Publicación –como estado– del 14 de febrero de 2017, en su cuenta personal de Facebook (revisado el 18 de agosto de 2022).

García Godínez, Miguel Ángel (201). Los criterios de corrección en la teoría del razonamiento jurídico de Neil MacCormick. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

García Jaramillo, Leonardo & Carbonell, Miguel (2015). Presentación. García Jaramillo, Leonardo (Editor). Tirant lo Blanch, pp. 257-314.

García Jaramillo, Leonardo (2021). Dinámicas en la configuración de la obra de Ronald Dworkin. Introducción. García Jaramillo, Leonardo (Editor). *Ronald Dworkin. Una biografía intelectual*. Trota, pp. 15-43.

García Manrique, Ricardo (2004). Derechos Humanos e injusticias cotidianas. Universidad de Externado de Colombia.

Gargarella, Roberto (2008). La dificultosa tarea de la interpretación constitucional. Gargarella, Roberto (Coordinador). *Teoría y crítica del Derecho Constitucional*, Tomo I: Democracia. Abeledo Perrot, pp. 123-148.

Gargarella, Roberto (2010). Matrimonio y diversidad sexual: el peso del argumento igualitario. En: Aldao, Martín & Clérico, Laura (Coord.). Matrimonio igualitario. Perspectivas sociales, políticas y jurídicas, pp. 131-144.

González Barreda, María del Pilar (2017). Ciudadanía y derechos humanos. Por el reconocimiento del matrimonio igualitario en América Latina. En: Sotelo Gutiérrez, Arturo (Coord.). El matrimonio igualitario desde el activismo, la academia y la justicia constitucional. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, pp. 173-207.

Gonzales Domínguez, Pablo (2022). Curso de formación sobre estándares jurídicos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, organizado por el Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, Sesión II.

Grajales, Amos Arturo & Negri, Nicolás Jorge (2018). Sobre la argumentación jurídica y sus teorías. Marcial Pons.

Haberle, Peter (2008). La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y procesal de la Constitución. Revista sobre enseñanza del Derecho, Año 5, número 11.

Hart, H. L. A. & Dworkin, Ronald (1997). La decisión judicial. El debate entre Hart - Dworkin. Estudio preliminar de César Rodríguez. Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.

Herrera, Marisa (2010). Adopción y ¿homo-parentalidad u homo-fobia? Cuando el principio de igualdad manda. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, Año IV, Número 26, pp. 80-221.

Herrera, Marisa (2020). Constitucionalización/convencionalización del derecho de las familias. La experiencia del derecho argentino. En: Espejo Yaksic, Nicolas & Ibarra Olguin, Ana María (Editores). Corte Suprema de Justicia de la Nación. México, pp. 49-94.

Hesse, Konrad (2012). Escritos de Derecho Constitucional. Fundación Coloquio Jurídico Europeo & Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Lacey, Nicola (2021). Hart y Dworkin: La pesadilla y el noble sueño. García Jaramillo, Leonardo (Editor). *Ronald Dworkin. Una biografía intelectual*. Trota, pp. 107-130.

Landa Arroyo, César (2017). Interpretando la Constitución. Presentación. En: Laurence H. Tribe & Michael C. Dorf (2017). Palestra.

Landa Arroyo, César (2017). Los derechos fundamentales. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Landa Arroyo, César (2021). Derechos a la dignidad, libre desarrollo de la personalidad e identidad personal. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Palestra.

León Vásquez, Jorge (2021). Derechos a la igualdad y no discriminación. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Palestra.

Lifante Vidal, Isabel (2018). Argumentación jurídica e interpretación jurídica. Escepticismo, intencionalismo y constructivismo. Tirant lo Blanch.

LINARES, Sebastián. Sobre el ejercicio democrático del control judicial de las leyes. Isonomía [online]. 2008, N.º 28, pp. 149 - 184. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182008000100008&lng=es&nrm=iso. ISSN 1405-0218.

López Medina, Diego Eduardo (2006). El derecho de los jueces. Segunda edición. Legis & Universidad de Los Andes.

López Medina, Diego (2017). Cómo se construyen los derechos. Narrativas jurisprudenciales sobre orientación sexual. Primera reimpresión. Legis editores & Universidad de Los Andes.

MacCormick, Neil (2016). Retórica y Estado de Derecho. Una teoría del razonamiento jurídico. Palestra.

MacCormick, Neil (2018). Razonamiento jurídico y Teoría del Derecho. Palestra.

Martínez Zorrilla, David (2010). Metodología Jurídica y Argumentación. Marcial Pons.

Moreso, José Juan (2014). La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución. Palestra.

Nino, Carlos Santiago (2006). Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación, Segunda edición. Ariel.

Parra Herrera, Nicolás (2018). Temperamentos interpretativos. Interpretación del contrato, la ley y la Constitución. Legis.

Pasquali, Marina (2021). Matrimonio igualitario. Los países que le dijeron 'Sí' al matrimonio igualitario. En: <https://es.statista.com/grafico/18091/paises-donde-es-legal-el-matrimonio-entre-personas-del-mismo-sexo/>

Pazo Pineda, O.A. 2020. Los framers en serio: el originalismo y su impacto en la interpretación constitucional. *Revista derecho del Estado*. 48 (dic. 2020), 341-369. DOI:<https://doi.org/10.18601/01229893.n48.12>.

Pérez Lledó, Juan Antonio (2007). Teoría y práctica en la enseñanza del Derecho. Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho, vol. 5, no. 9, 2007, pp. 85-189.

Riddall, J. G. (2008). Teoría del Derecho. Gedisa.

Roa Roa, Jorge Ernesto (2019). Control de Constitucionalidad Deliberativo. El ciudadano ante la justicia constitucional, la acción pública de inconstitucionalidad y la legitimidad democrática del control judicial al legislador. Universidad de Externado.

Rodríguez Campos, Rafael (2021). Cuando la ley está por encima de la Constitución. Reflexiones constitucionales sobre el caso Oscar Ugarteche. En: Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional. Revista Peruana de Derecho Constitucional N.º 13, pp. 749-774.

Rodríguez Garavito, César & Kauffman, Celeste (2014). Guía para implementar decisiones sobre derechos sociales. Estrategias para jueces, funcionarios y activistas. Documento 17. Dejusticia.

Rubio Correa, Marcial; Eguiguren Praeli, Francisco; y, Bernal Ballesteros, Enrique (2013). Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Scalía, Antonin (2015). Una cuestión de interpretación. Los Tribunales Federales y el Derecho. Palestra.

Sosa Sacio, Juan Manuel (2018). La coyuntura actual y algunos modelos de constitucionalismo. Gaceta Constitucional, Tomo 121, Enero 2018, pp. 92-103.

Sosa Sacio, Juan Manuel (2019). Justicia constitucional dialógica: algunos mecanismos o estrategias que favorecen la legitimación democrática de los Tribunales Constitucionales. En: Anuario de Investigación del CICAJ 2018-2019, pp. 439-456.

Sosa Sacio, Juan Manuel (2022). Diapositivas de la catedra en Derecho Constitucional II: Derechos fundamentales, de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Semana 11.

Sotelo Gutiérrez, Arturo (2017). Nosotros el pueblo ¿Ustedes la Corte? La reacción conservadora al matrimonio igualitario. En: Sotelo Gutiérrez, Arturo (Coord.). El matrimonio igualitario desde el activismo, la academia y la justicia constitucional. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, pp. 117-169.

Sotomayor Trelles, J. E., Uscamayta, G., Díaz Ruíz, N. A., Apaza Jallo, N. J., & Higa, C. (2023). La enseñanza del derecho y del razonamiento probatorio mediante el método del estudio de caso: Argumentos para su adopción y su adaptación a contextos virtuales. *Revista Pedagogía Universitaria Y Didáctica Del Derecho*, 10(1), 91-112. <https://doi.org/10.5354/0719-5885.2023.69117>

Tomas y Valiente, Francisco (1993). Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Constitucionales.

Tribe, Laurence (2015). Comentario de Laurence Tribe. En: Scalía, Antonin. Una cuestión de interpretación. Los Tribunales Federales y el Derecho. Palestra.

Tribe, Laurence H. & Dorf, Michael C. (2017). Interpretando la Constitución. Segunda edición. Palestra.

Vigo, Rodolfo Luis (2022). Derechos humanos y actividad jurisdiccional interpretativa: advertencias y exigencias. *Revista de Fundamentación Jurídica Díkaion* (Universidad La Sabana), 31(2), e3121. <https://doi.org/10.5294/dika.2022.31.2.1>

Waldron, Jeremy (2005). Derecho y desacuerdos. Marcial Pons.

Segunda Parte

Artículos por magistrados y exmagistrados

Esta sección está integrada por trabajos académicos por magistrados y exmagistrados, cuya trayectoria en el ejercicio de la función jurisdiccional les permite ofrecer una visión práctica y profundamente informada del derecho. Su experiencia en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas en casos concretos los convierte en actores fundamentales para la consolidación de un sistema de justicia eficiente, transparente y respetuoso de los derechos fundamentales.

Los artículos aquí presentados constituyen valiosos testimonios del conocimiento acumulado en el quehacer judicial, así como reflexiones críticas sobre los desafíos actuales del sistema judicial. En ellos se evidencia una preocupación constante por fortalecer el Estado de Derecho, garantizar la tutela judicial efectiva y promover buenas prácticas en la administración de justicia.

La participación de magistrados y exmagistrados en esta obra no solo enriquece el contenido académico con una perspectiva jurisdiccional, sino que también aporta al diálogo entre la teoría y la práctica, mostrando cómo las decisiones judiciales y la jurisprudencia contribuyen activamente a la evolución del derecho. Estos textos resultan especialmente útiles para quienes buscan comprender el impacto real del derecho en la vida de las personas y el rol crucial que desempeña el poder judicial en una sociedad democrática

¿ES LA DIGNIDAD EL MEJOR SUSTENTO DE NUESTRO ACTUAL CONSTITUCIONALISMO?*

Eloy Espinosa-Saldaña Barrera¹

I. Algunas notas previas²:

Conocí a José Antonio Rivera hace algunos años, cuando fui invitado como profesor a Sucre por la Universidad Andina Simón Bolívar. El grupo con el cual me invitaron era sumamente interesante, pues se encontraban en la misma clase de maestría a trabajadores, magistrados titulares y magistrados suplentes de entidades como la Corte Suprema, el Consejo Nacional de la Magistratura y el Tribunal Constitucional bolivianos. Sin embargo, José Antonio se destacaba nítidamente sobre los demás.

Y es que su dominio de la materia era ya riguroso y la forma de presentar los temas muy fluida. Una verdadera figura académica con luz propia: uno de esos estudiantes que honran a sus profesores(as) en la medida en que el docente puede decir con orgullo que compartió clase con gente de gran valor.

José Antonio Rivera siguió entonces el trabajo emprendido cada vez con más fuerza. Su rigor académico ha ido y sigue yendo en defensa de la Constitución, el Derecho, los derechos y la institucionalidad. Allí ha hecho una labor encomiable, sin sucumbir a las múltiples tentaciones que nos pone el poder político o el económico, y sin retroceder frente al eventual riesgo de ser demolido por la suerte de aplanadora que muchas veces es utilizada para desaparecer a quien piensa distinto y defiende pensamientos democráticos.

* En el año 2021 publiqué este artículo en el libro intitulado “*Constitucionalismo y Derechos Humanos*”, obra colectiva en homenaje a José Antonio Rivera, editada por el Grupo Editorial “Kípus”. Se trata de una editorial boliviana cuyo propósito principal es la promoción de la cultura y la difusión de textos escolares dirigidos a los niveles de educación primaria y secundaria. En dicha publicación, incluí un artículo de mi autoría titulado “*¿Es la dignidad el mejor sustento de nuestro actual constitucionalismo?*”.

Tras una revisión detallada del mencionado artículo, considero pertinente precisar que algunas de las ideas desarrolladas en el mismo fueron influenciadas por la obra *La satisfacción de las necesidades básicas como el mejor fundamento para los Derechos Humanos*, de **Juan Manuel Sosa Sacio**. Si bien en el texto original se hace referencia a dicha obra como fuente de inspiración, estimo necesario incluir de manera más explícita ciertas citas y referencias adicionales, tanto de la mencionada obra como de otras publicaciones relevantes en la materia.

Con el propósito de reconocer de manera más clara y transparente estas influencias, he decidido publicar y difundir, a través de la revista de la Asociación Civil *Chaska Amaru*, conformada por estudiantes universitarios de Derecho, una versión revisada y ampliada de mi artículo, que incorpora estas referencias y aclaraciones. Este documento debe entenderse como una subsanación voluntaria que busca fortalecer la rigurosidad académica y la integridad de mi trabajo.

¹ Eloy Espinosa-Saldaña Barrera ex - Magistrado y ex Vicepresidente del Tribunal Constitucional del Perú. Doctor en Derecho con mención sobresaliente *summa cum laude* en Madrid (España). Catedrático de Derecho Constitucional, Derecho Administrativo y Derecho Procesal Constitucional en diversas universidades peruanas. Profesor invitado o conferencista invitado en el Instituto Max Planck, el Tribunal Constitucional Federal y el Ministerio de Relaciones Exteriores (Alemania); La Corte Constitucional Italiana, y las universidades de Bolonia, La Sapienza y Pisa (Italia); París Sorbonne y Nancy (Francia); el Parlamento Europeo (Bélgica); y en universidades, tribunales y centros de estudio de España, Suiza, Polonia, Rusia, Corea del sur, Qatar, Marruecos, Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, Venezuela, Paraguay, Uruguay, Honduras, Guatemala, Nicaragua, Puerto Rico y Panamá. Integrante de las mesas directivas del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional y la Red peruana de Docentes en Derecho Constitucional, entre otras entidades. Perito por la Comisión ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos y autor de obras de su especialidad.

² Este trabajo encuentra una especial motivación en la lectura de la tesis de maestría de Juan Manuel Sosa, *La satisfacción de las necesidades básicas como el mejor fundamento para los Derechos Humanos* (Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013). En este sentido, el presente homenaje al profesor Rivera tomará como referencia dicho estudio, sin que ello implique desconocer las valiosas contribuciones de otros autores que han realizado investigaciones exhaustivas previas sobre los temas que aquí se abordan.

Realizar entonces un homenaje a José Antonio es pues una excelente idea y, además, un acto de justicia. Enhorabuena por ello, y es en ese sentido que paso a desarrollar mi contribución al homenaje con el tratamiento del tema expuesto a continuación. Ojalá estas reflexiones estén a la altura del reconocimiento que merece recibir el profesor Rivera, destacado constitucionalista y gran persona.

II. El encuadramiento de algunas cuestiones que quiero discutir:

2.1 ¿Basta con la referencia a la dignidad de la persona como sustento de los derechos fundamentales?

Históricamente, y sobre todo por el influjo de una serie de acontecimientos impulsados en la dinámica del contexto europeo-continental, se fue apuntalando un paso de un “constitucionalismo de los límites” a un “constitucionalismo de los derechos” (y los principios y valores asumidos como sustento de los derechos), constitucionalismo que, por diversas razones, tiende a presentar como su último sustento a la dignidad humana.

No es este el espacio para explicar en detalle ese proceso o hablar de sus innegables ventajas. Quiero anotar aquí otra cosa: la dignidad tiene hasta hoy un carácter indeterminado, cuando no polisémico³. Ha sido inclusive entendida de maneras muy diversas, y no pocos cuestionan el que esta dignidad para muchos se sustenta en consideraciones metafísicas presentadas como incuestionables e incontrastables⁴.

Cabe entonces preguntarse si puede sustentarse la propia subsistencia de los derechos y el mismo constitucionalismo básicamente en la dignidad de la persona, y, más aún, si puede configurarse “una fundamentación de los derechos desprovista de ontología (atendiendo a una supuesta esencia o naturaleza humana), metafísica (desde nociones ajenas a una experiencia o realidad específica), o ejercicios constructivistas”⁵; y recurrir a morales distintas, con un alcance más pragmático y fundamentalmente más fácil y objetivo (si cabe el término) de justificar.

Indudablemente existen posiciones muy radicales al respecto. Es conocida la alegación de Bobbio, referida a que ya no se necesita justificar los derechos (eso ya lo ha hecho la Declaración Universal de los Derechos Humanos), sino tutelarlos⁶. Aquello incluso ha llevado a algunos a asumir que existe una confrontación entre fundamentación y eficacia de los derechos, postura que respeto pero que no comparto, en base a diversas razones. Entre ellas se encuentra la de extender que la eficacia y la protección de los derechos no depende únicamente de un discurso o declaración bien intencionadas.

Nadie niega el valor de la noción de dignidad, la cual representa e incluso simboliza el enorme cambio de sensibilidad ocurrido luego de la Segunda Guerra Mundial. Rescata que la persona humana tiene un valor no negociable e inviolable. Ahora bien, y digámoslo con

³ ROSEN, Michael. *Dignity: Its History and Meaning*. Cambridge, Harvard University Press, 2012; GARRIDO, Carlos. La Dignidad de la persona: límite de la autonomía individual. *Revista de Derecho-Consejo de Defensa del Estado*, 26, 2011, p. 83. Más recientemente, DE SOUZA, Sergio & DA SILVEIRA, Carlos, *Dignity is said in many ways: a re- Reading based on Thomas Aquinas*. *Conhecimento & Diversidade*, 14(34), 2022, p. 274.

⁴ En 2011, Dworkin ya señala que la interpretación de la dignidad varía según el contexto normativo y cultural. DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press, 2011, chapter four. Ver, además, SOSA, Juan Manuel. *La Satisfacción de las necesidades básicas como mejor fundamento para los Derechos Fundamentales*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Tesis de Maestría, 2013, p. 77.

⁵ En 1997, Nino analiza cómo la fundamentación de los derechos puede desvincularse de supuestos ontológicos y metafísicos. Nino, Carlos. *Fundamentos de derecho constitucional*. Madrid, Ariel, 1997, p. 45.. Sin embargo, debo hacer notar que es Kelsen quien en “*Teoría Pura del Derecho*” busca eliminar cualquier referencia metafísica o moral en la justificación del orden jurídico. Contrástese, SOSA, Juan Manuel, Op. Cit. p. 77

⁶ Bobbio, Norberto. *El tiempo de los derechos*. Madrid, Sistema, 1991, p. 61.

franqueza nuevamente, no hay una definición unívoca de dignidad, sino nociones o aproximaciones con, por decir lo menos, relevantes matices entre sí, y que, en todo caso, son alternativas que suelen tener limitaciones para justificar la decisión tomada en diversos contextos (el reconocimiento de titularidad de derechos fundamentales a la persona humana, por ejemplo, puede sustentarse en una argumentación en base a la dignidad).

Concuerdo con quienes, como Sosa,⁷ asumen que son cuatro las nociones más difundidas sobre lo que debe comprenderse como dignidad: como mandato de no instrumentalización de las personas (las cuales deben ser entendidas como fin y no como medio)⁸; como atributo o naturaleza inherente a todo ser humano (vinculado con aquello de que todos(as) somos iguales en dignidad)⁹; como capacidad para ser sujeto racional y moral (la denominada dignidad como autonomía moral)¹⁰; y, finalmente, como aspiración política normativa, como un “deber ser”, el cual debe otorgarse a toda persona (por ejemplo, garantía de condiciones dignas de existencia)¹¹. Entre esos escenarios, pero también con dichas facultades, es que se fortalece el papel de la dignidad, llegando algunos a señalar que todos los derechos pueden ser entendidos como manifestaciones o concreciones de dicha dignidad (una suerte de dignidad concretizada).

Ahora bien, es importante reconocer la importancia de asegurar los derechos. El problema es que con tantas imprecisiones, los consensos son más aparentes que reales, y la invocación a la dignidad puede servir para intentar justificar interpretaciones contrarias entre sí. No ayuda a evitar estas diferencias la formulación abierta de la dignidad, ni el que su sustento sea en la mayoría de los casos en formulaciones metafísicas previas, con carácter inviolable, y que exigen su cumplimiento y respeto de la manera más rigurosa posible.

Señalado lo anterior, cabe preguntarse si el sustento de los derechos debería encontrarse más bien fundamentado en la realidad o en la experiencia dejándose de lado sustentaciones basadas más bien en consideraciones de tipo ontológico o metafísico. A ello derivará mi análisis de inmediato.

2.2 Los retos de la postura a estudiar, y algunos elementos para su configuración

Conviene hacer presente que un esfuerzo por plantear argumentos morales sin carga metafísica implica, como bien señala Sosa, “superar la denominada “falacia naturalista” o “Ley de Hume”, que señala que no es posible fundamentar sobre asuntos del “deber ser” desde el mundo del “ser”. Dicho en otras palabras, que de los hechos de la realidad (descripciones) no puede extraerse exigencias morales (prescripciones), exigencias que, por su naturaleza, solamente podrían sustentarse en lo moral”¹².

Si bien lo planteado en la ley de Hume es por lo menos discutible, también es complejo sostener que siempre se puede relacionar entre “ser” y “deber ser” o entre “hechos” y “valores”, como también señala el autor precitado.

En ese contexto donde cada vez más autores que sostienen que hay “datos de la realidad que generan en nosotros lo que podemos denominar “emociones” o

⁷ SOSA, Juan Manuel. Op Cit. p. 151

⁸ KANT, Immanuel. Fundamentación de la metafísica de las costumbres. Madrid, Alianza Editorial, 1785, p. 46.

⁹ WALDRON, Jeremy. Dignity, Rank, and Rights. Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 59.

¹⁰ DWORKIN, Ronald. Justice for Hedgehogs. Cambridge: Harvard University Press, 2011, p. 101.

¹¹ ROSEN, Michael. Dignity: Its History and Meaning. Cambridge, Harvard University Press, 2012, p. 88.

¹² HUMEN, A Treatise of Human Nature, 1739, p. 469. Cfr. SOSA, Juan Manuel. Op Cit. pp. 81-82.

“sentimientos morales”¹³. En ese mismo tenor van hoy disciplinas como la neuroética y la neurobiología¹⁴.

Desde esta todavía nueva postura, como bien sostiene Sosa en su trabajo, se constata que hay datos de la realidad (sentimientos, emociones), que en realidad no son argumentos morales, pero que indudablemente condicionan o enmarcan cualquier razonamiento moral posterior nuestro (y por ende, los juicios o valoraciones de carácter moral que seguramente luego todos(as) haremos)¹⁵. A diferencia de lo planteado en la Ley de Hume, lo que se presenta en los hechos es un proceso de descripción, valoración y prescripción en cada persona.

Lo que se tiene que analizar, ya desde una perspectiva de fundamentación alternativa, y no por ellos menos interesante, es que, como señala Sosa, “los seres humanos tenemos necesidades básicas (que atender), cuya insatisfacción valoramos negativamente, pues asumimos que causan daño grave (propio o ajeno)”¹⁶. Allí, por razones más objetivas (la existencia de necesidades básicas cuya atención generaría motivos para actuar y razones morales que impulsen ese accionar), las cuales suelen tomar la forma jurídica de un derecho. Ello en base a la exigibilidad y demás ventajas de los derechos, si así lo permite la fórmula constitucional de cada país (reconocimiento expreso por reforma constitucional, reconocimiento interpretativo del Tribunal Constitucional utilizando una cláusula de derechos implícitos o apelando a una interpretación convencionalizada de lo sucedido, etcétera).

Esta configuración de las necesidades proviene sin duda algunas, de muchas fuentes como, por ejemplo, Heller (1978) o Doyal y Gough (1991)¹⁷. En un primer lugar, implica tomar una postura sobre lo justo (¿quién lo decide? ¿qué puede considerarse justo para alguien?). En segundo término, el uso de la denominada Teoría de las necesidades humanas, muy funcional para determinar nuestra noción de necesidades básicas, siendo especialmente interesante lo dicho inicialmente por Agnes Heller al respecto (luego dicha autora introduce matices a sus formulaciones, las cuales no comparto, pero que serán materia de otros comentarios): que la sociedad o el contexto (sistema) generan un conjunto de necesidades que en principio buscan no favorecer a las personas sino al actual estado de cosas, y que estos criterios no puedan ser impuestos por una burocracia, sino que sea producto de una afirmación personal y en base a una priorización desde una manera político institucional de raigambre democrática, lo cual no atiende a una supuesta jerarquía metafísica, sino a consideraciones más concretas y prácticas¹⁸.

¹³ SOSA, Juan Manuel. Op Cit. p. 84. En el pie de página número 244 se verifican diferentes autores estudiados por Sosa que plantean diversas nociones para “sentimiento moral” en el ámbito de la ética. Sin embargo, debo enfatizar que estos no son los únicos, pues ya desde la psicología se ha evidenciado que los sentimientos juegan un rol crucial en la toma de decisiones morales (Jesse Prinz, 2007) o que los juicios morales son el resultado de respuestas emocionales antes que razonamientos conscientes (Jonathan Haidt, 2012). Para una postura distinta recomiendo a la posición de John Finnis (1980).

¹⁴ Churchland explica en 2011 cómo las bases neurológicas de la empatía y cooperación han moldeado la moralidad de los seres humanos. CHURCHLAND, Patricia. *Braintrust: Neuroscience Tells Us about Morality*. Princeton, Princeton University Press, 2011, p. 94.

¹⁵ SOSA, Juan Manuel. Op Cit. p. 151. Si bien este autor llega a esta conclusión debo puntualizar que el trabajo de GREENE, Joshua. *Moral Tribes: Emotion, Reason, and the Gap between us and them*, 2013, p. 142., es importante para cuestionar si las normas jurídicas deberían basarse en teorías morales racionalistas o en realidades psicológicas más pragmáticas.

¹⁶ SOSA, Juan Manuel. Op Cit. p. 151.

¹⁷ DOYAL, Len & GOUGH, Ian. *A theory of human need*. London, Macmillan, 1991. Estos autores argumentan que existen necesidades humanas básicas universales, cuya satisfacción es imprescindible para que cualquier individuo pueda llevar una vida mínimamente digna. Cfr. SOSA, Juan Manuel. Op Cit. p. 88 y ss.

¹⁸ DWORKIN, Ronald. Op. Cit. p. 214; RAWLS, John. *Political Liberalism*. Nueva York, Columbia University Press, p. 78; SOSA, Juan Manuel. Op Cit. p. 152

Aporta también, y mucho, a esta discusión la llamada Teoría de las capacidades básicas y del desarrollo humano, postura en la cual destacan específicamente los trabajos de Amartya Sen y Martha Nussbaum. Ellos parten de la idea de que el bienestar o logro de las personas no se basan en la abstención de “logros”, como la realización de funciones, la obtención de beneficios o la asignación de recursos, sino que lo que deben atenderse son las llamadas capacidades humanas básicas, las cuales pueden ser enunciadas (para ser reconocidos e incluso exigidas) en una lista de carácter político o político-jurídico (como una Constitución)¹⁹.

Conviene sin duda además, si de configuración de derechos se tiene, la tradición política republicana. Y es que, como señala Sosa, “a diferencia del liberalismo, el cual entiende a la libertad personal como no interferencia, el republicanismo manera una idea de libertad personal como “no dominio” y “autonomía””²⁰. Esta concepción parece propiciar el desarrollo de una comunidad de ciudadanos libres e independientes, además de asegurar el ejercicio efectivo de la ciudadanía²¹.

Y es que el republicanismo además reclama la configuración “de una comunidad de ciudadanos libres e iguales, así como el efectivo ejercicio de la ciudadanía. Valora, además, el “autogobierno” o autonomía política de la comunidad, y considera que a partir de la discusión libre y pública de los asuntos que involucran a todos(as) es posible fijar mejores reglas y metas”²². Todo lo expuesto reclama indudablemente la satisfacción de precondiciones políticas y económicas, y entre ellas, valga la redundancia, la satisfacción de necesidades humanas que pueden ser calificadas como esenciales²³.

2.3 Alcances y pertinencia de las necesidades básicas para el rol sugerido

Siguiendo las pautas planteadas por los promotores(as) de esta postura, las denominadas “necesidades humanas básicas” “son exigencias morales vinculadas con capacidades o condiciones de vida, cuya ausencia hace imposible una vida humana sin daños graves, padecimientos u opresiones”²⁴. Su satisfacción, siquiera a nivel básico, “permite la supervivencia en condiciones saludables, donde cada quien elija y cumpla los planes de vida que considere valiosos, así como el autogobierno y la participación activa en la comunidad política”²⁵. Su configuración no es producto de una orden externa o una justificación metafísica, sino del diálogo público razonado (y no con precipitación)²⁶. Por ende, sus defensores la reclaman como “insoslayables” (no pueden evitarse, pues no dependen de una persona en particular); con alcance universal (se extienden a toda persona y su insatisfacción genera grave daño para cualquiera); y como objetivas u objetivables²⁷.

¹⁹ SEN, Amartya. Desarrollo y Libertad. Barcelona, Editorial Planeta, 2000, pp. 99 ss; NUSSBAUM, Martha. Las Fronteras de la Justicia. Barcelona, Paidós, 2007, pp. 87 ss.

²⁰ La libertad como “no dominación”, la noción de “dominación” ha sido esbozado exhaustivamente por PETTIT, Philip. Republicanismo Una teoría sobre la libertad y el gobierno, Barcelona, Paidós, 1999, pp. 78 ss. Cfr. SOSA, Juan Manuel. Op Cit. p. 152.

²¹ En similar sentido, PETTIT, Philip. Republicanismo Una teoría sobre la libertad y el gobierno, Barcelona, Paidós, 1999.

²² PETTIT, Philip, Op. Cit. pp. 95 y ss; WALDRON, Jeremy. Dignity, Rank, and rights. Oxford: Oxford University Press, 2012, p.145. Cfr. SOSA, Juan Manuel. Op Cit. p. 153.

²³ SOSA, Juan Manuel. Op Cit. p. 109 y p. 153.

²⁴ HELLER, Agnes. The Theory of need in Marx, 1978, London, Great Britain, p.121; DOYAL & GOUL, Op. Cit. p. 43. Cfr. SOSA, Juan Manuel. Op Cit. pp. 4-5.

²⁵ RAWLS, John. Op. Cit. p. 112. Cfr. SOSA, Juan Manuel. Op Cit. p. 153.

²⁶ Cfr. HABERMAS, Jürgen. Between Facts and Norms, 1996.

²⁷ SOSA, Juan Manuel. Op Cit. p. 153.

Lo recientemente expuesto tiene varias consecuencias. Una de las más relevantes es la de que, “ante el posible daño que generaría su insatisfacción, se considera que estas necesidades deben ser atendidas de manera prioritaria a otras existentes, o a muy respetables deseos, preferencias o intereses (el denominado “principio de precedencia”)”²⁸. A aquello se añade que la determinación de estas necesidades cuenta con ventajas adicionales: su especial fuerza argumentativa; el no encontrarse predeterminadas por consideraciones metafísicas, ontológicas o constructivistas, sino ser el resultado del acuerdo ciudadano en su alcance y contenido.

Ahora bien, y tomando esto como constatación de mi parte, ese acuerdo ciudadano como sustento no es fácil de conseguir. Más complejo aún es sostenerlo en el tiempo, El uso de esta comprensión de las cosas, y su reclamo de asegurar mayor objetividad se va a sostener en buena medida en un diálogo razonado, pero también en lo que haga o deje de hacer un intérprete calificado del Derecho, los derechos y la institucionalidad como el juez(a) constitucional, sobre todo si es parte de un Tribunal Constitucional o una Alta Corte de similar rango.

El otro tema a preguntarse es el de la relación de las necesidades básicas con los derechos reconocidos en nuestro actual ordenamiento constitucional. Independientemente que algunos establecen una discutible diferencia entre derechos humanos, derechos fundamentales y derechos constitucionales²⁹, lo importante es que sus alcances (los de estas necesidades) pueden ser comprendidos y materializados por quienes tengan ordenamientos jurídicos donde el constituyente, el legislador e incluso los(as) jueces (zas) permita la incorporación de una de estas necesidades dentro del contexto de exigibilidad que otorga un derecho.

III. Algunas ideas a modo de conclusión

Como bien puede apreciarse, el constitucionalismo contemporáneo o “constitucionalismo de los derechos” es el escenario al cual se llega básicamente luego de la Segunda Guerra Mundial. Tiene, como todos(as) sabemos, apoyo con el contexto del denominado “Estado Constitucional”. Además, alega tener su fundamento último en la persona humana; reclama para sí el seguimiento de parámetros democráticos de procedimiento, competencia y contenido; y apuesta a un reconocimiento y garantía constitucional y convencional de los derechos.

Además, apuesta por la constitucionalización y convencionalización de los derechos y el Derecho, así como por la constitucionalización de la política (que en rigor está en las antípodas de la politización de la justicia). Aquello lleva a reconocer una importante carga axiológica sobre los diferentes textos constitucionales y convencionales a interpretar, lo cual obliga a una importante labor de concretización de los jueces y juezas constitucionales, sean estos(as) parte de la judicatura ordinaria, y con mayor razón si conforman un Tribunal Constitucional o una Alta Corte con funciones similares. En ese contexto, y sobre todo en el contexto europeo continental (el constitucionalismo

²⁸ Aquello no implica, según los defensores de esta postura, el establecimiento de una jerarquía absoluta a favor de la satisfacción de necesidades, sino más bien de una precedencia condicionada, la cual deberá contar con mayores razones para actuar. Ver SOSA, Juan Manuel. Op Cit. p.117 y ss.

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. Derechos y Garantías: La ley del más débil. Madrid, Editorial Trotta, 2002. Cfr. SOSA, Juan Manuel. Op Cit. p. 5

norteamericano no viene configurado en principio por menciones a la dignidad, sino a la libertad, a la *privacy* o a la igualdad) se ha considerado a la dignidad como sustento último del Derecho (entendido aquí como ordenamiento jurídico) y de los derechos.

Y es que sin negar los indudables méritos del uso de la dignidad como sustento, justo es decir que incluso algunas democracias cuyo carácter de Estado Constitucional (o de vocación en ese sentido) nadie discute, no suelen utilizar a la dignidad como sustento de los derechos. De otro lado, algunos criticar la imprecisión de la dignidad, y claramente hablan de que no puede darse un concepto de dignidad, sino solamente nociones de la misma. Finalmente, hay quienes se plantean ver si es posible sustentar los derechos en un Estado Constitucional sin recurrir a consideraciones llenas de connotación metafísica o valorativa, la que de hecho se encuentra cuando recurrimos a la dignidad como sustento.

Este texto ha buscado (espero que con éxito) presentar un enfoque alternativo. Ello no con ánimo de propiciar una necesaria adscripción al mismo, sino motivado por la necesidad de impulsar una importante reflexión académica al respecto. Siempre es necesario plantearse una perspectiva abierta ante las cosas, la cual facilite su revisión, actualización y eventual modificación, sin que ello signifique sucumbir al interés egoísta de corte personal o grupal, independientemente a su vez del contenido específico de dicho interés.

Hay pues para quienes se puedan establecer acuerdos básicos y reconocimiento de obligaciones de dar, hacer o no hacer exigibles a los demás sin recurrir a elementos como la dignidad. Ellos parten del establecimiento de una lista³⁰ de necesidades de obligatorio cumplimiento y atención, so pena de algún tipo de repercusión (sanción) a quien infringe ese acuerdo. Esa lista de necesidades es también renovable, y en tanto puede ser plasmada por escrito, concretizada en su interpretación en otros casos por quienes están habilitados(as) a efectuar esa concretización de manera vinculante a terceros, con la mayor o menor amplitud que reconozca el ordenamiento de cada Estado, y con el reconocimiento de los efectos de otros acuerdos ya suscritos (el marco convencional) o de aquello que se nos presenta como pauta de origen internacional y carácter ineludible (*ius cogens*).

Presento así un escenario diferente (ya no tan nuevo, pues viene siendo discutido en muchos círculos desde hace varios años³¹) que espero ayude a nuestra reflexión. No impongo aquí respuestas sino facilito insumos para seguir conversando sobre temas de suyo importantes, que es muchas veces lo que más importa desde el mundo académico y para una eventual toma de posiciones o acciones posteriores. Espero que lo consignado sirva en ese sentido a todos quienes lean el presente trabajo.

³⁰ Entre las figuras más destacadas en nuestro medio ha sido el trabajo de Nussbaum en “Las Fronteras de la Justicia” de 2006.

³¹ Al respecto soy más partidario de lo planteado por Amartya Sen en “La idea de la Justicia” que opta por un enfoque más flexible y contextual, a través del cual las necesidades o prioridades serían determinadas democráticamente por cada sociedad. SEN, Amartya. La Idea de la Justicia. Madrid, Taurus, 2010.

El Rol del Ministerio Público en la Protección de los Derechos Humanos: Análisis desde el Estado Constitucional

Myrna Rossana Arrese Chavez*

I. Introducción

El Ministerio Público es un organismo autónomo constitucional, contemplado en el artículo 158 de la Constitución Política del Perú, siendo un garante de la justicia y de la protección de los derechos de las personas. Debemos tener presente, al desarrollar el presente artículo, que los derechos humanos tienen su alcance universal, pues se les reconoce a todas las personas por el simple hecho de serlos, y que habitan en este mundo, desde que nacen, a diferencia de los derechos fundamentales tienen un alcance nacional la misma que se encuentra plasmada en la Constitución Política de cada Estado. Siendo el Ministerio Público, parte fundamental para la administración de justicia, el mismo que debe primar su ejercicio con independencia. Para cuyo efecto el Ministerio Público debe gozar siempre de su independencia, siendo un garante de los derechos humanos y constitucionales, tal es así para mayor garantía su actuación del fiscal es revisado por la instancia superior y por el órgano de control, del ser el caso. En el marco del Estado Constitucional, el Ministerio Público es el garante de los ciudadanos ante la fuerza punitiva del Estado, siendo también el encargado de proteger a las víctimas y grupos vulnerables.

* Abogada por la Universidad Nacional "San Luis Gonzaga" de Ica. Magíster en Derecho y Ciencias Penales y Doctora en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Nacional "San Luis Gonzaga" de Ica. Fiscal Adjunta Superior Titular Penal de la Primera Fiscalía Superior Penal de Ica

El ser fiscal es una labor que quien lo asume debe de dejar de lado sus sesgos, y, buscar la verdad y la justicia, como lo expresa el latín *constans et perpetua voluntas ius suum cuique* (*constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo*).

Asimismo, el fiscal tiene que buscar el interés general puesto que al ser un garante de la justicia no tiene que perseguir un interés particular sino el de todos los individuos de una sociedad.

El presente artículo busca desde una perspectiva constitucional identificar y explicar cuáles son los roles del Ministerio Público en la protección de los derechos humanos, para dicho fin primero definiré al Estado Constitucional, el rol del Ministerio Público y analizare su independencia y autonomía.

Posteriormente, analizare que el Ministerio Público debe proteger los derechos humanos dentro de su rol y funciones que establece la ley. Y finalmente analizare algunas sentencias relevantes del Tribunal Constitucional y de la Corte IDH donde explican la labor garante de DDHH antes explicada.

II. El Ministerio Público en el Estado Constitucional de Derecho

II.1 Definición y principios que rigen su actuación

El Ministerio Público, dentro de un Estado Constitucional, sus funciones principales: *"la defensa de la legalidad, los derechos ciudadanos y los intereses públicos, la representación de la sociedad en juicio, (...)"*, los mismos que se encuentran plasmados

en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Ministerio Público – Decreto Legislativo N° 052; debiendo de estar centrado su actuación del fiscal, en la protección de los derechos humanos, siendo estos un conjunto de libertades y derechos que todas las personas tienen por el hecho de serlos, teniendo como características que son universales, inalienables, indivisibles e interdependientes, protegida por la Constitución de todo Estado.

En nuestra Constitución Política, específicamente en el art. 159, nos plasma sobre las atribuciones del Ministerio Público:

1. Promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho.
2. Velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia.
3. Representar en los procesos judiciales a la sociedad.
4. Conducir desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito, la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función.
5. Ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte.
6. Emitir dictamen previo a las resoluciones judiciales en los casos que la ley contempla.
7. Ejercer iniciativa en la formación de las leyes; y dar cuenta al Congreso, o al Presidente de la República, de los vacíos o defectos de la legislación.

Ahora bien, el Ministerio Público, también se rige bajo principios, debemos partir que los principios en el derecho, son los fundamentos básicos que organiza todo un sistema de justicia, que

expresan valores y la conducta a seguir. Dentro de los principios que regula la actividad del Ministerio Público es el Principio de Legalidad, establece que todas las acciones del Ministerio Público debe ceñirse por el marco normativo vigente, puesto que la garantía de *lex certa* obliga al legislador de expresar de manera clara y precisa las conductas que decide tipificar, como delito, esto es, la ley penal no puede dar lugar a ambigüedades cuando se aplique, el mismo que debe estar debidamente plasmada, evitando la actuación arbitraria de los magistrados; por lo que el principio en mención protege los derechos de las personas, evitando abusos de poder, ello implica además que ninguna persona puede ser sancionada, previo a un juicio formal ante sus jueces naturales, respetando las garantías establecidas en la ley.

Por lo que un fiscal al intentar procesar a una persona por una conducta no prevista en el código, estaría vulnerando el principio de legalidad.

Por otra parte, otro principio que regula la labor del Ministerio Público es el Principio de Objetividad, dicho principio asegura un equilibrio entre la labor punitiva del Estado y la búsqueda de la verdad, este principio se basa que el Ministerio Público actúe con imparcialidad, el fiscal no debe tener sesgos ni a favor ni en contra con ninguna de las partes involucradas en un proceso, garantizando una actuación justa.

Tenemos otro principio fundamental que regula al Ministerio Público, es el Principio de Independencia, esta es una autonomía especial para que el Ministerio Público pueda cumplir su labor;

garantizando que los fiscales ejerzan sus funciones sin estar sujeto a presiones o influencias externas o de otros poderes del Estado.

Este principio no solo protege la autonomía del Ministerio Público, sino que también refuerza la confianza de los ciudadanos en el sistema de justicia, en su actuación.

2.2. El Rol del Ministerio Público: Independencia y Autonomía.

Relación con la separación de poderes y el control de la legalidad

El Ministerio Público debe proceder con independencia en las investigaciones que pueda realizar a cualquier funcionario en su actuación dentro su función, el representante del Ministerio Público debe actuar con autonomía, separando los poderes, en base a las normas ya establecidas, asegurando que las decisiones de los funcionarios de los poderes del Estado, desarrollen dentro del marco legal y con respeto al ordenamiento jurídico.

El Tribunal Constitucional en la sentencia del *Expediente N.º 0006-2003-AI/TC* se estableció que "[...] En tal sentido, en modo alguno puede restringirse la autonomía que corresponde al Ministerio Público en el desenvolvimiento de las funciones que la Constitución le ha conferido en su artículo 159º; [...](Fundamento 17). O dicho en palabras que las funciones del Ministerio Público, no puede ser subrogada por algún poder del Estado, por cuanto se estaría vulnerando a la Constitución Política del Estado, esto la independencia y autonomía que goza dicha Institución.

Uno de los mayores desafíos que tiene el Ministerio Público dentro de los Estados democráticos es garantizar su independencia frente a decisiones políticas, uno de los mayores desafíos que se está pasando en la actualidad, puesto que algunos poderes del Estado pueden tratar de influenciar en las decisiones que efectúa el Ministerio Público. La autonomía institucional se consagra evitando la instrumentalización de la justicia con fines políticos.

El Ministerio Público es una institución clave en un estado constitucional, debido a que garantiza la separación de poderes y la protección de derechos fundamentales. Su independencia y autonomía son pilares esenciales para el correcto funcionamiento del ordenamiento jurídico. Y al fortalecer sus funciones consolida la democracia y el Estado de Derecho.

III. El Ministerio Público: Protección de los derechos humanos, dentro de su rol y sus funciones.

El Ministerio Público como ya se ha mencionado tiene un papel fundamental en la protección de los derechos humanos. Su función no solo abarca en investigar, sino es mucho más, puesto que, los fiscales son los responsables de garantizar la protección de los derechos de todas las personas que conforman la sociedad, así como persiguiendo a los que quebrantan el ordenamiento jurídico.

3.1. Investigación y persecución penal de violaciones a los derechos humanos.

El fiscal tiene el deber de tipificar correctamente las conductas dentro de ello lo concerniente a las violaciones a los derechos

humanos, llevando una investigación diligente con todas las garantías que se requiera en torno a un debido proceso. El *Estatuto de Roma:[...] Artículo 15 El Fiscal 1. El Fiscal podrá iniciar de oficio una investigación sobre la base de información acerca de un crimen de la competencia de la Corte. [...]*. Como se puede apreciar el Estatuto de Roma, una de sus funciones es investigar acciones que afectan el bienestar de la humanidad, siendo el Perú integrante, como tal, los fiscales del Estado Peruano, deben seguir dicho lineamiento, desde un primer momento de tener conocimiento de algún delito, dentro de ello a la violación de derechos humanos, iniciar una investigación de oficio, con todas garantías que establece una investigación.

Para que las investigaciones sobre vulneraciones a los derechos humanos sean efectivas, las fiscalías deben emplear medidas que aseguren imparcialidad y exhaustividad, por cuanto el fiscal es que el conduce jurídicamente la investigación preparatoria. Y si bien la Policía Nacional del Perú, es el que practica la investigación del delito en la etapa preliminar, (artículo 322 del Código Procesal Penal, modificado recientemente), sin embargo; ello se debe regir (la investigación preliminar) con las garantías que le otorga la ley al Ministerio Público.

Entre las principales medidas innovativas que encontramos, es la creación de Fiscalías Penales Supraprovinciales Especializadas en Derechos Humanos e Interculturalidad, permitiendo un enfoque más técnico y específico, en la persecución de este tipo de delitos.

Otra medida es la protección de víctimas y testigos, puesto que muchas veces las víctimas y testigos suelen sufrir amenazas o

represalias contra ellos o sus familiares. El Ministerio Público ha implementado programas de protección para que las víctimas y testigos, a fin de garantizar su integridad y se sientan seguros al declarar la verdad de los hechos, con la protección debida del Estado, mediante dichos programas.

A modo de aportar en el presente artículo, considero que se debe hacer el uso de herramientas y técnicas de última generación, con el fin que se puedan reconstruir los hechos y demás diligencias necesarias, asegurando solidez en las acusaciones. Ya que, el Ministerio Público tiene la responsabilidad de investigar las vulneraciones a los derechos humanos, garantizando el acceso a la justicia de las víctimas, y para ello requiere de todo el apoyo de ciencias auxiliares modernas, que se debe implementar y modernizar continuamente, para el esclarecimiento de los hechos denunciados.

3.2. Protección de derechos fundamentales en el proceso penal

El Ministerio Público, como organismo constitucionalmente autónomo encargado de velar por la correcta administración de justicia, que se lleve una investigación penal, con todas las garantías constitucionales, respetando los derechos de las personas, y la protección de los derechos fundamentales de las personas. Todo proceso penal debe respetar la presunción de inocencia y la aplicación proporcional de las medidas cautelares.

Asimismo, la actuación del fiscal debe estar alineada con el Principio al Debido Proceso, es clave en un Estado Constitucional, es un principio continente, pues abarca derechos constitucionales entre

ellos a la tutela jurisdiccional efectiva, que toda persona tiene derecho de acceder a la justicia, así como un plazo razonable, y su derecho a la defensa; puesto que en el desarrollo de la investigación se debe de reunir las pruebas necesarias, para luego entrar a la etapa de un juicio oral con todas las garantías que brinda el Estado, a través de sus órganos de administración de justicia, respetando sus derechos fundamentales.

Por otra parte, la labor del Ministerio Público debe asegurarse que las medidas cautelares tienen que ser razonables y miradas desde una perspectiva humanitaria. La prisión preventiva es una medida cautelar personal, excepcional, que solo debe aplicarse cuando sea estrictamente necesaria, pues lo que busca, es garantizar la presencia del imputado, durante toda la etapa de la investigación hasta concluir en un juicio oral.

Es importante mencionar que la regla es la libertad y la excepción es la prisión preventiva, puesto que una persona por su condición de tal, tiene derecho a la libertad, y de ser el caso existe también la comparecencia con restricciones.

La labor del Ministerio Público no solo es investigar y acusar, es proteger a la persona y asegurando que durante todo el proceso se respete sus derechos.

3.3. La tutela en grupos de situación de vulnerabilidad

El Ministerio Público desempeña un rol fundamental en la protección de los derechos de los grupos más vulnerables, garantiza el acceso a la justicia, asimismo realiza acciones para prevenir y sancionar violaciones a derechos humanos a grupos de personas que se

encuentran en estado de vulnerabilidad. Para dicha acción el Ministerio Público a creado fiscalías especializadas para investigar con mayor prontitud a la violación de derechos humanos, y de ser el caso ejercer la acción penal, los procedimientos de atención y protección a las personas víctimas y testigos, debiendo de actuar los fiscales con objetividad y debida diligencia. Y no olvidarse en la prevención de estos delitos que afectan a toda una sociedad.

La fiscalía debe actuar con objetividad e independencia al investigar hechos de violaciones de derechos humanos, y a la no suspensión de ciertos derechos, aun cuando el país se encuentre en un estado de excepción, debe velar que no se vulnere los derechos inherentes a las personas; tal es así, que, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en *el caso Zambrano Vélez vs. Ecuador* [...] 54. *La Corte considera que el Estado tiene la obligación de asegurar que las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos y libertades consagrados en la Convención se mantengan vigentes en toda circunstancia [...].*

La tutela de derechos de grupos vulnerables constituye que las funciones esenciales del Ministerio Público dentro del Estado de Derecho es garantizar el acceso a la justicia de aquellas personas que por su condición social, situación socio-económica, género, etc., se puedan ver menoscaba por dicha circunstancias.

En este contexto, se requiere que se implementen más fiscalías especializadas para que se puedan investigar dichas vulneraciones con fiscales especializados; por lo que también, se debe de crear un plan de acción, para evitar y prevenir dichas vulneraciones de cualquier índole.

IV. Sentencias relevantes con relación a los Derechos Humanos

Una de las sentencias importantes que tenemos para el tema es del Tribunal Constitucional en la sentencia del *Expediente N.º 0006-2003-AI/TC* estableció que "[...] En tal sentido, en modo alguno puede restringirse la autonomía que corresponde al Ministerio Público en el desenvolvimiento de las funciones que la Constitución le ha conferido en su artículo 159º; [...](Fundamento 17). Se reconoce la autonomía de la fiscalía y establece que su independencia a los otros órganos y poderes del Estado *es esencial para garantizar una verdadera justicia. Asimismo, en el caso Barrios Altos vs. Estado Peruano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En su decisión 5. Declarar que el Estado del Perú debe investigar los hechos para determinar las personas responsables de las violaciones de los derechos humanos [...]*, con lo cual la Corte nos expresa que nuestro deber es investigar los hechos que violan los derechos humanos, que afectan la dignidad que todo ser humano y con mayor razón la vida.

Además, el Ministerio Público desempeña un papel fundamental en la justicia donde ha demostrado que cuando actúa de forma eficiente y diligente genera justicia, respetando los derechos humanos.

Un caso más reciente que tenemos es el caso Lava Jato donde el Ministerio Público lucha contra la corrupción en todos los niveles, buscando el interés general de la nación, lo que se demuestra que todos tenemos que cumplir el ordenamiento jurídico, sin distinción alguna.

El Ministerio Público debe actuar con autonomía e independencia, siempre buscar la justicia, a través de las investigaciones, ejerciendo la acción penal, de ser el caso acusar y ser parte de un juicio oral, con las garantías que conforman dicha etapa estelar; así como también la autonomía de los fiscales es esencial para la consolidación de un sistema democrático transparente.

V. Conclusión

El Ministerio Público, dentro de un Estado Constitucional, sus funciones principales: *"la defensa de la legalidad, los derechos ciudadanos y los intereses públicos, la representación de la sociedad en juicio, (...)"*, plasmado en la Ley Orgánica del Ministerio Público – Decreto Legislativo N° 052, lo cual se debe de cumplir estrictamente.

Las atribuciones del Ministerio Público, se encuentra enumeradas en nuestra Constitución Política, específicamente en el art. 159, lo que garantiza la autonomía e independencia en su actuar.

Dentro de los principios que regula la actividad del Ministerio Público es el Principio de Legalidad, Objetividad e Independencia, buscando que todas las etapas en proceso se desarrollen con todas las garantías que el ser humano, como tal, debe de ser respetado.

El Ministerio Público tiene un protagonismo fundamental en la protección de los derechos humanos, puesto que su función no solo se ciñe en investigar, sino de garantizar la protección de los derechos de todas las personas que conforman la sociedad, así como la prevención a la vulneración de los derechos humanos, inherentes a toda persona, y ejerciendo la acción penal los que quebrantan el ordenamiento jurídico.

Diversos órganos internacionales fortalecen los sistemas de justicia para garantizar investigaciones imparciales, eficaces y libres de interferencias. La implementación de mejores recursos de fiscalías especializadas son medidas fundamentales para garantizar el cumplimiento de los estándares internacionales.

En definitiva, el Ministerio Público debe seguir en la línea de autonomía, independencia, eficacia y compromiso con la legalidad es una tarea esencial para la democracia y la construcción de una sociedad más justa y equitativa.

Bibliografía

- **Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).** (2001). *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Sentencia de 14 de marzo de 2001.
- **Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).** (2007). *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. Sentencia de 4 de julio de 2007.
- **Corte Penal Internacional.** (1998). *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Naciones Unidas.
- **Perú. Código Procesal Penal.** (2004). *Código Procesal Penal*. Congreso de la República.
- **Perú. Constitución Política.** (1993). *Constitución Política del Perú*. Congreso de la República.
- **Perú. Decreto Legislativo N° 052.** (1981). *Ley Orgánica del Ministerio Público*. Diario Oficial El Peruano.

- **Tribunal Constitucional del Perú.** (2003). *Sentencia N.º 0006-2003-AI/TC.*
-



CIJAS
ENRIQUE

ACTUAL NORMATIVA DE EXTINCIÓN DE DOMINIO

EN PERÚ

*Carmen Victoria Huayre Proaño**

Sumario: 1. Introducción. 2. Marco Normativo. 2.1. Principios Rectores. 2.2. Presupuestos de procedencia del proceso de extinción de dominio. 2.3. Procedimiento de Extinción de Dominio. 2.4. Etapas. 2.5. Cooperación. 2.6. Cooperación interinstitucional. 2.7. Cooperación jurídica internacional. 2.8. Asistencia y cooperación internacional. 3. Propuesta de modificatoria. 4. Demanda de inconstitucionalidad. 5. Conclusiones.

Resumen

El presente trabajo aborda el proceso de Extinción de dominio, tema que se encuentra en el centro del debate público al pretenderse su modificatoria radicando su importancia en que tal constituye un mecanismo jurídico que permite al Estado recuperar bienes adquiridos a través de actividades ilícitas. Caso de decomiso de bienes ilícitos inicialmente vinculados al proceso penal, originalmente los referidos al tráfico ilícito de drogas a través del Decreto Legislativo 736, para posteriormente incorporar otros delitos de alta complejidad.

Así, mediante la promulgación del Decreto Legislativo N° 1 373 y su Reglamento el Decreto Supremo N° 007-2019-JUS vigente desde el 02 de febrero del 2019 queda establecido que ésta es una consecuencia jurídico-patrimonial a través de la cual se declara la titularidad de algún bien patrimonial a favor del Estado por sentencia de autoridad jurisdiccional emanada de un debido proceso. Siendo su finalidad desincentivar la criminalidad organizada y garantizar la integridad del sistema económico.

Este artículo analiza el actual marco normativo, los principios rectores, y su procedimiento, así como su efectividad en la lucha contra la corrupción y el crimen organizado, finalmente desarrollaremos su pretendida modificatoria.

**Abogada por la Universidad Mayor de San Marcos. Fiscal Superior Titular*

1. Introducción

La necesidad de establecer un marco legal especializado paralelo al proceso penal, que permita focalizarse en la recuperación de bienes y evitar que la riqueza o ganancia ilícita se integren a la economía legal que reclama un mercado sano y competitivo, hizo necesaria la reforma normativa del año 2018, la misma que ha permitido al Estado luchar eficazmente contra la delincuencia organizada. Tal problemática constituye una responsabilidad compartida entre lo público y lo privado, tenemos en primer lugar la regulación en el sector financiero que ha establecido mecanismos de prevención y control. La autorregulación empresarial basada en el compromiso, en la responsabilidad social, muchas veces a través del compliance.

Otro extremo a considerar es la responsabilidad de los notarios, quienes en razón de su labor diaria deben informar, respecto a operaciones sospechosas ante la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF). Todo ello considerando el control permanente de sus potenciales riesgos y reportando las operaciones sospechosas a las autoridades competentes.

Mediante el proceso de extinción de dominio el Estado puede reclamar la titularidad de bienes que son considerados producto de actividades ilícitas, sin necesidad de que exista una condena penal previa. Este artículo se centra en el análisis del Decreto Legislativo N° 1373, que regula este proceso, y su importancia en el contexto jurídico peruano.

2. Marco Normativo

El Decreto Legislativo N° 1373, publicado el 4 de agosto de 2018 y vigente al día siguiente de la publicación de su Reglamento establece las bases para el proceso de extinción de dominio. Su ámbito de aplicación es todo bien patrimonial (susceptible de valoración económica) que constituya objeto, instrumento, efectos y ganancias de actividades ilícitas. Menciona la ley, delitos contra la administración pública, contra el medio ambiente, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, lavado de activos,

contrabando, defraudación aduanera, defraudación tributaria, minería ilegal y otras con capacidad de generar dinero.

2.1. Principios Rectores

El proceso de extinción de dominio se fundamenta en varios principios:

- **Autonomía:** Es un proceso especial, independiente del proceso penal, civil u otro de naturaleza jurisdiccional o arbitral. Ello permite su desarrollo paralelo sin depender de la resolución de un juicio penal.
- **Nulidad.** Todos los actos que recaigan sobre bienes de origen ilícito son nulos de pleno derecho, protegiendo derechos de terceros de buena fe
- **Especialidad.** Ante algún vacío o ambigüedad de la propia normativa, se resolverá según la propia naturaleza y principios del proceso que regula, ante alguna insuficiencia se acude a la octava disposición complementaria final.
- **Dominio de los bienes.** Queda claro que la protección de derecho de propiedad, se extiende exclusivamente a aquellos que recaigan sobre bienes obtenidos con justo título o estén destinados a fines compatibles con el ordenamiento jurídico.
- **Carga de la prueba.** Para la admisión a trámite de la demanda, corresponde al fiscal ofrecer las pruebas o indicios concurrentes y razonables de origen o destino ilícito del bien.
- **Aplicación en el tiempo.** Se declara con independencia que los presupuestos para su procedencia hayan ocurrido con anterioridad a la vigencia del propio decreto legislativo.
- **Tutela Jurisdiccional y Debido Proceso.** Principio de especial transcendía reconocidos constitucionalmente.
- **Publicidad.** Es público a partir de la notificación del auto que admite la demanda o desde que se materializan las medidas cautelares,
- **Cosa Juzgada.** Se aplica en la medida que exista identidad de sujeto, objeto y fundamento.
- **Carga de la prueba.** Para su admisión a trámite le corresponde al fiscal, admitida a trámite al requerido

2.2. Presupuestos de procedencia del proceso de extinción de dominio

Procede cuando se trata de bienes que constituyen objeto, instrumento, efectos o ganancias de la comisión de actividades ilícitas. Cuando tales constituyan un incremento patrimonial no justificado de persona natural o jurídica.

Aun tratándose de bienes de procedencia lícita cuando tales han sido utilizados o destinados para ocultar, encubrir, incorporar bienes de ilícita procedencia o que se confundan, mezclen o resulten indiferenciables con bienes de origen ilícito. Así mismo cuando se trate de bienes declarados en abandono o no reclamados siendo conocido que guardan relación directa o indirecta con una actividad ilícita. Otro caso, cuando provengan de la enajenación o permuta otros que tengan su origen directo o indirecto en actividades ilícitas.

Cuando se trate de bienes y recursos que han sido afectados dentro de un proceso penal y que el origen de tales bienes, uso y destino ilícito no hayan sido objeto de investigación o aun habiéndolo sido no se ha tomado decisión definitiva. Finalmente, tratándose de bienes materia de sucesión por causa de muerte, y tales se encuentren dentro de alguno de los presupuestos ya expuestos.

2.3. Procedimiento de Extinción de Dominio

El procedimiento se inicia con la investigación preliminar a cargo del fiscal especializado, quien puede actuar de oficio o a solicitud de otras autoridades. La investigación debe concluir en un plazo no mayor de noventa (90) días, tras lo cual se puede presentar la demanda de extinción de dominio ante el juez competente.

El juez a cargo es el juez especializado en extinción de dominio del distrito judicial donde inicia la investigación fiscal, al admitir la demanda, debe notificar a todas las partes interesadas y garantizar el derecho a la defensa. La sentencia que declare la extinción de dominio debe basarse en pruebas que demuestren el origen ilícito de los bienes.

El infaltable principio a la Tutela Jurisdiccional y el Debido Proceso garantiza y protege los derechos reconocidos en nuestro ordenamiento nacional, por lo cual

el Requerido accede al proceso directamente o a través del abogado de su elección, notificado con el auto que admite la demanda o la materialización de medidas cautelares. Ello le permitirá controvertir, de ser el caso las pretensiones interpuestas por la Fiscalía en contra de los bienes.

2.4. Etapas

2.4.1. Etapa de indagación patrimonial. Corresponde al fiscal especializado, quien notifica a la Procuraduría Pública Especializada para los fines correspondientes y pasará a identificar, individualizar, localizar y ubicar los bienes sobre los cuales podría recaer el proceso, localizar a los supuestos titulares de los bienes materia, incluso a terceros.

Etapa de la recopilación de elementos probatorios o indicios concurrentes y razonables, que acrediten alguno de los supuestos de procedencia, o de aquellos que demuestren el nexo de relación entre cualquiera de los supuestos desarrollados, identificando la actividad ilícita y los bienes pasibles de extinción de dominio. Permitiendo la norma solicitar al juez la ejecución de medidas cautelares (tales como: orden de inmovilización, incautación, inhibición o inscripción), el levantamiento del secreto bancario, secreto de las comunicaciones, reserva tributaria, reserva bursátil, entre otras medidas pertinentes.

Tiene un plazo máximo de (12) doce meses, prorrogables por el mismo término, en caso de complejidad se contempla un plazo máximo de treinta y seis (36) meses prorrogables, mediante decisión motivada.

En lo que respecta a alguna medida cautelar, esta debe ser confirmada o rechazada por el juez dentro de las veinticuatro (24) horas de ejecutada. Al tratarse de bienes inscribibles, el Registrador Público la inscribe bajo responsabilidad, en el rubro de cargas y gravámenes de la partida registral correspondiente, resultando que vigente la cautelar no se anota ni inscribe en la partida registral del bien, ningún acto o contrato, independientemente de su naturaleza, hasta la inscripción de la sentencia. La excepción son aquellos actos de administración o disposición realizados o solicitados por el Programa Nacional

de Bienes incautados (PRONABI). Los bienes no inscribibles, pasan a la administración de tal programa, circunstancia que se inscribe en el asiento respectivo. Esta etapa concluye, facultando al fiscal, demandar o archivar.

2.4.2. Etapa judicial. El fiscal formula por escrito ante el juez la demanda de extinción de dominio, notifica al procurador público, quien se incorpora como sujeto procesal en defensa de los intereses del Estado. El requerido absuelve la demanda dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la notificación de la resolución que la admite a trámite.

Durante la Audiencia Inicial el juez verifica el interés y legitimación de las partes procesales, resolviendo de ser el caso, excepciones o nulidades, para proceder a admitir -o rechazar- las pruebas ofrecidas, las que se actuarán en Audiencia.

La Audiencia de actuación de medios probatorios es improrrogable y se realiza en un solo acto, excepcionalmente procede una audiencia complementaria.

Verificados los alegatos de las partes el juez dicta sentencia dentro de un plazo que no exceda de quince (15) días hábiles, salvo el caso revista de complejidad, este plazo se prorroga por quince (15) días adicionales.

Contra la sentencia procede el recurso de apelación interpuesto dentro de los diez (10) días hábiles de notificada, siendo resuelta por la Sala dentro de los quince (15) días de realizada la vista de la causa, prorrogables por el mismo plazo en caso de complejidad.

La sentencia que declara fundada la demanda debe sustentarse en indicios concurrentes y razonables, o en las pruebas pertinentes, legales incorporadas al proceso. Declara la extinción de todos los derechos reales, principales o accesorios, así como la nulidad de todo acto recaído sobre el bien objeto del proceso o el decomiso de los bienes previamente incautados a favor del Estado. Al adquirir la sentencia la calidad de cosa juzgada los bienes pasan a la titularidad del Estado representado por el Programa Nacional de Bienes incautados (PRONABI).

2.5. Cooperación

Importante resaltar que todas las entidades, organismos e instituciones públicas, sus funcionarios, servidores y representantes están obligados a brindar el apoyo requerido por la fiscalía especializada, su omisión constituye una falta disciplinaria.

En particular las personas naturales o jurídicas están obligadas a atender de manera inmediata los requerimientos fiscales como también dar información a esta autoridad al tomar conocimiento de información relevante sobre la existencia de bienes que presuman de origen o destino ilícito, encontrándose garantizada las medidas de protección adecuadas, siendo obligatoria la respectiva reserva.

2.6. Cooperación interinstitucional

La entidad encargada de enviar al fiscal especializado el informe respecto a fondos, bienes u otros activos que haya identificado como sospechosos es la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú (UIF), que desde el año 2007 depende de la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS). Entidad que adicionalmente regula el procedimiento para que los notarios cumplan con informar a la UIF las operaciones de las que tengan conocimiento durante el ejercicio de sus funciones.

La Resolución SBS N° 01754-2024, determina las obligaciones aplicables tanto a los notarios y al órgano centralizado de prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo (LA/FT) en su calidad de sujetos obligados a informar a la UIF-Perú. Contiene la regulación de las diversas funciones del OCP LA/FT, tales como la centralización de la información de las operaciones de los notarios a escala nacional mediante la Base Centralizada de Información (BCI), en virtud de lo cual puede analizar y detectar señales de alerta, operaciones inusuales y operaciones sospechosas a ser comunicadas a la UIF-Perú en representación del notario, debiendo llevar un registro de las operaciones inusuales detectadas.

En cuanto a las funciones de los notarios, se destaca la obligación de integrarse a la BCI, comunicar las señales de alerta u otra operación relevante al OCP LA/FT mensualmente y comunicar informes de riesgos.

2.7. Cooperación jurídica internacional

Para el cumplimiento de los fines de este proceso especial el Ministerio Público recurre a todas las formas de cooperación judicial, policial o administrativa de conformidad con los procedimientos establecidos en los convenios, tratados o acuerdos suscritos, aprobados y ratificados por el Estado peruano. De igual manera el fiscal requiere y obtiene en forma directa información de las autoridades del Estado, territorio o jurisdicción en donde se ubiquen o se crea que se encuentran bienes susceptibles de extinción de dominio.

2.8. Asistencia y cooperación internacional

El fiscal decreta medidas cautelares u ordena actos de indagación sobre bienes ilícitos que se encuentren en territorio nacional y sean requeridos a través de pedido de asistencia legal mutua por otros Estados, el cumplimiento de tales requerimientos se efectiviza según las convenciones y tratados internacionales suscritos por el Perú.

Desde la implementación del Decreto Legislativo N° 1373, se ha logrado recuperar bienes valorados en millones de dólares, lo que evidencia la efectividad de este mecanismo en la lucha contra la corrupción y el crimen organizado.

3. Propuesta de modificatoria.

Actualmente se encuentra en debate el Proyecto de ley 101202024-CR, que busca modificar el Decreto Legislativo N° 1373, sobre extinción de dominio, para incorporar principios rectores en salvaguarda del derecho a la propiedad y otros aspectos clave en su aplicación. Particularmente establece que el proceso de extinción de dominio deberá estar condicionado a una sentencia firme en procesos penales, civiles o arbitrales, excepto en casos de delitos graves como terrorismo, narcotráfico o trata de personas. Adicionalmente pretende el aseguramiento a la protección del derecho de propiedad sobre bienes adquiridos legítimamente antes de cualquier actividad ilícita.

El proyecto introduce modificaciones en los criterios de procedencia del proceso de extinción de dominio. Entre los cambios propuestos se tiene que las medidas

cautelares adoptadas por el fiscal especializado deberán ser confirmadas por un juez en un plazo máximo de cuarenta y ocho (48) horas. En cuanto a los bienes inscribibles, se establece que estos serán custodiados por el PRONABI hasta que se emita una sentencia definitiva.

Estas iniciativas contenidas en el proyecto de ley en comento causan preocupación a los miembros del Ministerio Público, toda vez que se corre el riesgo que se desactiven los procesos de extinción de dominio. Otros fundamentos en contra vertidos en la “Mesa de Trabajo del Subsistema Nacional Especializado en Extinción de Dominio del Poder Judicial” desarrollado en la ciudad de Lima el pasado 10 de febrero 2025, lo constituyen el intento de excluir conductas de alta gravedad tales como el lavado de activos, la corrupción de funcionarios y ciertos delitos medioambientales. La reducción del plazo de prescripción a solo cinco (05) años. Modificaciones que podrán limitar los mecanismos actuales para sancionar y confiscar los bienes ilícitos.

Un punto central del proyecto, también materia de preocupación por parte de los operadores del sistema es la posibilidad que sólo se podría intervenir bienes cuando exista una sentencia firme, lo que generaría el riesgo inminente que los imputados utilicen testaferros para transferir dichos bienes, eludiendo así el alcance de la medida.

4. Demanda de inconstitucionalidad.

A lo ya expresado se suma la posición de la Defensoría del Pueblo, cuyo titular ha presentado ante el Tribunal Constitucional una Demanda de Inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo 1373. Siendo su pretensión que el TC evalúe la regulación prevista por dicha norma considerando que contraviene diversos principios constitucionales (seguridad jurídica, buena fe registral del tercer adquirente, presunción de inocencia, la no retroactividad de la ley). Asimismo, asegura que la facultad del juez a afectar los bienes y recursos sin que exista una sentencia judicial, de la naturaleza que fuere que declare el origen ilícito de los mismos, lo cual -a su concepto- vulnera los estándares convencionales y constitucionales de nuestro sistema jurídico, afectando además el derecho de propiedad, el principio de buena fe registral y el principio de

seguridad jurídica en contra de cualquier ciudadano que se vea inmerso en este singular proceso.

Atentos estamos al pronunciamiento del Supremo Interprete de la Constitución, el Tribunal Constitucional.

5. Conclusiones

Este artículo proporciona un análisis exhaustivo del proceso de extinción de dominio en el Perú.

Siendo que ante un consabido interés tanto público como privado de detectar transacciones sospechosas, con el objeto de identificar a las personas naturales y jurídicas que buscan esconder sus ganancias y ponerlas a buen recaudo de cualquier tipo de fiscalización, se ha regulado en los últimos años la actual normativa de extinción de dominio.

Es un proceso autónomo y especializado para la recuperación de bienes adquiridos a través de actividades ilícitas conforme el Decreto Legislativo N° 1373 y su Reglamento Decreto Supremo 007-2019-JUS.

Esta norma se presenta como una herramienta crucial en la política en contra de la criminalidad en Perú, permitiendo al Estado recuperar bienes de origen ilícito y desincentivar la criminalidad, finalidad que se viene cumpliendo. A medida que se fortalece el actual marco normativo sin limitaciones y se mejora la capacitación de los operadores del sistema, se espera que este proceso continúe contribuyendo a la integridad del sistema económico y a la justicia social en el país.

La normativa establece principios como la nulidad de actos sobre bienes de origen ilícito, la especialidad en la interpretación de la ley, y la carga de la prueba que recae sobre el requerido, quien debe demostrar el origen lícito de los bienes en cuestión.

Desde la implementación de esta normativa, se ha reportado la recuperación de bienes valorados en millones de dólares, lo que evidencia su efectividad en la lucha contra la corrupción y el crimen organizado en el país.

En resumen, la normativa de extinción de dominio en Perú ha sido diseñada para ser un mecanismo eficaz en la lucha contra la delincuencia organizada, permitiendo al Estado recuperar bienes de origen ilícito de manera autónoma y especializada.



REFERENCIAS

1. Decreto Legislativo N° 1373. (2018). Decreto Legislativo sobre extinción de dominio. Presidencia de la República.
2. Decreto Supremo 007-2019-JUS. (2019). Reglamento del Decreto Legislativo sobre extinción de dominio. Presidencia de la República.
3. Proyecto de Ley N°10120/2024-CR. (2025). Congreso de la Republica.
4. Lamas (2016). Lavado de Activos y Operaciones Financieras Sospechosas. Paz editores. S.A.C.
5. Julca, J y Cáceres, R. (2016). Comentario a la Ley contra el Crimen Organizado. Juristas Editores.
6. Poder Judicial (17/02/2025). Reforma de Ley Extinción de Dominio haría retroceder lucha contra criminalidad. Nota de prensa. <https://www.gob.pe/institucion/pj/noticias/1111422-poder-judicial-y-fiscalia-reforma-de-ley-extincion-de-dominio-haria-retroceder-lucha-contra-criminalidad>
7. El Peruano (10/02/2025). Acuerdo en mesa de trabajo interinstitucional. <https://elperuano.pe/noticia/263904-operadores-de-justicia-alistan-proyecto-para-mejorar-aplicacion-de-extincion-de-dominio>
8. Defensoría del pueblo (2024). demanda de inconstitucionalidad al Decreto Legislativo 1373. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2024/08/Demanda-inconstitucionalidad-contra-ley-extincion-de-dominio-LPDerecho.pdf>
9. Valdés, R. Vera, D y Basombrío C. (2022). Las economías criminales y su impacto en el Perú.
10. Corte Suprema De Justicia De La República. (2022). Sala Penal Permanente. Recurso de Queja NCPP N° 971-2022/Lima.
11. La Superintendente de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (2024). Resolución SBS N° 01754-2024.
12. El Peruano (14/05/2024). SBS aprueba nueva norma sobre lavado de activos. Fortalecen función notarial en la lucha contra el crimen.

La Presunción de Inocencia y la Cultura de la Cancelación

Derechos Fundamental

Proceso Penal

Maria Ana Ley Tokumori

I. Introducción

El artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos reconoce la presunción de inocencia como un derecho, estableciendo que : (...) “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras que no se establezca legalmente su culpabilidad (...)”. Este principio obliga, entre una de sus matices, al Estado a evitar declaraciones o acciones que “prejuzguen” al imputado como culpable, protegiéndolo de cualquier prejuicio previo a un fallo judicial. Ahora bien, en el Perú, este derecho está consagrado en el artículo 2.24.e de la Constitución y en el Código Procesal Penal (CPP), asegurando un trato justo durante el proceso penal.

Ahora bien, frente al crecimiento sin precedentes de los últimos años del alcance e influencia de las redes sociales como medio de comunicación masiva, ha nacido la hoy famosa “cultura de cancelación”, llámese al fenómeno digital en el que una persona, marca, institución o figura pública es boicoteada o rechazada masivamente en plataformas virtuales como Twitter, Instagram, TikTok u otras, debido a comportamientos, declaraciones o acciones consideradas ofensivas, problemáticas o inaceptables por parte de la comunidad.

En el contexto de la cultura de la cancelación, el principio de presunción de inocencia suele quedar en entredicho, por no decir que es inexistente, puesto que las redes sociales, movidas por la inmediatez y la emotividad colectiva, generan condenas públicas sin mediar procesos formales; una acusación, aunque sea infundada o basada en información parcial, puede desencadenar un linchamiento digital que arruine reputaciones, empleos o proyectos de vida en cuestión de horas, sin permitir al acusado explicar su versión o corregir errores. En actualidad, debido a los beneficios que obtienen los medios de comunicación, al propagar noticias sobre supuestos delitos, especialmente cuando involucran de manera directa o indirecta a personajes público, se ha vuelto una práctica común priorizar el impacto mediático sobre los derechos fundamentales, tanto para los medios, como para ciudadanos que suelen tomar una presunción de culpabilidad prevalece en el imaginario colectivo, incluso antes de que un tribunal emita sentencia.

A la luz de instrumentos internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, resulta fundamental entender los elementos que configuran este derecho como una verdadera garantía judicial. En primer lugar, se asegura que toda persona sometida a un proceso penal tenga derecho a un juicio público, y que este no sea tratado como culpable durante las etapas previas. En segundo término, se establece de manera categórica que nadie puede ser condenado sin pruebas suficientes y concluyentes que acrediten su responsabilidad, esta última dimensión corresponde a lo previsto en el artículo 6.2 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que si bien permite a las autoridades

informar sobre investigaciones en curso, exige que lo hagan con prudencia para no afectar la valoración de inocencia que corresponde al imputado. De igual modo, este principio implica una regla clara sobre la carga de la prueba: corresponde siempre al acusador demostrar la culpabilidad del procesado más allá de toda duda razonable; así, no solo se equilibra la relación entre el poder estatal y el ciudadano, sino que también se evita que el investigado deba probar su inocencia frente a acusaciones sin sustento. Por otro lado, resulta imprescindible subrayar la especial relevancia de los límites que deben imponerse al empleo de medidas restrictivas de la libertad personal, tales como la detención preliminar o la prisión preventiva; pues estas instituciones son de carácter excepcional y naturaleza cautelar, únicamente encuentran justificación cuando su adopción es estrictamente necesaria para garantizar la correcta conducción del proceso penal, de lo contrario, su utilización indiscriminada o su prolongación más allá de plazos razonables deviene en una sanción encubierta, desvirtuando su finalidad original y configurando un adelantamiento punitivo que vulnera la esencia del principio, al castigar sin la existencia de una sentencia condenatoria firme.

En la misma línea, es pertinente resaltar el rol de las autoridades frente al deber de informar sobre las investigaciones penales en curso. Si bien no se les puede prohibir comunicar determinados avances a la opinión pública, dicha facultad debe ejercerse con prudencia, responsabilidad y un lenguaje cuidadosamente medido, que evite inducir a la ciudadanía a considerar culpable a quien aún se encuentra sometido a investigación, ello demarca un equilibrio claro entre transparencia

institucional y protección de derechos fundamentales, de una parte, asegura la confianza social en la administración de justicia, fortaleciendo la legitimidad de las instituciones; y de otra, preserva la garantía básica de que ninguna persona puede ser tratada como culpable hasta que exista una decisión judicial definitiva.

II. ¿En qué consiste la presunción de inocencia?

El derecho a la presunción de inocencia se erige sobre el principio de protección de la dignidad de la persona humana, el cual impone el deber de reconocer respetar a todo individuo en su sola condición de tal, una de sus manifestaciones, recogida en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, la encontramos en que las personas deben ser tratadas conforme a las decisiones, intenciones y declaraciones de voluntad que estos hubieren adoptado, de manera que los beneficios o consecuencias adversas que se deriven de su actuar respondan exclusivamente a sus propias conductas y determinaciones. En esa línea, resulta válido sancionar a una persona únicamente cuando se acredite la comisión de una infracción, siendo el proceso judicial y la actividad probatoria los únicos mecanismos institucionales destinados a establecer dicha responsabilidad.

Así, una condena únicamente podrá dictarse cuando la responsabilidad penal del acusado constituya la única explicación razonable de los hechos, lo que exige que la imputación se encuentre acreditada más allá de toda duda razonable; el principio de presunción de inocencia consagra que el imputado debe ser tratado como inocente mientras no

se declare judicialmente su responsabilidad, es decir, tratado como si no hubiera cometido el delito que se le atribuye hasta que los aparatos estatales hayan recabado información suficiente como para levantar el mando de la presunción, para ello, resulta indispensable la existencia de un proceso judicial válido, en el cual se observen las garantías del debido proceso y se actúe la prueba idónea y suficiente que permita enervar dicha presunción.

Sin embargo, no está ausente de lógica considerar que el hecho de no haberse probado la responsabilidad del imputado, no significa necesariamente que sea inocente; puesto que ello puede deberse también a otros factores, como por ejemplo que la carga de la prueba recae en el acusador, el acusado no debe probar nada, solo esperar que la prueba sea insuficiente para condenarlo; existen límites para probar la responsabilidad penal, los medios probatorios pasan por más de un tamiz de admisibilidad antes de poder ser actuadas y valoradas para sostener la responsabilidad; y por último el estándar de la prueba condenatoria exige que ésta supere la duda, por lo que la condena no será viable si la defensa presenta una teoría razonable que la genere. Por ello, finalmente resulta mas apropiado afirmar que el derecho a la presunción de inocencia consiste en que no se tratará como culpable a una persona mientras no se demuestre su responsabilidad, en el respectivo proceso penal.

No obstante, con la irrupción de la era digital emergen nuevos desafíos, particularmente en lo relativo a los estándares que orientan la determinación de la culpabilidad, pues ha dado a lugar al surgimiento

de los llamados jueces digitales. En el panorama contemporáneo, caracterizado por la hiperconectividad y el intercambio de la información, resulta alarmante observar cómo los medios de comunicación masiva y las plataformas digitales se han erigido en tribunales virtuales donde se juzga, condena y ejecuta socialmente a individuos bajo el velo de la inmediatez y la emotividad colectiva, estos espacios se han convertido en escenarios de linchamiento digital, donde fluyen informaciones fragmentarias, declaraciones filtradas, opiniones sesgadas e incluso testimonios manipulados que, al viralizarse, desencadenan exigencias de sanciones: desde la pérdida de empleos hasta el bloqueo de cuentas en redes, todo sustentado en acusaciones carentes de rigor probatorio. Frente a este escenario, es imperativo desentrañar tres aristas críticas que delinean la colisión entre el derecho fundamental a la presunción de inocencia y la dinámica mediático-digital:

I. La Influencia de la Opinión Pública en la Imparcialidad Judicial: ¿Un Juez Bajo el Escrutinio de las Masas?

El primer eje de análisis se centra en establecer en qué medida la saturación informativa y las narrativas difundidas a través de programas televisivos, redes sociales o artículos de amplia circulación, pueden incidir en la esfera psicológica del juzgador, comprometiendo su imparcialidad y objetividad, ello resulta particularmente relevante en un contexto en el que los procesos judiciales son objeto de transmisión mediática y los representantes del Ministerio Público adquieren notoriedad pública a través de entrevistas y apariciones constantes,

generando un escenario en el que la frontera entre el debido proceso y el espectáculo mediático se torna difusa.

Imaginemos la situación de un juez que, al momento de dirimir un proceso por corrupción, ha sido expuesto durante semanas a titulares sensacionalistas que califican al acusado como “El cleptócrata más peligroso de la década”, o a paneles de comentaristas que, con la seguridad de un veredicto anticipado, discurren sobre su culpabilidad. Aun cuando la normativa vigente impone a los medios de comunicación la obligación de abstenerse de emitir titulares que atribuyan responsabilidad penal al imputado antes de la emisión de una sentencia firme, lo cierto es que, pese al empleo de expresiones formuladas en condicional simple, resulta prácticamente inevitable que, en el vox populi, se configure una percepción anticipada en torno a su culpabilidad o inocencia.

Surge entonces la interrogante: ¿no se ve comprometida, aunque sea de manera subconsciente, la vigencia del principio de presunción de inocencia cuando el entorno cultural y mediático ya ha construido una narrativa condenatoria? La psicología jurídica ha demostrado que ni siquiera los operadores de justicia son inmunes a los sesgos cognitivos. De la Rosa y Sandoval (2016) señalan: “Ahora bien, detrás de este proceso decisorio se ubican y se infiltran predisposiciones temperamentales, sentimientos de justicia e incluso el instinto. Pocas veces se hace referencia a ellos pero la toma de decisiones de todos los seres humanos involucra estos sesgos cognitivos. Es así que la deliberación del juez está impregnada de prejuicios, estereotipos e

ideologías las cuales resultan inseparables en su determinación”. (p. 148).

Entonces, es palpable la presencia de sesgos por parte de los jueces al momento de juzgar, ya sea por sus creencias religiosas, posturas políticas o experiencias personales previas, dado que, como seres humanos, sus convicciones pueden comprometerse al emitir una sentencia. En esta línea, investigaciones como las realizadas por Kahneman y Tversky en materia de heurísticas ponen de manifiesto la incidencia concreta de la denominada heurística de disponibilidad, que consiste en la tendencia a otorgar mayor peso a la información fácil de recordar, especialmente si es emotiva o ampliamente difundida; estos sesgos se hacen manifiestos con mayor intensidad en el ámbito jurisdiccional, donde la exposición mediática, la presión social y los prejuicios culturales pueden imponer narrativas previas que distorsionan la valoración objetiva de las pruebas.

Es así que la tendencia a sobrevalorar información reiterada o cargada de contenido emocional se manifiesta inevitablemente en los procesos mentales del juez, pues los errores y sesgos cognitivos emergen cada vez que el ser humano procesa información proveniente del exterior. Pues un juez no juzga en el vacío: sabe que su decisión incide sobre múltiples personas, que afecta la estructura institucional, la víctima, el victimario y, en última instancia, a la sociedad entera; por consiguiente, resulta esencial reconocer que el fallo judicial no solo resuelve un conflicto concreto, sino que además transmite un mensaje jurídico-social, consolida precedentes y formula expectativas respecto de cómo se administra la justicia.

Así pues, la decisión del juez afecta indubitadamente al conjunto social: no se trata solo del acusado, sino también del mensaje normativo que se transmite, de la confianza ciudadana en el sistema de justicia y de la protección de los derechos fundamentales; en este contexto, la exposición constante a discursos mediáticos con tintes inculpativos puede propiciar la formación de un prejuicio confirmatorio, pues el juez, sabiendo que su decisión tendrá repercusiones sobre múltiples actores y sobre la legitimidad institucional, inevitablemente se ve tentado a incorporar la opinión pública mediática al momento de juzgar.

II. El Sensacionalismo como Espectáculo: De la Noticia al Juicio Popular

La segunda arista se centra en la cosificación de la información judicial por parte de los medios de comunicación, los cuales transforman los procesos penales en productos de entretenimiento masivo, en muchas ocasiones los hechos se presentan mediante edición sensacionalista, con música dramática, escenas de detenciones violentas y titulares alarmistas, por ejemplo: "Capturan a peligroso violador en pleno centro de Lima", omitiendo deliberadamente expresiones condicionales como "presunto" o "supuesto"; lo cual fomenta la instauración de un juicio paralelo en la conciencia pública. Zaffaroni (2011) concluye que los medios de comunicación construyen una realidad social distorsionada al difundir desinformación, reforzada por prejuicios basados en sucesos criminales; ello genera una estigmatización de individuos o colectivos, transformándolos en chivos expiatorios: personas señaladas como

peligrosas por su apariencia o lugar de origen, responsabilizadas de delitos que no han cometido, temidas y vigiladas por la sociedad como si fueran culpables de antemano.

En este escenario, las redes sociales funcionan como catalizadoras de esta dinámica: millones de usuarios, muchas veces bajo el anonimato y con acceso solo a fragmentos de la información, emiten veredictos en tiempo real. Hashtags como #JusticiaParaX o #CárcelYa se vuelven virales, en este sentido el efecto es una estigmatización mediática que socava la dignidad del imputado y presupone su culpabilidad antes de un juicio justo.

Ahora bien, en estas líneas, las redes sociales instauran una suerte de juzgamiento digital mediante la denominada “cultura de cancelación”, en la cual personas son denunciadas con base en acusaciones que surgen precisamente en esas plataformas; y en muchos casos, como consecuencia del reproche social, son apartadas de sus puestos de trabajo, señaladas y censuradas, incluso por publicaciones antiguas, o después de haber expresado remordimiento y pedido disculpas por lo dicho o hecho; este fenómeno acarrea diversos efectos negativos para el movimiento en sí, tales como la radicalización del discurso público, la imposibilidad de réplica, la intolerancia hacia errores pasados, y la exclusión social o profesional permanente. Cabrera Peña y Jiménez Cabarcas (2021) advierten que este reproche social sin mediar delito y sin oportunidad de defensa contribuye a vulnerar principios básicos del derecho penal y derechos humanos, pues impone sanciones sociales desproporcionadas.

Si bien la cultura de cancelación puede surgir con la intención de exigir responsabilidad ética o social, cuando funciona sin controles, sin reconocer la posibilidad de redención ni permitir una defensa, termina por generar injusticias —afectando la dignidad, la reputación y el futuro profesional del individuo—, y socavando la posibilidad de un diálogo público saludable.

III. La Judicialización de lo Mediático: Cuando el Caso Trasciende el Expediente

La tercera arista emana de la propia terminología jurídico-procesal: operadores de justicia y doctrina han consolidado el concepto de “caso mediático” para aludir a aquellos hechos delictivos o accidentes que reciben una atención extraordinaria por parte de los medios de comunicación; tal categorización no es inocua; por el contrario, comporta un tratamiento diferenciado en el cual la exposición pública, que anticipando culpabilidades en muchos casos distorsiona las reglas del juego procesal y condiciona la valoración objetiva de la prueba.

En los supuestos catalogados como “casos mediáticos”, la actividad informativa se sustituye con frecuencia por una puesta en escena: ruedas de prensa policiales en las que se exhibe a detenidos esposados y cabizbajos, junto a objetos incautados; voceros oficiales que emplean expresiones categóricas como: “delincuente confeso”, “cerebro de la banda”, etc; y reportajes que privilegian el dramatismo sobre la precisión, estas prácticas, lejos de ser meramente informativas, construyen una narrativa de culpabilidad que contamina el proceso

penal y menoscaba la garantía constitucional de presunción de inocencia. Pues cuando, además, la víctima goza de especial empatía social, tales como niños, mujeres o colectivos vulnerables, la prensa suele magnificar el clamor por sanciones ejemplares, situación que puede traducirse en presiones institucionales sobre fiscales y magistrados para priorizar la respuesta punitiva sobre las exigencias del debido proceso.

Para ejemplificar lo expresado, citamos el caso que involucra a Paul Olórtiga, viudo de la cantante Edita Guerrero, el cual ilustra con crudeza estos fenómenos; pues desde las primeras horas siguientes al deceso, una narrativa acusatoria ampliamente difundida por diversos medios presentó a Olórtiga como autor del hecho a partir de titulares sensacionalistas y de versiones que privilegiaron la voz de la familia de la occisa; las pruebas aducidas fueron presentadas como “irrefutables” y difundidas por escasas fuentes sin contraste técnico suficiente, cuando meses después, surgieron cuestionamientos sobre la congruencia y la suficiencia de determinados peritajes —entre ellos, observaciones relativas a la necropsia y a la cadena probatoria— y la defensa planteó inconsistencias procesales y técnicas que relativizan la indubitabilidad de las evidencias inicialmente difundidas. Si bien el proceso penal continúa y la libertad bajo caución no equivale a una absolución, la exposición mediática ya había ocasionado un daño reputacional y social de difícil reparación; no obstante ello, no se advirtió una rectificación proporcional ni disculpas públicas por parte de los medios que, en su momento, difundieron la versión acusatoria con mayor contundencia.

A esta dinámica se suman hoy actores invisibles pero determinantes: los algoritmos de las plataformas digitales, los cuales son diseñados para maximizar la interacción, pues operan bajo lógicas mercantiles que privilegian contenidos sensacionalistas, polarizantes o emocionalmente intensos —con independencia de su veracidad—; en tal contexto, acusaciones no verificadas, videos editados o titulares amarillistas adquieren viralidad exponencial, mientras que información equilibrada y matices probatorios quedan desplazados: estudios empíricos han demostrado que contenidos con terminología acusatoria obtienen un mayor nivel de interacción, circunstancia que incentiva la priorización del morbo sobre el rigor informativo y genera la ilusión de un consenso acerca de la culpabilidad de personas aún no juzgadas.

Ahora bien, la proliferación de portales de desinformación y la difusión masiva de listados falsos —como los que circularon durante las protestas sociales en Chile en 2019, que atribuyeron indebidamente conductas delictivas a ciudadanos inocentes— muestran el riesgo real de estigmatización, amenazas y pérdida de oportunidades laborales para personas que jamás fueron procesadas. Finalmente, el impacto psicológico de esta maquinaria digital es notorio: la exposición reiterada a narrativas acusatorias activa sesgos cognitivos —entre ellos, la heurística de disponibilidad—, de modo que la opinión pública tiende a asociar con facilidad a los imputados con la culpabilidad, aun frente a pruebas insuficientes. Informes de instituciones especializadas han advertido que estos prejuicios resultan de muy difícil reversión aún después de una eventual absolución, lo que exige una reflexión jurídica

y normativa urgente sobre las medidas de protección de la dignidad, la reputación y las garantías procesales de las personas sometidas a escrutinio mediático.

Conclusión

La presunción de inocencia constituye un pilar fundamental de los sistemas jurídicos democrático. No obstante, en un mundo globalizado, tecnológico y actual enfrenta desafíos sin precedentes que amenazan su esencia misma, y en consecuencia los sistemas penales modernos; ello, a pesar de su consagración en instrumentos internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos y en la Constitución Política del Perú, su latencia se ve socavada por dinámicas mediáticas y tecnológicas, tanto por medios de comunicación y ciudadanos mismos, que priorizan el sensacionalismo sobre la justicia, la inmediatez sobre la verdad material en el proceso, y el castigo social sobre un fallo justo. En este escenario actual, donde prima la denominada cultura de cancelación, alimentada por redes sociales y los algoritmos diseñados para maximizar el flujo dentro de las mismas, han convertido a las plataformas digitales en tribunales paralelos donde se juzga y condena sin pruebas, sin defensa y sin oportunidad de réplica.

En última instancia, la defensa de la presunción de inocencia en la era digital no es solo un desafío legal, sino una batalla por la dignidad humana. Como señala César Higa Silva en su análisis constitucional, este principio "equilibra la relación entre el poder del Estado y el individuo, protegiendo a este último de la arbitrariedad", por ello es

esencial la implementación de mecanismos legales orientados a garantizar que el ejercicio del poder punitivo no se vea contaminado por juicios mediáticos ni por la estigmatización social previa al pronunciamiento judicial definitivo, fortaleciendo así la confianza en las instituciones y preservando los valores fundamentales de un Estado constitucional de derecho.

III. Referencias

1. Jordi Ferrer Beltrán, Manual de Razonamiento Probatorio; Corte Suprema de Justicia de la Nación, Ciudad de Mexico, México, Mayo de 2022.
2. César Higa Silva, Derecho & Sociedad 40, "El Derecho a la Presunción de inocencia desde un punto de vista constitucional", Prof. Pontificia Universidad Católica del Perú.
3. Morote Ventura Desiderio César, Tesis "Los medios de comunicación vulneran el principio de presunción de inocencia", Universidad Peruana de Ciencias e Informática Facultad de Derecho, Lima – Perú, 2021. ORCID 0000-00034-2452-1524.
4. De la Rosa Rodríguez, P. I., & Sandoval Navarro, V. D. (2016). Los sesgos cognitivos y su influjo en la decisión judicial. Aportes de la psicología jurídica a los procesos penales de corte acusatorio. Derecho Penal y Criminología, 37(102), 141-164
5. Tapia Solari Raiza Giuliana, "El Juicio mediático en el periodismo peruano: Caso Poto Audios" Tesis para optar el título de licenciada en periodismo, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2016.

6. Cabrera Peña, K. I., & Jiménez Cabarcas, C. A. (2021). La cultura de la cancelación en redes sociales: Un reproche peligroso e injusto a la luz de los principios del derecho penal. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 10(2), 277-300. <https://doi.org/10.5354/0719-2584.2021.60421>
7. Zaffaroni, E. R., Alagia, A., & Slokar, A. (2011). *Derecho penal. Parte general* (2.ª ed.). Ediar.
8. Zaffaroni, E. R. (2011). *La cuestión criminal*. Planeta.
9. Kahneman, D., & Tversky, A. (1974). Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. *Science*, 185(4157), 1124-1131. <https://doi.org/10.1126/science.185.4157.1124>
10. UNESCO. (2023). *Recomendación sobre la ética de la inteligencia artificial*. Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.

Tercera Parte

Artículos elaborados por estudiantes de derecho

Esta parte está conformada por trabajos académicos realizados por estudiantes de derecho, quienes representan el nuevo rostro y el futuro del pensamiento jurídico. Su participación en esta obra refleja no solo un genuino interés por el estudio riguroso del derecho, sino también una firme vocación por contribuir, desde sus primeros pasos en la formación académica, al fortalecimiento del sistema jurídico y democrático.

Los artículos aquí reunidos demuestran que la reflexión crítica, el compromiso con la justicia y el deseo de transformación no son exclusivos de la experiencia o de la trayectoria profesional, sino que también pueden surgir con fuerza desde las aulas universitarias. En estos textos se evidencia una mirada fresca, entusiasta y a la vez reflexiva, que enriquece el debate jurídico desde nuevas perspectivas.

Los aportes estudiantiles no deben entenderse únicamente como ejercicios académicos, sino como manifestaciones tempranas de una generación que asume con responsabilidad su rol como futuros operadores del derecho. En ellos se vislumbra un potencial transformador, esencial para imaginar y construir un derecho más justo, inclusivo y atento a las demandas sociales contemporáneas.

Interés Social vs. Interés Particular: Regulación de Servicios Públicos Esenciales y el Rol del Estado

Alfonso Julian Davila Arrese *

I. Introducción

Los servicios públicos según Jorge Lazarte Molina (2017:74), es un instrumento mediante el cual el gobierno conserva la facultad de decidir si permite o no su prestación en un determinado sector. La regulación de dichos servicios es un tema de gran relevancia en la realidad nacional; debido a que si son debidamente efectuados trae beneficio a todo, todas y todos los peruanos, sin importar su nivel socio-económico.

En el Perú, se dieron reformas estructurales después de la época del conflicto armado interno promoviendo la participación del sector privado en la provisión de estos servicios, lo que incentivó inversiones y mejoras en eficiencia; sin embargo, no todo es perfecto esta privatización de servicios públicos trajo consigo grandes escándalos de corrupción que muchas veces hacían pasar obras de interés personal o meramente económicos, pintándolas como obras de interés social o general, además se generó desafíos en supervisión y control del estado a los particulares.

* Alfonso Julián Dávila Arrese es estudiante de Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Actualmente se desempeña como Asistente de Docencia en el curso de Derecho Administrativo I y es Presidente de la Asociación Chaska Amaru. Ha sido Director de Economía del Foro Académico PUCP, voluntario en el IDEHPUCP y ejerció como Secretario de Asuntos Académicos del Centro Federado de Estudios Generales Letras.

Uno de los casos mas interesantes en donde se pintan como obras de interés general social cuando en verdad son claramente obras de interés social es la construcción de edificios de “interés social” en distritos residenciales en Lima (Miraflores, San Isidro, San Borja, etc), lo que genera un debate sobre la línea corta y entre interés social e interés general.

El presente artículo, busca analizar la regulación de los servicios públicos esenciales y su rol del estado, para dicho fin primero conceptualizaremos que es el interés social, el interés general, el interés social y el interés económico, asimismo, definiremos las características esenciales de los servicios públicos, y principios jurídicos en la regulación de los mismo. Asimismo, se analizará el rol del estado en la regularización de servicios públicos, los retos y desafíos de los servicios esenciales con jurisprudencia, doctrina y casos prácticos.

II. MARCO CONCEPTUAL

2.1. Definición de conceptos clave

Antes de explicar la lucha entre el interés particular vs. el interés social y como es una línea tan delgada que puede parecer que una acción es un interés social, pero es un interés particular.

En primer lugar, el interés general según conceso en la doctrina es definido como el interés de todo/a/xs los ciudadanxs, es lo que beneficia a todos los integrantes de una comunidad y un pueblo, en palabras de Leon Duguit en su libro titulado: “L'état, le droit objectif et la loi positive” menciona que el interés general orienta

al estado en sus acciones y las prestaciones de sus servicios; además, guía al estado a una sociedad mas equitativa y accesible para los ciudadanos.

El interés general constituye un punto de equilibrio, este debería ser el objetivo de todos los estados democráticos y constitucionales, este debería ser el fin supremos de todos los estados, claros ejemplos de interés social podrían ser la regulación de tarifas del servicio agua potable, el control de precios en medicamentos esenciales o la construcción de megas carreteras para conectar a las regiones.

Por su parte, el interés social, en términos de Dromin en su obra titulada: "El servicio público: Doctrina y régimen jurídico, lo define como la protección de los derechos de los más vulnerables. El interés social puede ser definido como la prioridad que le da el estado al bienestar y protección de los sectores más vulnerables, su principal objetivo debe ser garantizar el acceso equitativo a servicios y derechos como la salud, vivienda, educación, agua, etc.

El interés social busca equilibrar las desigualdades sociales garantizando que todxs los ciudadanos; sin importar, su situación económica, tengan acceso a condiciones de desarrollo y bienestar. Unos ejemplos de interés social es el programa Qali Warma, que busca garantizar la alimentación de escolares en zonas de pobreza, otro ejemplo de interés social puede ser el Fondo de Inclusion Energético (FISE), programa estatal que subsidia el gas para familias de bajos recursos.

Un punto para aclarar es que la diferencia entre el interés social y el interés general es que el interés social guía la actividad estatal a los grupos mas vulnerables; mientras que el interés general no sectoriza la actividad, sino que busca el beneficio general de la sociedad.

Por otra parte, Alexy en su libro titulado teoría de los derechos fundamentales, nos refiere al interés particular como el interés que beneficia a una persona o empresas privadas; sin que, beneficie a la sociedad. A diferencia, del interés general y/o interés social que busca el beneficio de los miembros de la sociedad, el interés particular no busca el equilibrio y no toma en cuenta el impacto que genera. Si bien el interés particular es legítimo, este no tiene que pasar del lado el interés de la sociedad, tiene que ser lo último que se debe considerar al actuar el estado.

Un ejemplo hipotético de interés particular es que el “presidente dino” recibe unos relojes de su amigo Pedro para supuestamente que se vea bien para las conferencias públicas y supuestamente según el dará mejor imagen al estado, en donde se ve claramente que deja del lado el interés de la sociedad por un interés meramente particular.

2.2. Características de los servicios públicos esenciales

Los servicios públicos según Duguit es la actividad estatal organizada y regulada para satisfacer las necesidades de la población garantizando el bienestar social/general. Estos servicios como agua, transporte, salud, educación, electricidad, etc. Dichos servicios son necesarios para que una sociedad funcione de

manera efectiva. Las principales características de los servicios públicos para que sean efectivos son:

2.2.1. Universalidad y accesibilidad

Según García de Enterría & Fernández en su obra titulada curso de derecho administrativo, los servicios esenciales deben ser para toda la sociedad sin discriminación alguna, esto implica que el estado debe actuar cuando existe una desigualdad. El principio de la universalidad y accesibilidad de servicios públicos no solo responden a mandatos jurídicos, sino que releja el compromiso del estado y su relación con el interés social/general.

En dicho sentido, el estado debe darle más atención en servicios que existan desigualdades estructurales o sociales, un claro ejemplo de este principio es la implementación de programas de crecimiento de la infraestructura de la red de agua potable en las zonas rurales del país. Este principio, se extiende a todos los ámbitos de actuación del estado, no solo al agua, sino que busca el acceso igual para todos los ciudadanxs de los servicios públicos.

2.2. Continuidad del servicio:

Según Brewer-Carias, la prestación de los servicios públicos no verse frenada o interrumpida, ya que una interrupción afectaría el desarrollo de los ciudadanxs y afecta el interés social/general. Dicho principio responde a la necesidad de garantizar previsibilidad y estabilidad en los servicios públicos, para que un servicio publico sea verdaderamente efectivo tiene que ser continuo, no puede tener problemas en su distribución.

La no continuidad del servicio afectaría de manera significativa a los miembros de la sociedad, el mismo modo que cuando se suspende el transporte público Lima en particular se para, siendo este caso el mejor ejemplo para explicar la necesidad que un servicio público sea continuo. Otro ejemplo, es cuando el sistema de salud se detiene, muchas personas hasta pierden la vida por la no continuidad de este servicio público.

Este principio, no solo es un criterio de eficiencia, sino que también garantiza la protección de los ciudadanos, por eso el no cumplimiento de dicho principio puede ser denunciado al agente regulador según el sector, por ejemplo el servicio eléctrico su agente regulador es Osinergmin, que supervisa la continuidad del mismo.

2.3. Calidad y eficiencia en la prestación del servicio

Según Cassagne en su obra titulada Derecho administrativo, los servicios públicos deben cumplir con estándares mínimos que garanticen su buen funcionamiento, pensando siempre en el interés social/general. La prestación de los servicios públicos solo tiene que ser accesible y continua tiene que ser de calidad, puesto de que nos sirve un servicio que no de calidad.

El Estado, aparte de darnos dichos servicios públicos deben supervisarlos y fiscalizarlos con el fin que dichos servicios sean de calidad, para dicho fin creo los organismos reguladores, estos tienen que implementar normas técnicas e indicadores de funcionamiento. Además, la implementación de dichos servicios

públicos implica una gestión adecuada de los recursos públicos, evitando la ineficiencia de estos.

Un claro ejemplo, de dicha característica es la supervisión que se hace a la red de agua potable por la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS), en donde no solo se supervisa la continuidad de estos, sino su calidad.

2.3. Principios jurídicos aplicables en la regulación

La regulación de los servicios públicos, se riega por una serie de principios que garantizan su acceso a todxs los ciudadanxs, los principios determinan el rol del Estado, respondiendo al interés social e interés general.

2.3.1. Principio de igualdad y no discriminación:

Dicho principio explicado por Alexy en su obra titulada Teoría narra que se trata en que todos los servicios públicos deben tener acceso equitativo para todo/a/xs los ciudadanos, sin distinción por razones sociales, económicas o geográficas o de cualquier otra índole.

Este principio exige que el Estado adopte medidas que eviten exclusiones injustificadas en la prestación de los servicios; además este principio exige al estado marcos normativos para que no exista ninguna distribución en los servicios públicos.

2.3.2. Principio de solidaridad

Dicho principio, se fundamenta en el acceso equitativo de los servicios públicos, dándole especial cobertura al interés social. Según Brewe-Carias, este principio equilibra de carga económica

de los servicios, asegurando que la mayoría de los servicios sea posible que lleguen a las zonas mas vulnerables.

Un ejemplo de dicho principio en actuación es el fondo de inclusión social energético, que subsidia el consumo de gas y electricidad para familias de bajos recursos, permitiendo que puedan acceder a dicho principio, que en condiciones normales no podrían mantenerlo.

III. El rol del estado en la regulación de servicios Públicos Esenciales

El estado juega un papel fundamental en la regulación de los servicios público, que no solo se justifica desde una perspectiva de los derechos fundamentales, sino que también nace de la necesidad de corregir los fallos del mercado, asegurando que estos servicios sean accesibles para toda la población sin importar ninguna condicion de la persona.

3.1. Reconocimiento de los servicios públicos esenciales como derechos fundamentales

Según Ferrajoli (1999), el acceso de los servicios públicos ha sido ampliamente reconocidos como un derecho fundamental, vinculados a principios de dignidad humana y bienestar social. El acceso de dichos servicios, la injerencia del estado no solo es legítima, sino necesaria para garantizar que los servicios sean accesibles para todxs los ciudadanos siguiendo el interés general e interés social.

Cuando los servicios públicos son gestionados con la lógica del libre mercado siguiendo solo las reglas de la oferta y demanda, sin

intervención estatal, se corre el riesgo que algunos servicios se hacen exclusivo a ciertos sectores de la población olvidando a las poblaciones vulnerables. Por ello, el estado actúa como garante de estos derechos, asegurando que los ciudadanxs sin importar su condición económica, social, educativa, geográfica, tengan acceso a servicios públicos necesarios para tener una condición de vida digna.

Asimismo, los pactos internacionales han reforzado que se marcan a los servicios públicos esenciales como derechos fundamentales, un claro ejemplo es el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales (en adelante PIDESC), reconoce explícitamente la importancia que el acceso al agua potable y el acceso a la salud como elementos básicos y esenciales para vivir dignamente, y necesarios para la realización de otros derechos fundamentales.

3.2. Limitación del mercado para garantizar el acceso equitativo

Si bien el mercado es una herramienta eficiente para muchos sectores económicos, pero no es eficiente para temas sociales. Un claro ejemplo de la limitación del mercado es en los monopolios naturales, es decir, sectores que la competencia no genera beneficios para todos y que la oferta privada no garantiza necesariamente la cobertura para todos los peruanos.

Uno de los principales problemas del mercado en la prestación de estos servicios es la falta de estos servicios es la falta de incentivos económicos para llegar a poblaciones vulnerables. En un modelo

de mercado que el estado no regule, las empresas buscan generar la máxima rentabilidad y, por eso sectorizan su abastecimiento a zonas urbanas, dejando a poblaciones vulnerables de lado.

Además, esta regulación no solo implica que el estado brinda servicios públicos, sino que tiene la obligación de regular la tarifas para que el acceso de estos servicios, puesto que, si dejamos a las empresas que se regulen por la "ley" de la oferta y la demanda, los precios de varios servicios estarían a precios que zonas vulnerables no podrían costearlos.

Otra limitación, del mercado es que el estado tiene que dar controles de calidad y continuidad puesto que las empresas no les interesa un servicio funcione adecuadamente si esto les genera gastos, para eso se crean los organismos reguladores con el fin de poder darle un par y que sean servicios de calidad

El agua potable es un servicio público esencial que no da un claro ejemplo de como su naturaleza de monopolio natural el estado se ve obligado a influir directamente en el mercado, puesto que si lo dejáramos a la regla de la oferta y demanda, veríamos que serian precios exorbitantes, por lo altos costos de infraestructura, la red de distribución y que en las zonas más alejadas donde es mas difícil llegar serian los costos mas elevados y dichas zonas son las mas vulnerables, lo que impidiera el acceso de dicho servicio a buena parte de la población.

3.4. Modelos de regulación

Los servicios públicos pueden adoptar distintas modalidades dependiendo del grado de intervención estatal. Los mas comunes en el estado peruano son:

Regulación estatal directa, el estado asume el control absoluto de la prestación del servicio por medio de empresas estatales sin intervención del sector privado.

Regulación Mixta, el estado otorga concesiones a empresas privadas para la prestación de un determinado servicio, pero mantiene un control regulador a través de entidades supervisoras que fijan estándares de calidad, tarifas y condiciones de acceso.

Regulación indirecta, el estado establece mecanismos regulatorios como tarifas sociales, subsidios y fijaciones de precios máximos para evitar abusos del mercado.

IV. Casos de Estudio: Priorización del Interés social sobre el económico

El debate entre el interés social e interés económico se manifiesta en todos los niveles de la política que toma el estado, incluso cuando su provisión no resulta rentable para el sector privado.

4.1. Acceso al agua potable y tarifas diferenciadas

El monopolio natural más importante en el Perú es del agua potable, dado que, la regulación del gobierno es clave para evitar que los operadores establezcan tarifas inalcanzables para los sectores mas vulnerables.

Uno de los mecanismos mas utilizados para garantizar el acceso universal al agua es el subsidio cruzado, en el cual los sectores de mayor capacidad nivel socioeconómico tiene tarifas mas altas, mientras que sectores mas vulnerables tienen una discriminación positiva dándoles tarifas mas baratas.

Este caso no solo pasa en el Perú, puesto que, por ejemplo; Chile, utiliza un modelo de subsidio directo que cubre un porcentaje del agua potable; caso parecido que pasa en Colombia, que implementa un esquema de tarifas diferenciadas según niveles socio-economicos.

Esta intervención del estado no solo pasa en el continente latinoamericano, en Francia, algunas municipalidades han implementado modelos de mínimo vital gratuito, en los que cada hogar recibe una cantidad básica de agua potable sin costo.

4.2. Expansión de electricidad en zonas rurales

Las empresas privadas suelen enfocarse en las ciudades debido al impacto económico que significa; sin embargo, deja de lado a las zonas rurales. Para ello el estado impulsa políticas de electrificación rural priorizando el interés social sobre la rentabilidad económica. En el Perú, se estableció incentivos a empresas distribuidoras y financiamiento de infraestructura.

En casos de legislación comparada tenemos el caso de Brasil, que tiene el programa luz para todos, en el cual da subsidios estatales para la implementación de luz en zonas alejadas a las ciudades. Otro ejemplo que tenemos es el de México, en el cual el gobierno

implementa programas de financiamientos para cooperativas locales que administran la distribución eléctrica.

4.3. Control de Precios de Medicamentos

El acceso a medicamentos es esencial para la salud, sin esta regulación los precios de medicamentos pueden alcanzar precios impagables. Bajo este criterio que asegura el interés social, la ley de medicamentos esenciales establece que ciertos fármacos deben estar disponibles a precios accesibles.

En legislación comparada tenemos la del gobierno de Canadá que fija máximos para medicamentos patentados y negocia directamente con las industrias para reducir costos.

V. Conclusión

La regulación de los servicios públicos esenciales responde a la necesidad de garantizar un acceso equitativo, reconociendo dichos servicios como derechos fundamentales corrigiendo las fallas del mercado.

Finalmente, la regulación de los servicios públicos esenciales es una manifestación del papel del Estado siguiendo el interés social y el interés general. La máxima de la experiencia demuestra que confiar exclusivamente en la lógica del mercado puede generar exclusión y desigualdad, mientras que una regulación eficiente, con una visión de justicia social, permite construir sociedades más equitativas.

La prioridad debe ser siempre la protección de los más vulnerables siguiendo el interés social, entendiendo que la sostenibilidad de

estos servicios no solo se mide en términos financieros, sino también en su capacidad de mejorar la calidad de vida de la población.

VI. Bibliografía

Alexy, R. (1993). Teoría de los derechos fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Brewer-Carías, A. (2001). El régimen jurídico de los servicios públicos. Editorial Jurídica Venezolana.

Cassagne, J. C. (2015). Derecho Administrativo: Principios Fundamentales. La Ley.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2017). Caso Lagos del Campo vs. Perú: Jurisprudencia sobre derechos económicos, sociales y culturales.

Duguit, L. (1901). L'état, le droit objectif et la loi positive. Fontemoing et Cie.

Dromi, R. (2018). El servicio público: Doctrina y régimen jurídico. Abeledo-Perrot.

Ferrajoli, L. (1999). Derechos y garantías: La ley del más débil. Trotta.

García de Enterría, E., & Fernández, T. R. (2008). Curso de derecho administrativo. Civitas.

Indecopi. (2022). Competencia y regulación en el mercado de medicamentos en Perú. Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.

Lazarte Molina, J. (2017). Servicios públicos y regulación estatal en América Latina. Editorial Jurídica Andina.

OCDE. (2021). Revisión de la política regulatoria en América Latina: Servicios públicos y acceso equitativo. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos.

Paredes, M. (2019). Monopolios naturales y el acceso equitativo a los servicios básicos: Un enfoque regulador. Fondo Editorial PUCP.

Stiglitz, J. E. (2002). El malestar en la globalización. Taurus.

SUNASS. (2023). Regulación del servicio de agua potable en Perú. Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento.

Vázquez, J. (2017). Servicios públicos esenciales y su regulación en América Latina. Editorial Porrúa.

La Gestación Subrogada: Una Expresión del Patriarcado y la Mercantilización del Cuerpo de las Mujeres desde una perspectiva de Derechos Humanos

Analucia Anicama Ley *

I. INTRODUCCIÓN

La maternidad subrogada, o gestación por sustitución, es un método de reproducción asistida en el que una mujer, denominada como gestante subrogada, lleva a término un embarazo para terceros, quienes serán los que adquieren la paternidad o maternidad legal del recién nacido al culminar el proceso. En este marco, existen dos modalidades principales: la subrogación tradicional, aquella en la que la gestante utiliza su propio óvulo y mantiene un vínculo genético con el bebé, y la subrogación gestacional, aquella en la que se emplea un embrión concebido mediante fecundación in vitro (FIV) con material genético de los padres intencionales o de donantes, eliminando toda conexión biológica con la gestante.

Ahora bien, en el contexto peruano –y en gran parte de América Latina– la regulación de la maternidad subrogada se encuentra en un vacío legal, puesto que no se hayan normas o reglamentos que regulen esta materia. Aunque el ordenamiento jurídico actual no prohíbe expresamente esta práctica, la normativa vigente establece que es la mujer que da a luz considerada automáticamente la madre legal, lo cual cierra cualquier posibilidad que los padres puedan adquirir la patria potestad,

paternidad u otros derechos sobre el niño nacido de la subrogación.

La ausencia de un marco legal que defina requisitos, límites y mecanismos de protección para las gestantes subrogadas genera un escenario opaco, en el que las asimetrías económicas y sociales se vuelven el motor de la práctica. En este entorno, la “libertad de elección” se revela como una ilusión, ya que muchas mujeres, obligadas por la precariedad y la falta de oportunidades, se ven forzadas a alquilar su capacidad reproductiva. Esta falta de regulación específica deja a la práctica en un limbo jurídico, lo que abre la puerta a acuerdos informales y a la explotación de mujeres en situación de vulnerabilidad, especialmente aquellas que provienen de contextos de pobreza, esto no solo refleja una carencia en la protección legal, sino que expone y refuerza estructuras de desigualdad de género y pobreza que perpetúan la subordinación de las mujeres.

En estos escenarios, la maternidad subrogada, presentada a menudo como una opción para formar una familia, en realidad se erige como una manifestación moderna de la mercantilización del cuerpo femenino. El discurso que la enmarca como un “trabajo” o una forma de empoderamiento se contrapone con la realidad de que, en contextos de desigualdad estructural, las decisiones de las mujeres están condicionadas más por la necesidad económica, que por voluntad propia. Así, se transforma en un mecanismo que vulnera derechos esenciales: se debilita la dignidad al reducir a la mujer a un mero instrumento de reproducción, se atenta contra su integridad física y emocional mediante procedimientos médicos

invasivos y riesgosos, y se limita su autonomía al presentar una “elección” que en realidad responde a la coerción de la pobreza. En el presente artículo desarrollaremos las principales implicancias de la práctica de vientre subrogado.

II. REGULACIÓN EN EL PERÚ

En Perú, y en toda América Latina persiste un vacío legal frente a la gestación subrogada, en el marco jurídico actual peruano no existe una prohibición explícita de llevar a cabo este método reproductivo para concebir. Sin embargo, a pesar de no estar explícitamente denegado, se encuentra regulación en el derecho administrativo, puesto que para este la madre legalmente es, automáticamente, la que da a luz al bebé, de este modo se cierra el paso legal para que los padres puedan obtener derechos sobre el niño nacido de un vientre subrogado.

Sin embargo, la práctica en sí misma permanece en un limbo jurídico, este vacío normativo abre la puerta a la explotación del cuerpo de mujeres en situación de vulnerabilidad. Puesto que, al no existir un marco legal que defina requisitos, límites o protecciones específicas, la subrogación se convierte en un terreno donde priman los acuerdos informales, muchas veces impulsados por asimetrías económicas y sociales, las cuales explicaremos más adelante. En la actualidad, la ausencia de regulación no erradica la práctica, sino que la invisibiliza, transformándola en un acto opaco donde no hay garantías para las mujeres involucradas, se ignoran las estructuras de pobreza y género que empujan a mujeres — generalmente de bajos recursos— a asumir riesgos corporales y emocionales en favor de otros.

Este contexto exige una reflexión urgente desde el feminismo crítico, que interpele las contradicciones de una práctica presentada como "libertad reproductiva", pero que, en realidad, puede perpetuar la mercantilización de los cuerpos femeninos. ¿Dónde queda la autonomía de la gestante si su decisión está mediada por la necesidad económica? ¿Cómo evitar que la subrogación refuerce roles de género que reducen a la mujer a su capacidad reproductiva? La falta de regulación estatal no es neutral: al omitir protocolos éticos y salvaguardas, naturaliza la explotación y deja en manos del "mercado" —y de la desigualdad— lo que debería ser un derecho protegido.

III. PERFIL DE LAS MADRES GESTANTES

Las mujeres que acceden a la gestación subrogada provienen, en su mayoría, de sectores socioeconómicamente desfavorecidos, donde la precariedad económica las obliga a considerar y realizar esta práctica como una única alternativa de ingreso. Sabemos que, la pobreza es un problema social que afecta con mayor intensidad a las mujeres, quienes enfrentan barreras estructurales para acceder a trabajos formales bien remunerados, lo que las empuja a empleos informales o, en este caso, a "alquilar" sus cuerpos para la gestación de niños ajenos.(Vargas-Espíndola et al., 2020).

Las mujeres en contextos de pobreza suelen experimentar condiciones de vida adversas, incluyendo falta de acceso a educación, servicios básicos, salud adecuada y oportunidades laborales dignas. Este entorno de desigualdad se acentúa en las zonas rurales, donde la falta de infraestructura y apoyo gubernamental incrementa la carga de trabajo doméstico y de

cuidado para las mujeres, limitando sus posibilidades de independencia económica (CEDRSSA, 2014). De esta forma, las condiciones de vida de estas mujeres suelen ser sumamente precarias: viviendas sin acceso a servicios básicos como agua potable, electricidad o drenaje; carencia de electrodomésticos esenciales para la conservación de alimentos.

Ahora bien, ¿podemos hablar de autonomía cuando existen tales circunstancias limitantes? La respuesta es clara, existen desmesurados sesgos que limitan la libertad de una decisión autónoma y plenamente consciente; la decisión de convertirse en madre subrogada no es una elección libre, sino una imposición derivada de un contexto de necesidad extrema.

El sistema patriarcal se ha especializado en disfrazar la opresión hacia las mujeres bajo el manto de discursos de autonomía y progreso. Al igual que con la prostitución, se nos dice que la maternidad subrogada es un "trabajo" y que las mujeres pueden decidir sobre sus cuerpos. Pero, ¿realmente podemos hablar de elección en un contexto de desigualdad estructural, donde la mayoría de las mujeres que recurren a esta práctica lo hacen por necesidad económica? Como señala Silvia Federici (2010), "la explotación capitalista del cuerpo femenino se perpetúa a través de formas sutiles de coerción, donde la 'elección' es solo un espejismo", resulta imposible que podamos hablar de autonomía cuando el sistema está diseñado para que la única opción de subsistencia de muchas mujeres sea vender su capacidad reproductiva. No es más que una mera manifestación moderna de la mercantilización del cuerpo femenino dentro del sistema

patriarcal, bajo la falsa promesa de la "libertad de elección", esta práctica convierte a las mujeres en recursos explotables para satisfacer el deseo de terceros, reforzando una estructura social que ha reducido históricamente a las mujeres a su función reproductiva, atentando y vulnerando los derechos fundamentales de las mujeres, convirtiéndose en una práctica que refuerza la desigualdad estructural perpetrada por siglos. En lugar de ser un ejercicio de autonomía, representa un mecanismo de explotación que afecta derechos esenciales como la dignidad, la integridad física y emocional, la autonomía sobre el propio cuerpo, la igualdad de género y la no discriminación.

IV. VULNERACIÓN DE LA INTEGRIDAD FÍSICA Y PSICOLÓGICA DE LA MUJER GESTANTE

La gestación subrogada expone a las mujeres a riesgos sistémicos que atentan contra su salud integral. Estos impactos, físicos y emocionales, se agravan en contextos de vulnerabilidad socioeconómica, donde la falta de autonomía y acceso a información convierten a las gestantes en sujetos desprotegidos dentro de un sistema que prioriza resultados comerciales sobre su bienestar. De esta manera, la práctica de la subrogación mercantilizada constituye una violación directa al derecho fundamental a la salud física y psicológica, consagrado en la Constitución Política del Perú, concretamente, el Artículo 7, inciso 3, establece la obligación del Estado de garantizar una salud integral y de calidad para todas las personas, lo que incluye la protección de la integridad corporal y emocional.

Al imponer procedimientos médicos invasivos. Esta doble vulneración—física y psicológica—no es fortuita, sino inherente a un modelo que reduce a la mujer a un mero instrumento de reproducción, subordinando su salud a intereses económicos.

La salud es un derecho fundamental y la exposición a riesgos durante el embarazo, sumada a la ausencia de una red de protección social para las gestantes, evidencian una violación del derecho a la salud.

4.1 IMPACTOS EN LA SALUD FÍSICA

Los procedimientos asociados a la gestación subrogada, como la estimulación ovárica, implican riesgos significativos para las mujeres donantes y gestantes. Entre estos se encuentran: embarazos no deseados, insuficiencia renal, desarrollo de pólipos intrauterinos, quistes ováricos, tromboembolismos, dificultades respiratorias, hemorragias por ruptura de ovarios, infertilidad e incluso menopausia precoz. Como ya fue explicado anteriormente, la mayoría de mujeres que acuden a estos procedimientos se encuentran en una situación de necesidad económica, de la cual el aprovechamiento genera que en el desespero muchas gestantes desconocen los peligros debido al ocultamiento de información por parte de las clínicas y a barreras como el analfabetismo, que les impide comprender los términos técnicos de los contratos.

En el caso de la fecundación in vitro (FIV), las altas tasas de fracaso llevan a las clínicas a emplear estrategias como el uso de óvulos de donantes jóvenes o la implantación de embriones en mujeres en edad reproductiva ideal. No obstante, estas medidas

no aseguran el éxito, lo que ha llevado a algunos especialistas a recurrir a dos gestantes por cliente para aumentar las probabilidades (López Guzmán, 2017). Prácticas como la implantación de múltiples embriones —permitida en países como India— incrementan los riesgos de embarazos de alto riesgo, abortos espontáneos, malformaciones fetales e incluso esterilidad (Amador, 2010).

Además, las dosis elevadas de hormonas y las intervenciones invasivas para inducir el embarazo generan efectos adversos, como alteraciones metabólicas y complicaciones por intentos repetidos de transferencia embrionaria. Un fenómeno preocupante es el microquimerismo fetal, donde células fetales persisten en el cuerpo de la gestante, vinculándose a enfermedades autoinmunes (como el lupus o la artritis reumatoide) y mayor riesgo de cáncer de mama u ovario, décadas después.

Tras el parto, las gestantes enfrentan cambios físicos prolongados: alteraciones en la piel, modificación de la estructura pélvica, fluctuaciones en el peso, desequilibrios hormonales y deficiencias nutricionales por la transferencia de nutrientes al feto (Amador, 2010).

4.2 IMPACTOS EN SALUD MENTAL

Las clínicas suelen implementar terapias de desapego para persuadir a las gestantes de que el feto no les pertenece. En Israel, por ejemplo, se promueve la idea de que su rol es meramente “instrumental”, minimizando cualquier vínculo emocional, perpetuando el concepto de “objeto” y la función de la mujer en la

reproducción. Esta disociación cognitiva —donde se les exige indiferencia hacia el bebé— contradice la conexión cuerpo-mente reconocida por la antropología humanista, generando secuelas psicológicas profundas.

Las gestantes experimentan depresión posparto, ansiedad, sentimientos de vacío e incluso intentos de suicidio. Estudios vinculan estas afectaciones con perfiles psicopatológicos similares a los de víctimas de violencia de género, caracterizados por estrés crónico y cuadros depresivos; estas prácticas no solo deshumanizan el proceso reproductivo, sino que refuerzan dinámicas de explotación al negar el derecho de las mujeres a experimentar y procesar su maternidad de forma integral, y el sistema de subordinación de la mujer.

V. EL SISTEMA CAPITALISTA Y EL CONTROL PATRIARCAL

El control sobre la reproducción de las mujeres no es una novedad del siglo XXI, sino una constante histórica que ha mutado en función de los grandes intereses de las élites dominantes. Desde la Antigüedad, las mujeres han sido instrumentalizadas como meras máquinas de reproducción para la consolidación de linajes, herencias, para mejorar la producción de mano de obra y la estabilidad de estructuras económicas.

En la Grecia y Roma clásicas, las mujeres esclavizadas eran forzadas a parir hijos que serían vendidos o utilizados como fuerza de trabajo (Pomeroy, 1995). En la Edad Media, la Iglesia consolidó

la idea de la maternidad como un mandato divino, criminalizando cualquier intento de control sobre la reproducción.

Con la llegada del capitalismo, el cuerpo femenino se convirtió en un recurso de doble explotación: en la esfera pública, las mujeres eran incorporadas al trabajo fabril en condiciones de extrema precariedad, mientras que en la esfera privada seguían siendo responsables de la reproducción y el mantenimiento de la fuerza de trabajo de las futuras generaciones. Durante la colonización, las mujeres esclavizadas en América fueron obligadas a procrear para aumentar la cantidad de esclavos disponibles, un acto de violencia reproductiva documentado ampliamente por historiadores como Angela Davis (1981).

En el siglo XX, con el auge de la biotecnología y la reproducción asistida, el control patriarcal sobre la maternidad adoptó nuevas formas. La legalización de la maternidad subrogada en algunos países no eliminó la explotación, sino que la transformó en una industria altamente lucrativa donde el capital globalizado encuentra en los cuerpos de las mujeres una fuente de beneficio económico. Así, la explotación reproductiva pasó de ser un fenómeno impuesto a nivel familiar o estatal a convertirse en una práctica mercantilizada en el mercado global.

Es evidente que el patriarcado siempre ha ejercido control sobre el cuerpo de las mujeres, desde la imposición de la maternidad hasta la penalización del aborto. De esta manera, la maternidad subrogada es simplemente otra manifestación de este control, disfrazado de "progreso reproductivo". Tal como explica Adrienne Rich (1976), "la maternidad obligatoria es una herramienta del

patriarcado para mantener a las mujeres subordinadas", así si antes se nos obligaba a parir para perpetuar la familia tradicional, hoy se nos convence de que alquilar nuestro vientre es un acto de empoderamiento. Pero siempre, en ambos casos, la mujer sigue siendo vista como un medio, un instrumento y no como un fin en sí misma. La dignidad, entendida como el valor inherente de toda persona, se ve socavada cuando el cuerpo femenino es reducido a un instrumento reproductivo. La subrogación convierte a la mujer en un "contenedor gestacional", despojándola de su condición de sujeto de derechos para transformarla en un objeto transable. Como señala Martha Nussbaum (1995), esta instrumentalización contradice el principio kantiano de tratar a las personas como fines en sí mismas, no como medios para los intereses ajenos. La lógica mercantil detrás de estos contratos niega la integralidad de la gestante, fragmentando su cuerpo y su experiencia en un servicio comercial. La dignidad es la piedra angular sobre la que se sustentan todos los derechos humanos. Sin embargo, la maternidad subrogada trata a la mujer como un medio para un fin, reduciéndola a un "contenedor gestacional". Martha Nussbaum (1995) argumenta que la instrumentalización del cuerpo en transacciones comerciales contraviene el principio de que cada ser humano debe ser valorado intrínsecamente y tratado como un fin en sí mismo. Al convertir el proceso de gestación en una mera transacción, se niega la dignidad inherente de la mujer, haciendo que su valor se mida únicamente por su capacidad reproductiva.

La gestación subrogada perpetúa la desigualdad de género al reforzar la idea de que las mujeres existen para servir a los intereses reproductivos de otros. En lugar de promover la igualdad, afianza el modelo patriarcal en el que las mujeres son vistas como proveedoras de cuidado y reproducción, mientras que los hombres y las parejas adineradas son los consumidores de estos "servicios". La maternidad subrogada se convierte así en una forma de explotación basada en la desigualdad de clases y género, donde las mujeres más pobres son utilizadas para satisfacer los deseos de los más privilegiados. Este sistema perpetúa la idea de que las mujeres existen para servir a intereses reproductivos externos, mientras que las mujeres en situaciones de pobreza y marginación son las que terminan "vendiendo" su capacidad reproductiva. La desigualdad de género se agrava cuando las beneficiarias de estos contratos son, en su mayoría, mujeres de contextos socioeconómicos bajos, quienes carecen de acceso a educación y oportunidades laborales dignas (CEDRSSA, 2014). Esta dinámica contraviene el principio de igualdad y no discriminación, pilares en instrumentos internacionales como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW).

La capacidad de decidir libremente sobre el propio cuerpo es fundamental para la libertad individual y la igualdad de género. No obstante, en la práctica de la maternidad subrogada la aparente "elección" se ve severamente condicionada por la necesidad económica. Carol Pateman (1988) señala que los contratos que implican la cesión del cuerpo no son verdaderamente libres, sino

manifestaciones de subordinación. La coerción estructural – producto de desigualdades económicas y sociales profundas– limita la autonomía de las mujeres, ya que muchas se ven forzadas a recurrir a esta opción ante la falta de alternativas viables para su subsistencia.

VI. CONCLUSIÓN

En conclusión, la maternidad subrogada no es una solución reproductiva, sino una forma moderna de explotación del cuerpo de las mujeres, una práctica que se legitima bajo la apariencia de autonomía pero que, en realidad, constituye una extensión del control patriarcal y del capitalismo. Al convertir a las mujeres en herramientas reproductivas y a los niños en productos sujetos a contratos, esta práctica perpetúa la subordinación y vulnera derechos fundamentales como la dignidad, la integridad, la autonomía y la igualdad de género.

El discurso que enmarca la gestación subrogada como una elección libre se desmorona al evidenciar que, en la mayoría de los casos, las mujeres que optan por ser gestantes subrogadas provienen de entornos de pobreza y marginación, donde la falta de alternativas económicas las obliga a vender su capacidad reproductiva. Tal como señala Silvia Federici (2004), el control sobre la reproducción ha sido históricamente una herramienta del patriarcado para mantener a las mujeres subordinadas, y la subrogación es su manifestación más reciente y normalizada.

Además, como apunta Adrienne Rich (1976), la maternidad obligatoria ha sido siempre una estrategia para limitar la libertad de las mujeres, y hoy, al igual que en el pasado, se utiliza el discurso del empoderamiento para disfrazar la opresión. El contrato de subrogación, lejos de ser una manifestación de libertad, es un mecanismo de dominación económica y social que refuerza una estructura desigual en la que el poder se concentra en quienes tienen recursos, mientras que las mujeres en situación de vulnerabilidad son relegadas a ser simples medios para la realización de deseos ajenos.

Por tanto, si se pretende avanzar hacia una verdadera justicia social y la protección de los derechos de las mujeres, es indispensable rechazar y erradicar la maternidad subrogada como un sistema de explotación. Solo transformando las condiciones estructurales de desigualdad y garantizando alternativas económicas dignas se podrá romper el ciclo de opresión que, bajo el disfraz de "elección", continúa afectando la integridad y autonomía de las mujeres.

Transparencia y rendición de cuentas:
Mecanismos para fortalecer la transparencia en la
administración pública y combatir la corrupción.

Carlos Sebastián Casós Sarzo

El trabajo presentado es acerca de la transparencia y rendición de cuentas en la administración pública, a través de mecanismos que faciliten la transparencia de los actos realizados por los funcionarios y asimismo, combatir la corrupción que se encuentra arraigada a nuestro país desde sus orígenes.

Para presentar los mecanismos de fortalecimiento de transparencia y las alternativas de solución para combatir la corrupción, primero hay que explicar varias cosas. Primero, qué es la corrupción para efectos de este artículo. Segundo, ciertos factores que son justificantes populares de la corrupción y desmentirlos a través de ejemplos a nivel de micro corrupción y macro corrupción, debido a la falta de carácter objetivo de los mismos.

Posteriormente, tras desmentir las creencias sociales acerca de la corrupción, este trabajo tiene como finalidad exponer emblemáticos casos de corrupción, ejemplificando cuáles son los motivos y orígenes de este problema al interior del Perú. Adicionalmente, también presenta alternativas de solución efectivas para poder tener una mayor regulación en la prevención e intervención de tanto los administrados como el propio estado en supuesto de corrupción y mayor transparencia en la administración pública.

Para finalizar, cuál es la repercusión en las distintas esferas sociales y sobre todo, cuáles son las medidas que se deben implementar para poder tener un efecto verdadero en la administración pública, no solo con la imposición de medidas disciplinarias en el ámbito penal, sino también en políticas que incentiven a los propios administrados a participar en estos procesos de transparencia, asimismo, también a que los agentes de la administración pública se vean motivados debidamente por el ordenamiento para no incurrir en actos de corrupción.

¿En el Perú existe corrupción?, es una buena pregunta inicial para este artículo, la respuesta resulta evidente para la población nacional, siendo el sí la respuesta mayoritaria según la encuesta de Proética, resaltando que es el segundo problema más grave del país, siendo que las personas provenientes de las macroregiones del sur y oriente consideran a la corrupción como el problema más importante, siendo así el primer lugar en esas localidades. El 57% de los peruanos entrevistados en 2022 respondieron la encuesta en la cuál declararon que era el segundo mayor problema del país, además, que 4 de cada 5 entrevistados respondió que la corrupción ha aumentado en los últimos 5 años, siendo un aumento en el porcentaje de esta perspectiva respecto a encuestas anteriores, son números que evidencian el descontento popular, pero para realizar un verdadero análisis de esta problemática primero se debe definir la conducta negativa de este caso: La corrupción.

¿Qué es la corrupción? Respecto a esto, hay diferentes perspectivas, primero se encuentra la perspectiva del reconocido economista Vito Tanzi, el cuál señala que: "La corrupción es el incumplimiento intencionado del principio de imparcialidad con el propósito de derivar de tal tipo de comportamiento un beneficio personal o para personas relacionadas" (Tanzi, 1995). Esta definición no implica únicamente a funcionarios públicos, sino a todos los administrados en general, siendo así una definición demasiado amplia, debido a que cuenta con dos requisitos obligatorios para ser considerada corrupción, el primer requisito es la intencionalidad del sujeto activo de cometer este acto y, como segundo requisito es el beneficio que debe recibir el sujeto activo o alguien relacionado a él con su accionar, siendo así, bajo esta definición no se podría abarcar delitos como la colusión en el sentido de la concertación, proveniente del artículo 384 del Código Penal, esto debido a que no implica obligatoriamente un beneficio para el funcionario público, sino el mero hecho de que el resultado perjudicial aparezca como resultado pretendido.

Por eso, es más adecuado para efectos de este artículo usar la siguiente definición establecida por el Banco Mundial: "el abuso del funcionario público para beneficio privado" (Banco Mundial, 2020). Esta definición es más adecuada debido a la falta de especificaciones acerca de la persona beneficiada, ya que se puede considerar que la persona beneficiada puede ser su propio funcionario público en su aspecto privado, que puede ser la persona que colabora con el funcionario público o que

simplemente puede ser un tercero, pero que todos estos supuestos engloba en sí a la corrupción.

Partiendo de la estadística revisada y el concepto definido, en la actualidad, Perú es uno de los países con la mayor cantidad de presidentes implicados en casos de corrupción, siendo todos y cada uno de ellos escándalos internacionales que manchan la historia de la política nacional con acontecimientos que ponen en tela de juicio la estabilidad política del país. Desde el afamado caso del polémico expresidente Alberto Fujimori, condenado por delitos de corrupción y crímenes de lesa humanidad, hasta el reciente caso del expresidente Pedro Castillo Terrones, electo para el periodo 2021 a 2026, pero que no llegó a cumplir este periodo, debido a los escándalos de corrupción que aún se encuentran en un proceso judicial hasta la actualidad y el fallido golpe de estado que realizó.

Todo esto es solo el reflejo de la situación actual que se vive al interior del país, siendo evidente que el Perú es un país con una corrupción arraigada desde los más altos funcionarios públicos, hasta los funcionarios con una competencia menor.

Ejemplo de esta situación es el caso producido en la ciudad de Huacho, la polémica obra de una ciclovía establecida en el Malecón Roca, siendo uno de los lugares más transitados de la ciudad, con un importante trasfondo histórico por la concurrencia de la población huachana desde épocas del siglo XX. Esta obra fue y sigue siendo cuestionada por un factor crucial al momento de valorar el éxito o fracaso de este tipo de producciones, el costo de la obra en total y la forma en como fue ejecutada, presentando

balances los cuáles mostraban unos excesos del 200% de valor del costo de mercado en materiales como pintura, conos, señalizaciones, entre otros. Todo este escándalo llevó a la detención de 7 personas entre funcionarios públicos y proveedores de servicios y materiales. Por lo consiguiente, resulta evidente que la corrupción no tiene que ver con un tema de estatus socio-económico, sino que es una conducta presente en la gran mayoría de entidades a nivel nacional, que tiene repercusión y efectos negativos de manera directa en contra de los administrados.

Ahora que ya se tiene una conclusión inicial, la corrupción es un problema que se encuentra normalizado y practicado a nivel nacional, siendo así, no es que únicamente implique a los funcionarios públicos y sus actos, sino también a los administrados y su labor de participación, siendo así agentes que colaboran de manera ardua y continúa para que estos actos de corrupción disminuyan de manera considerable. Sin embargo, esta participación es escasa actualmente, debido al poco interés y participación política que tienen las personas en estos momentos donde se producen actos administrativos que tienen una relevancia real para el interés general de la población. Pero todo esto no es exclusivo de esta época, de hecho, desde el nacimiento de la República del Perú, se presentaron distintos acontecimientos que influyeron negativamente en la administración pública del país, reflejándose de manera negativa en la percepción que tienen los propios peruanos sobre las situaciones que acontecen en territorio nacional, calificando al Perú como un país estancado que no logra progreso alguno a raíz de la corrupción. Sin embargo, la

mayoría de la sociedad peruana no toma conciencia, no se informa y no toma participación política ante estos sucesos.

En este contexto, varias personas han manifestado su opinión acerca de la corrupción, siendo uno de ellos el afamado escritor y premio nobel, Mario Vargas Llosa, . El hispano-peruano y también excandidato a la presidencia del Perú, le dedicó un libro completo a toda esta problemática que afecta el país hasta la actualidad, este libro se llama Conversación en la catedral, esta obra trata de Zavalita, un joven proveniente de una familia acaudalada, pero que posteriormente opta por estudiar en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM), que se vuelve escritor en el transcurrir de los años y realiza una pregunta con relevancia política para el país: ¿En qué momento se había jodido el Perú?, siendo ésta pregunta formulada en conversación con una persona en un bar llamado "La Catedral". Esta frase se realiza en medio de una conversación acerca de problemáticas públicas del país, siendo así, que cada vez caen más en cuenta de los diferentes problemas de corrupción que existen en Perú y el origen estructural de estos problemas. Esta situación reflejada en la obra de Vargas Llosa, no es más que el mero reflejo de situaciones del día a día del país, donde ciudadanos de a pie caen en cuenta que el Perú es un país lleno de problemas de corrupción y transparencia en los diferentes ámbitos estatales.

Evidentemente hay un problema estructural al interior del Estado, reflejado en este fragmento de Conversación en la Catedral, pero no es un momento exacto en el cuál inició esta situación en el país, sino que es una continuidad reflejada en el comportamiento moral

de las personas, siendo el ejemplo más evidente la corrupción que existe en todas las entidades estatales o que brindan servicios públicos del país.

Esta problemática estructural debe ser regulada por el Código Penal, pero también el Derecho Administrativo, porque a nivel estructural, no existen medidas que establezcan una transparencia efectiva en la administración pública, que tiene como consecuencia una mayor facilidad para poder cometer actos de corrupción.

En base al problema analizado, se pueden dar perspectivas apresuradas, cómo que el problema en sí se resolvería si se metieran a todos los corruptos a la cárcel y se aumentarían las penas por delitos contra la administración pública, pero esas son solo las medidas restrictivas que se pueden ejercer en contra de las personas que son culpables de esta clase de delitos. Todo esto nos lleva a una pregunta, ¿Cuáles son las alternativas que disminuirían los niveles de corrupción y ayudarían a la transparencia de la función pública?

Lamentablemente, la corrupción se encuentra presente de manera latente en los organismos más emblemáticos de la nación, cómo lo es por ejemplo la presidencia de la república, con casos emblemáticos como el caso Odebrecht, o el caso del Vacunagate, donde se encontraban implicados los ex-presidentes Alejandro Toledo y Martín Vizcarra respectivamente. La población nacional adolece de buenos gobernantes y por lo tanto de buenos representantes que logren dar un ejemplo adecuado a la nación, cumpliendo con las conductas sociales establecidas de manera adecuada.

Todo esto ejemplifica una situación nacional, que no solo implica funcionarios de instituciones emblemáticas o funcionarios de municipalidades pequeñas, sino que se ve reflejada en todo el territorio nacional, siendo que afecta a toda la administración pública. La corrupción presenta desde 2022 hasta la actualidad más de 40 095 casos, donde se implican delitos como peculado, colusión, cohecho, enriquecimiento ilícito, tráfico de influencias, negociación incompatible, malversación de fondos, abuso de autoridad, concusión, patrocinio ilegal, cobro indebido, nombramiento o aceptación ilegal del cargo. Siendo otro ejemplo de esto los múltiples casos de nepotismo o trabajadores que no cuentan con los requisitos necesarios para el cargo que posteriormente son retirados por SUNAFIL.

Sin embargo, esta clase de posturas lo que no concibe es la producción de incentivos y regulaciones en favor del propio cumplimiento de la transparencia de la administración pública. Esta clase de medidas o alternativas no sólo se deben ver cómo los medios de sanción, sino que cosas de manera positiva pueden influir en los servidores públicos para no cometer estos delitos.

Algunas alternativas que se pueden proponer es que los administrados tengan una mayor incidencia en el esclarecimiento de la rendición de cuentas, siendo así que el modelo con mayor efectividad puede ser el modelo establecido en las juntas de las asociaciones, que se emite un voto aprobando las cuentas presentadas por la junta directiva, haciendo un símil de esto, se puede referir que es necesario que las personas participen en su totalidad, pero esto es una posibilidad irreal debido a la cuantía,

una alternativa de solución es la sectorización de la ciudad, haciendo que cada sector escoja un representante, que apruebe o no los balances establecidos por los agentes municipales, para evitar casos como el referido caso huachano.

Una medida que puede incentivar a que los ciudadanos tengan más participación sería que a través de la participación política se otorguen bonos para la deducción de impuestos de los representantes y de las personas que participen activamente a modo de reconocimiento de la labor que están realizando en beneficio del interés público.

Adicionalmente, también se puede dimensionar todo esto a través del derecho legítimo que tenemos a la participación política, siendo así que esta medida no iría en contra de la constitución, sino que debería contar únicamente con una nueva regulación para beneficiar el esclarecimiento de estas medidas a través del tiempo.

A forma de conclusión, se puede decir que es necesario que se establecen nuevos parámetros de revisión ciudadana de esta clase de acontecimientos, cómo se ejemplifica en el texto redactado, pero que a sí mismo se establezca a su vez una nueva regulación que amplíe las facultades políticas de los ciudadanos y a su vez los invite a participar más activamente de los sucesos que implican dinero de los impuestos y distintos ámbitos que son de interés de toda la población nacional.

Bibliografía:

Boris Begovic. (2005). Corrupción: Conceptos, tipos, causas y consecuencias. Recuperado de https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/101055750/documento_26-libre.pdf

Defensoría del Pueblo. (2024). Defensoría del Pueblo advierte incremento de 9 % de casos de corrupción en primer semestre de 2024. Recuperado de <https://www.defensoria.gob.pe>

El Comercio. (2021). La realidad de las ciclovías en Huacho. Recuperado de <https://elcomercio.pe/corresponsales-escolares/historias/la-realidad-de-las-ciclovias-en-huacho-huacho-noticia/>.

El Peruano. (2024). Poder Judicial ratifica 36 meses de prisión preventiva contra Pedro Castillo. Diario Oficial El Peruano. <https://elperuano.pe/noticia/208996-poder-judicial-ratifica-36-meses-de-prision-preventiva-contr-pedro-castillo>

Llontop, S. M. (2021). [Alternativas que efectivizan el control Interno y reducción de la corrupción en las Adquisiciones del Estado en la Municipalidad Provincial de Chiclayo]. Universidad César Vallejo. Recuperado de https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/68301/Llontop_SM-SD.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Proética. (2018). Perú: Entre los países más corruptos del mundo según Transparencia Internacional. Recuperado el 15 de noviembre de 2024, de

<https://www.proetica.org.pe/noticias/peru-los-paises-mas-corruptos-del-mundo-segun-transparencia-internacional/>

Proética. (2022). Encuesta Nacional sobre Percepciones de la Corrupción en el Perú. Recuperado de <https://www.proetica.org.pe/contenido/encuesta-nacional-sobre-percepciones-de-la-corrupcion-en-el-peru/>

Proética. (2022). Grave deterioro de las expectativas de la ciudadanía frente a la corrupción, según Encuesta Proética 2022. Proética. <https://www.proetica.org.pe/noticias/grave-deterioro-de-las-expectativas-de-la-ciudadania-frente-a-la-corrupcion-segun-encuesta-proetica-2022/>

Tanzi, V. (1995). Corruption: Arm's-length relationships and markets. En G. Fiorentini & S. M. Pelzman (Eds.), *The Economics of Organised Crime*. Cambridge University Press.

Transparency International. (2018). La corrupción <https://www.transparency.org>.

Vargas Llosa, M. (1969). *Conversación en La Catedral*. Seix Barral.

Eficiencia administrativa: Propuestas para reducir la burocracia en los procesos administrativos

Samir Farid Chumán Samaniego

"Los Estados son grandes máquinas que se mueven lentamente."

Sir Francis Bacon (1561-1626) Filósofo y estadista británico.

I. Resumen:

Una de las críticas más recurrentes a la administración peruana es respecto a su eficiencia. Una de las razones que puede fundamentar ese descontento es que en el actuar diario de las entidades administrativas del Perú, el sistema estructural que lo compone muchas veces impide que la administración y los administrados puedan ser parte de procedimientos céleres y puntuales. Es por ello, que la reducción de la burocracia es vital para no solo poseer una buena administración pública, sino también un Estado más eficiente. En el presente documento se aborda puntos clave como la digitalización de los procedimientos, simplificación de trámites y capacitación del personal en gestión eficiente. De manera, que una implementación efectiva de esas condiciones pueda ayudar a la administración a servir el interés público, lo cual es la razón de su existencia.

II. Introducción

Definición e importancia del problema:

La burocracia per se no es un problema, pues de esta forma se puede mejorar la atención a los administrados, optimizar los recursos del Estado, fomentar la transparencia y la rendición de cuentas al tener procesos claros en estructura y en general el Estado peruano gana eficiencia, ahí recae su importancia. Sin embargo, si la burocracia crece sin planeamiento, lejos de ser una herramienta que colabora en la eficiencia, se convierte en un obstáculo para los administrados y para la administración que buscan agilizar los procedimientos. Por ello, el abordar cuáles pueden ser factores que pueden llegar a contribuir en la reducción de la burocracia y favorecer la eficiencia administrativa tiene mucha relevancia en nuestro país, además de ayudar a reducir las altas tasas de descontento con respecto a entidades públicas (Revisar Anexo 1: Encuesta Nacional de Satisfacción Ciudadana.).

Objetivo y metodología del trabajo:

El presente ensayo busca definir el problema de la burocratización y consecuente ineficiencia en la administración, al formular y analizar diversas propuestas para la reducción de la burocracia en la administración con el análisis del alumno, mediante la revisión teórica de fuentes como doctrina y jurídico bajo el criterio aprendido en las clases de Derecho Administrativo 1.

III. Desarrollo:

3.1 Análisis de la materia con propuestas para reducir la burocracia:

La eficiencia en la administración

Se refiere a la capacidad del Estado por medio de sus entes administrativos en ser capaz de que pueda hacer cumplir lo que determina la norma, de manera que se destinen solo los esfuerzos y recursos necesarios para satisfacer de manera adecuada el interés público. Es decir, la eficiencia administrativa se basa, en términos generales, en el uso óptimo de los recursos estatales, como lo son tiempo, dinero, esfuerzo humano y logística. Esto puede manifestarse en la reducción de la complejidad y la eliminación procedimientos innecesarios. Otra característica relevante es que el logro de objetivos se hace más plausible cuando la eficiencia de los procedimientos permite que no se sobrepasen los límites de recursos asignados y los plazos establecidos. A su vez que ello, permite que la administración puede ser susceptible de la mejora continua en sus procesos, pues al poseer un procedimiento sencillo, la posibilidad de mejora es más alta que cuando una administración está desorganizada.

Análisis teórico y doctrinal de la burocracia:

La burocracia es fundamental dentro de la administración pública y por ello fundamental para la vida de todos los administrados. Desde la sociología se señala que una característica intrínseca de la burocracia es la búsqueda de eficiencia. En esa línea, el

sociólogo alemán Max Weber, define la eficiencia en la administración como un sistema ideal que posee reglas, jerarquía, es especializado y descentralizado. De forma, que la imparcialidad y la justicia se garanticen para los administrados (Weber, 1992). Con lo cual, me encuentro plenamente de acuerdo y es importante resaltar como desde un campo distinto al Derecho puede ayudar en la comprensión de este fenómeno.

Así también, la burocracia enfrenta desafíos, Crozier sostiene que la burocracia puede limitar el actuar del Estado al ser pautado y estructurado, puede tener rigidez para adaptarse con facilidad al contexto social que lo necesita. Incluso, el enfoque de la administración puede terminar mal enfocado a causa de una burocracia ineficiente, es decir, que la administración se centre en el proceso y no en satisfacer el interés público. En ello concuerdo, puesto que, en la cotidianidad del actuar de la administración, sus trabajadores y la institución pueden verse envueltas en cumplir las formalidades de los procedimientos a los que ya están acostumbrados, independientemente de si ese actuar es el más eficiente dentro de lo que la ley les permite. En esa línea argumentativa, Merton señala el peligro que la burocracia caiga dentro de la incompetencia en sus funciones (1968), ello es evidente si es que, como he indicado, la administración no se centra en verdaderamente satisfacer el interés público.

Aspectos jurídicos y normativos:

En el Perú existen diversas leyes y regulaciones que buscan eliminar barreras burocráticas y simplificar procesos administrativos, de modo que se pueda evitar que la burocracia

obstaculice el desarrollo económico y la eficiencia en los servicios públicos. Un ejemplo de ello es la ley N.º 28996 - Ley de Eliminación de Sobrecostos, Trabas y Restricciones a la Inversión Privada. Esta norma define a las barreras burocráticas “como actos y disposiciones de la administración pública que solicitan exigencias, requisitos, cobros y prohibiciones que afectan el principio de simplificación administrativa expresado en la Ley N.º 27444” y como explícitamente menciona esta ley limitan la competitividad empresarial en el mercado. Es preciso resaltar que el contexto de esta norma se da en un contexto de promoción de la inversión privada, pero aun así esta definición es precisa para abordar otros contextos en los cuales la burocracia se convierte en un problema.

Además, la Ley N.º 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, es una norma pertinente para evaluar cuando se trata de mejorar la eficiencia de la administración. Los principios que se mencionan en la mencionada ley rigen la actuación de las entidades administrativas y tienen una posición fundamental cuando se trata de evaluar la legalidad de un procedimiento administrativo. Otra norma importante, desde mi perspectiva, que muestra la importancia de eficiencia en la administración es la Ley N.º 29022 - Ley para la Expansión de Infraestructura en Telecomunicaciones, pues esta ley también expresa la necesidad de que todo requisito solicitado por la administración debe ser en concordancia a la normativa vigente.

Igualmente, considero relevante el Decreto Legislativo N.º 1256, pues este decreto establece el marco jurídico para reducir la

burocracia en lo que se refiere a INDECOPI, pues como se expresa se busca identificar y eliminar obstáculos existentes y potenciales que afecten la libre iniciativa privada. Este es un ejemplo de cómo es posible que la mejora de la eficiencia de la administración puede crear un entorno más favorable para la inversión en el Perú. Esto debido a que se establece un panorama claro del actuar de la administración y reduce los trámites administrativos, lo que favorece la confianza y facilita el acceso al mercado para empresarios e inversores.

Por otro lado, la resolución de Secretaría de Gestión Pública N.º 009-2021-PCM/SGP también es importante, pues esta indica que se establecen criterios orientadores para que la gestión pública tenga un carácter innovador. Se insta a los servidores civiles de la administración pública intervengan activamente, aspecto el cual será analizando más adelante como una propuesta a considerar.

IV. Propuestas para reducir la burocracia en favor de la eficiencia administrativa:

Propuesta 1: Digitalización de procesos

La digitalización de procesos en el ámbito jurídico y administrativo ya es una realidad, sin embargo, su alcance aún no llega a aprovechar todos los beneficios que tiene para aportar. La fundamentación de esta propuesta se puede hallar presente en que cada vez son los administrados que usan internet (Revisar anexo 2: Infografía la Encuesta Nacional de Satisfacción Ciudadana), pues además se denota una considerable insatisfacción por cómo es la atención en la actualidad como los

medios tradicionales usados. Por lo que, con la digitalización se puede optimizar los tiempos de gestión, y transparencia al automatizar las tareas, centralizar información y reducir el sesgo y error humano. Entre los principales beneficios considero que son:

Reducción de tiempos de espera: Ello debido a que el presentar documento virtualmente se evita el tiempo del procedimiento de registro presencial. Además, las herramientas digitales permiten que se pueda verificar información de manera automática (Acceso a la justicia en la era digital, 2023).

Acceso transparente a la información: Al implementar sistemas digitales en la administración, los administrados pueden consultar el estado de sus trámites de manera inmediata desde cualquier lugar y al momento que deseen con la certeza de que la información es inalterable, lo cual favorece a la seguridad jurídica.

Mejor comunicación entre entes administrativos: La digitalización permite que distintas instancias e instituciones administrativas puedan tener un panorama más completo respecto a un procedimiento administrativo y quien lo solicita.

Ejemplo de esta propuesta, es el sistema LexNET, que se usa en España en su sistema judicial (LexNET en España: Mejoras en la presentación de documentos judiciales, 2023). Ese sistema si bien ha tenido críticas es un elemento importante, desde mi concepción, a una automatización del Derecho del cual no queda exento el Derecho Administrativo. La implementación de un sistema sustancialmente parecido podría ser incorporado en la administración peruana para mejorar ampliamente su eficiencia.

Otro ejemplo es el uso de sistemas de inteligencia artificial para el análisis de datos. Por ejemplo, en Estados Unidos se ha implementado el uso de algoritmos de inteligencia artificial con el objetivo de ayudar a los jueces a analizar precedentes legales y de esta manera facilitar la toma de decisiones (Inteligencia artificial en la toma de decisiones judiciales, 2023). Este fenómeno puede ser aplicado inicialmente en el Perú en la toma de decisiones o procedimientos administrativos en que no es necesaria la intervención de un especialista que bajo su discrecionalidad y conocimiento del Derecho tenga que evaluar el proceso. De forma, que la implementación de un sistema de análisis de datos basado en inteligencia artificial, merecería una oportunidad en el Perú para aliviar la carga burocrática.

Esta digitalización podría tener un impacto positivo, por ejemplo, al solicitar el DNI de la siguiente manera: En el proceso actual, el administrado tiene que iniciar el procedimiento en una oficina de la RENIEC, donde se le verificará si cumple los requisitos, se registran datos personales y la captura biométrica, posteriormente en un plazo de 7 a 15 días hábiles se puede recoger el DNI (RENIEC 2023). Mientras que, la propuesta para solicitar el DNI con el uso de medios digitales sería cuando el administrado empieza el procedimiento en la plataforma digital de la RENIEC, se verifica los requisitos escaneados automáticamente y se procede al registro de datos personales. En referencia a la captura de datos biométricos, se podría realizar en un módulo automático ubicado en un lugar céntrico de la ciudad. Posteriormente, se daría una notificación digital al solicitante de cuando puede recoger su DNI

en una oficina de la RENIEC o la posibilidad de entrega a domicilio. Este ejemplo muestra que el potencial de la implementación de recursos digitales en favor de eficiencia administrativa.

Propuesta 2: Simplificación de trámites

La simplificación de trámites y la reducción de redundancias son clave para agilizar la administración pública. Estas acciones se enfocan en la necesidad de identificar y eliminar pasos innecesarios en los procesos. Considero que entre las principales estrategias de simplificación de trámites se encuentra:

Análisis de procesos y detección de ineficiencias: Ello implica un análisis detallado de los procedimientos administrativos para detectar duplicidades en los requisitos y actividades que no son esenciales. Para ello se pueden usar los mapas de procesos (Muñoz y Hernández, 2022), los cuales permiten establecer estrategias de detección de acciones improductivas en un procedimiento.

Unificación de requisitos y documentación: Debido a que dentro de la administración pública la posibilidad de que se solicite dos veces la misma información o documento es alta (Rodríguez y Pérez 2021), la creación de una base de datos que integre los datos del administrado y las haga accesibles para diferentes entes e instancias administrativas mejoraría en demasía la eficiencia de la administración.

Monitoreo y mejora continua: Siempre será necesario el monitoreo aun cuando una institución ya es eficiente, y más aún cuando se trata de la administración pública. Puesto que, el paso del tiempo trae consigo un nuevo contexto y con ello nuevas

necesidades. Por lo que este factor es suficiente para justificar un plan que garantice el monitoreo y evaluación permanentemente de los procedimientos administrativos para mantener actualizada a la administración pública en los recursos que pueda usar. Así también son relevantes los indicadores de rendimiento (KPI, por sus siglas en inglés) que pueden ser utilizados para medir tiempo, costo y calidad de los trámites (González, 2023), lo cual provee un criterio objetivo para el monitoreo.

En mi opinión, estas estrategias de la simplificación de trámites y reducción de redundancias benefician a los administrados de modo que se logra mayor rapidez en la atención, se disminuyen los costos operativos, mejora la transparencia a su vez que el personal de administración pública mejora su productividad.

Propuesta 3: Capacitación del personal en gestión eficiente:

Este aspecto tiene importancia debido a que es uno de los factores de los cuales depende la eficiencia del sistema administrativo. El invertir en la formación continua de los empleados es fundamental para que estos sean capaces de aplicar la norma con plena confianza en su formación en el Derecho e instrucción laboral de manera que se evite que los trabajadores usen “el camino seguro” e ineficiente antes que aplicar un procedimiento más simple, pero con el cual no están familiarizados.

Antes de mencionar los principales aspectos en los cuales podrían ser objeto de capacitación del personal, es necesario recalcar que se debe garantizar, como política de Estado, la carrera como trabajador público, de modo que exista incentivo para que buenos

profesionales deseen ser parte y permanecer en el aparato administrativo estatal.

Formación en herramientas digitales: Como se ha mencionado anteriormente, la digitalización de la administración es muy importante, pero ello no representaría un avance si el personal que va a usar estas herramientas digitales no está capacitado en obtener el máximo provecho.

Capacitación en gestión de procedimientos eficientes: Es valioso que los trabajadores entiendan el uso de herramientas como la optimización de flujos de trabajo, y análisis de cuellos de botella. Pues, los trabajadores son las personas muy idóneas para identificar la ineficiencia del aparato administrativo. Incluso, considero importante el uso de metodologías como Lean y Six Sigma (López, 2020). El método Lean se enfoca en la eliminación de procesos innecesarios, mientras que el Six Sigma se centra en reducir la variabilidad en los procesos.

Fomento del desarrollo de habilidades blandas: Es significativo que la capacitación de los trabajadores aborde las habilidades blandas como el trabajo en equipo, liderazgo, habilidades comunicativas, pues estas habilidades contribuyen en el quehacer diario de la administración (López, 2020).

La implementación de estas estrategias de capacitación tiene como beneficios la mejora de la productividad, la adaptación a cambios tecnológicos y mayor satisfacción del trabajador de la administración y de los administrados.

Conclusiones:

Síntesis del análisis:

En el presente ensayo se ha definido cuán dañino puede resultar la burocracia cuando esta no está ordenada en favor de la simplicidad de los procesos administrativos. Y como la burocracia se relaciona con la eficiencia de la administración pública. La cual idealmente tendría que buscar su mejora para poder servir al interés público de la manera más idónea y en la brevedad de lo posible. Es por ello, que la importancia de atender este problema es vital para un Estado que atiende a sus ciudadanos. Planteada esa problemática y delimitada su importancia, se consideró pertinente poder realizar el análisis teórico y doctrinal de qué se entiende por la eficiencia administrativa, con un aporte desde la percepción de la sociología. Así también establecer el estrecho nexo por el cual la burocracia impacta directamente en la eficiencia.

Además, se revisó jurisprudencia de resoluciones que detallaban acciones en favor de la eliminación de las barreras burocráticas, y la exhortación a la eficiencia en la administración. Ejemplo de ello fue la resolución de Secretaría de Gestión Pública N.º 009-2021-PCM/SGP donde se indicó que se establecen criterios orientadores para que la gestión pública tenga un carácter innovador para la eficiencia y se instó a los servidores civiles de la administración pública intervengan activamente. Asu vez, se analizó normativa, como la ley N.º 28996 - Ley de Eliminación de Sobrecostos, Trabas y Restricciones a la Inversión Privada, la cual ayuda a precisar el concepto de barreras burocráticas como actos de la administración

pública que al presentar exigencias innecesarias perjudican el satisfacer el interés público.

Es vista del análisis planteado, resultó idóneo plantear propuestas que podrían ser plausibles en el contexto peruano, desde mi percepción. Primero, se analizó la digitalización de procesos en la cual debido a su naturaleza virtual posee la capacidad de reducir los tiempos de espera en los trámites administrativos, como por ejemplo para obtener el DNI, a la vez que brindan acceso transparente a la información, pues estos sistemas digitales cuentan con registros de las modificaciones que se realicen. Como segunda propuesta se planteó la simplificación de trámites mediante el análisis de procesos y detección de ineficiencias, la unificación de requisitos/documentación, y el monitoreo para la mejora continua. Estas medidas planteadas con una intención de que sea la propia administración la que pueda detectar, resolver y prevenir problemas en cuanto a su eficiencia. Y finalmente, se propuso la capacitación del personal en gestión eficiente en áreas como el uso de herramientas digitales, gestión de procedimientos y el desarrollo de habilidades blandas, pues estos campos generan que el trabajador de un ente administrativo esté en condiciones de ser más proactivo, lo que genera una mejoría en la productividad y ulteriormente en la eficiencia del ente.

Viabilidad de las propuestas y conclusión final:

Comprendo que la posibilidad de implementar las propuestas planteadas en el país, no es imposible. Sin embargo, reconozco que se tendrá que enfrentar desafíos muy acuciantes, como lo son el presupuesto que se destine para ello y la gestión pública para lograr que efectivamente los recursos que se destinen logren ser usados eficientemente. Parecería, un círculo vicioso que debido a ineficiencia de la gestión pública no se pueda implementar cambios para mejorar la eficiencia administrativa del Estado. Ante ello, los posibles caminos a seguir por nuestro Estado puede ser una implementación fraccionada en pequeñas etapas, ello podría hacer más manejable y realista para buscar lograr la reducción de la burocracia a su mínima expresión y con ello lograr el propósito de hacer de la administración más eficiente.

Personalmente, considero que la burocracia es necesaria, pues bien empleada otorga orden, estandarización e imparcialidad. Sin embargo, es necesario señalar que el Perú, muchas veces, puede ser un problema, por lo que, sinceramente, considero que las medidas planteadas pueden ayudar a resolverlo. Finalmente, se puede reflexionar que los peruanos nos quejamos de que el Estado no funciona, la verdad es que, si funciona, pero a veces demasiado lento y responsabilidad en ello está en la falta de eficiencia en la administración.

Bibliografía:

Acceso a la justicia en la era digital: Una revisión de los beneficios de la digitalización. (2023). Recuperado de <https://example.com/beneficios-digitalizacion>

Congreso de la República del Perú. (2001). Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Recuperado de <http://www.leyes.peru.gob.pe>.

Congreso de la República del Perú. (2007). Ley N.º 29022, Ley para la Expansión de Infraestructura en Telecomunicaciones. Recuperado de <http://www.leyes.peru.gob.pe>.

Crozier, M. (1964). El Fenómeno Burocrático. University of Chicago Press.

Decreto Legislativo N° 1256. (2016). Ley de Eliminación de Barreras Burocráticas. Recuperado de INDECOPI.

Inteligencia artificial en la toma de decisiones judiciales. (2023). Recuperado de <https://example.com/ia-judicial>

González, A. (2023). Digitalización y eficiencia en la administración pública. Editorial Gestión Moderna.

Merton, R. K. (1968). Social Theory and Social Structure. Free Press.

Ministerio de Economía y Finanzas del Perú. (2023). Informe Nacional: Encuesta Nacional de Satisfacción Ciudadana (ENSC) 2023. Gobierno del Perú. Disponible en <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/6156501/5433378-informe-ensc-2023.pdf>

Ministerio de Economía y Finanzas del Perú. (2023). Infografía de la Encuesta Nacional de Satisfacción Ciudadana (ENSC) 2023. Gobierno del Perú. Disponible en <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/6156502/5433378-infografia-ensc-2023.pdf>

Muñoz, L., & Hernández, P. (2022). Mapeo y simplificación de procesos: Estrategias para organizaciones públicas y privadas. Ediciones Gestión Eficiente.

Ley N° 28996 - Ley de Eliminación de Sobrecostos, Trabas y Restricciones a la Inversión Privada. (2007). Recuperado de Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Perú.

LexNET en España: Mejoras en la presentación de documentos judiciales. (2023). Recuperado de <https://example.com/lexnet>

López, M. (2020). Gestión eficiente: Estrategias y herramientas para la mejora de procesos. Ediciones Gestión Empresarial.

RENIEC. (2023). Manual de procedimientos para la emisión de DNI. Recuperado de www.gob.pe/reniec.

Rodríguez, C., & Pérez, J. (2021). Bases de datos y administración integrada: Claves para eliminar redundancias. Revista de Innovación Administrativa, 12(3), 45-60.

Secretaría de Gestión Pública. (2021). Resolución N.º 009-2021-PCM/SGP. Presidencia del Consejo de Ministros. <https://www.gob.pe/institucion/pcm/normas-legales/1982346-009-2021-pcm-sgp>

Weber, M. (1992). Economía y sociedad. Fondo de Cultura Económica.

Problemáticas del Sistema Burocrático

Kaira Portillo Paulino

RESUMEN:

El siguiente trabajo muestra el escaparate de ciertas problemáticas del sistema burocrático, es así que se plantean problemas desde los administradores a sistemas como el control interno y externo de cada órgano. En vista de ello, se formulan propuestas para la eficacia de los excesivos tramites burocráticos, tal cual el uso de la virtualidad, la inserción de la responsabilidad social y la ampliación del Sistema Nacional de Control en pro de reducir actuaciones administrativas en contra del interés publico y la normativa vigente.

INTRODUCCIÓN

Marx Weber planteo que la burocracia es un modelo de organización racional, siendo así está la más eficiente. En este sistema, la jerarquía era relevante pues "los funcionarios superiores controlan a los inferiores y existe la posibilidad de apelar una decisión de una instancia inferior ante una superior." (Martinez, p. 150), también se plantean otras caracterizas como impersonal, predecible, etc. Esta teoría fue un marco trascendental para entender la burocracia como un sistema que eficaz, el cual tiene mecanismos en el que cada funcionario tiene obligaciones respectivas y trabaja con otros o para otros de modo que el sistema engranaba. No obstante, en la actualidad la burocracia

tiene un estigma negativo puesto que se conceptualiza en tramites excesivos e innecesarios, es por ello que este trabajo se plantearan algunas problemáticas y sus posibles soluciones.

En primer lugar, se iniciará explicando el concepto de gobierno electrónico y explicara algunos los procesos administrativos deben virtualizarse de modo que los procesos largos se simplifiquen.

Asimismo, se analizará rol trascendental que tienen los funcionarios públicos y acorde a ello se determinara que es un área que requiere de una exhaustiva profesionalización, además de introducir cuan importante es la responsabilidad social en la administración.

De igual manera, se examinará como el Sistema Nacional de Control permite que la corrupción de las entidades administrativas se reduzca y se planteara que esta institución tenga más relevancia.

DESARROLLO

El crecimiento masivo de las tecnologías hizo que estas sean de uso cotidiano, por ello no sorprende que “cerca del 75% de la población mundial tiene un celular” (El Peruano, 2022) y que “el 66% de la población mundial, utiliza internet” (El Peruano, 2022). Habiendo una gran cantidad de personas con acceso a estas herramientas se debe apostar por un acercamiento del ciudadano y su gobierno a través de la virtualidad, es así que se plantea la idea de un gobierno electrónico que pueda emplear todas las tecnologías de la información para que procesos o procedimientos administrativos burocráticos puedan facilitarse para los

susodichos. Así, la ONU menciona que “el gobierno electrónico ayuda a incrementar la eficacia de los países (...) dando pie a nuevos planes innovadores allanen el camino para un gobierno colaborador, eficaz, incluyente, transparente y responsable, fundamental para un desarrollo sostenible” (s.f). Efectivamente, la digitalización de ciertos trámites administrativos optimiza la forma en la que se administran los procesos a través de la celeridad, un más fácil acceso y simplificación pues “abre la posibilidad de mejorar e incrementar los canales de comunicación con los ciudadanos (...) hacen del gobierno un prestador de servicios accesible que cumpla con las nuevas demandas de la ciudadanía, con bajos costos, mayor transparencia, eficiencia y eficacia” (Armas y Armas, 2011).

De esa manera, como primera propuesta, en relación a la agilización de un procedimiento burocrático, sería ideal plantear la transformación de una diligencia presencial a una virtual personalizada permitiría una mayor participación ciudadana. Si bien las ventanillas virtuales son existentes, estas se encuentran en la etapa de transacción donde “los organismos brindan a los ciudadanos la posibilidad de i iniciar, realizar el seguimiento y finalizar cualquier trámite en línea, sin tener que ir personalmente a la dependencia correspondiente” (Armas y Armas, 2011). Sin embargo, se debe resaltar que la propuesta busca una transformación en relación a una asistencia individualizada, por ejemplo, emplear la inteligencia artificial (IA) para dar soluciones a un proceso administrativo -en el marco de la normativa- a través de recopilación de casos sustancialmente semejantes fácticamente

-se asemejaría a un precedente como en el common law-. Ello que puede ser evaluado por un operador administrativo y permitiría simplificar ciertos procedimientos para ambas partes estandarizando e impersonando los susodichos, asimismo, "esto permite al ciudadano "sentirse parte" de la toma de decisiones y tener la oportunidad y los medios para consultar la mayor cantidad posible de fuentes de información acerca del trabajo cotidiano del gobierno" (Salazar, 2006).

En relación al artículo 84 del Texto Único Ordenado de la ley 27444 se "impone a los funcionarios como regla de actuación la obligación de fijar el sentido y en consecuencia aplicar las normas que componen el marco legal de su actividad en función de los fines o intereses públicos" (Danos, 2018). Es decir, los administradores cumplen un rol elementalísimo en la sociedad pues son ellos quienes gestionar los servicios públicos a nombre del interés general y a partir del trabajo de ellos es que se determina la satisfacción de la administración en la población. Ahí yace la relevancia de tener profesionales capacitados para que puedan desempeñar sus labores de manera eficiente puesto que la "administración pública profesionalizada no solo reduce la incertidumbre en las transacciones económicas, políticas y sociales, también tienen como propósito potenciar los esfuerzos y capacidades de la sociedad civil y política para conducirla a estadios de progreso colectivo y bienestar social" (Acevedo, Barrutia, Urquizzo y Venero, 2021). Si hay eficiencia en los operadores administrativos entonces habrá un servicio de calidad en el que se ahorre tiempo puesto que un profesional capacitado

tanto en habilidades blandas como en su formación académica proveerá una gestión idónea que genere soluciones rápidas y se evite barreras burocráticas, por ende, “si se desarrolla una efectiva gestión administrativa, por consiguiente, se debe lograr un excelente proceso presupuestal” (Luciano, Sotomayor, Barrial y Loayza 2021). Se debe resaltar que este planteamiento debe realizarse en concordancia con principios como el debido proceso y confidencialidad. como menciona el Decreto Legislativo N° 1412 que se “permita preservar la confidencialidad, integridad, disponibilidad de la información en el entorno digital administrado”.

De la misma manera, la administración de recursos presupuestales tecnológicos puede ir acompañados recursos físicos, los administradores. Desde ese panorama, se deben ejecutar capacitaciones a los trabajadores, puesto que estos son quien deben conocer a cabalidad esta nueva forma de sistema administrativo. Es relevante comprender que estos operadores son los que gestionan y satisfacen el interés público, por ello es que es importante invertir para que sus conocimientos sean eficaces a la hora de ejecutarlos para los administrados.

La administración tiene como fin al interés público y en pro de ello se plantea mejoras para su desarrollo, de ese modo, se plantea la Gestión para Resultados en el Desarrollo (GpRD), el cual guía a una “dirección efectiva e integrada de su proceso de creación de valor público (resultados) a fin de optimizarlo, asegurando la máxima eficacia y eficiencia de su desempeño, la consecución de los objetivos de gobierno y la mejora continua de sus instituciones”

(Bid y Clad citado por García y García, 2010). Es decir, determina que un mejor desempeño y resultados tangibles, en relación a procesos administrativos, genera un goce efectivo de los ciudadanos y satisface las demandas sociales. En el Perú ello se materializa a través del Visión al Perú 2050, el cual exige a la administración pública "el seguimiento y la evaluación de políticas y planes estratégicos de desarrollos, con la finalidad de lograr que se ajusten a los objetivos estratégicos de desarrollo nacional previstos en el Plan Estratégico de Desarrollo Nacional" (CEPLAN, s.f). A pesar de estos esfuerzos la desviación burocrática es una barrera que impide continuo mejoramiento, pues "el costo extrapolado de la corrupción y la inconducta funcional durante el 2023 habría significado un valor aproximado de S/ 24 268 millones, lo que significó un nivel de incidencia del 12.7% respecto al presupuesto del sector público ejecutado" (Gob.pe, 2024). Ello demuestra que no hay responsabilidad social ni un compromiso con el cumplimiento del interés público, así, aunque se plantee un minucioso plane estratégico los sistemas administrativos no desarrollaran los resultados. De ese modo, se debe enfocar en el papel de los administradores puesto que son ellos quienes dirigen los procedimientos burocráticos. A partir de ello, se deben buscar una manera de implantar la responsabilidad social puesto que "existe relación entre el compromiso organizacional y las practicas anticorrupción y coima, liderazgo e influencia social." (Lopez, 2021, p. 644).

El compromiso organizacional se encuentra en la motivación de los empleados para desarrollar sus labores adecuadamente, un factor

para ello es que "los empleados estarán más satisfechos cuando pueden satisfacer sus propias necesidades, porque las condiciones del trabajo son adecuadas para ello." (Omar y Florencia citados por López, 2021, p. 661). Es así que, la motivación tiene que ver con estímulos extrínsecos relacionados a las condiciones laborales, por ello, en aras a la gestión de resultados el estado debe plantear incentivos para fomentar este compromiso en cuanto se logren metas, por ejemplo, "exoneraciones fiscales y bonificaciones para aquellas organizaciones que obtienen resultados satisfactorios" (López, 2021, p. 661), flexibilidad laboral, reconocimiento sobre el impacto positivo de labor, retroalimentación contractiva sobre su labor, etc. Estos incentivos "resaltan los mensajes desde el punto de vista perceptual y cognitivo, generando un efecto mayor sobre el comportamiento y el desempeño." (Iacoviello y Pulido, p. 2). De esa manera, estos operadores administrativos no incurrirán en procedimientos que retrasen un proceso administrativo, así, con relación a la responsabilidad social "los responsables de la entidad municipal llevar a cabo una revisión exhaustiva de los procesos burocráticos existentes con el fin de simplificar aquellos que puedan ser simplificados sin comprometer la eficiencia ni la calidad del servicio."

En relación a lo mencionado, la meritocracia es relevante para que se desenvuelva una labor responsable de los administrados, según un estudio de Cortez si el nivel de meritocracia es alto el rendimiento laboral será eficiente en vista a que su crecimiento profesional se deberá a su propia dedicación y tendrán oportunidades de reconocimiento y ascenso, lo que motiva a

desempeñarse eficientemente y colaborar al éxito de la organización (2024, p. 52). No obstante, la meritocracia es una suerte de dedocracia en el Perú puesto que algunos funcionarios públicos “ingresan a laborar como retribución al apoyo que le dieron a la organización política en la campaña política. (...) ha existido favoritismo tanto político como de intereses familiares donde algunos malos servidores públicos colocaban en puestos claves a parientes” (Lopez, 2021, p. 665). Como primera consecuencia muchos funcionarios públicos no cumplen con el requisito de profesionalización -ya explicada-, y como segunda hay un desanimo de los funcionarios públicos al saber que su esfuerzo es improductivo puesto que sus adyacentes no tuvieron que hacer el mismo esfuerzo que ellos para que sus estudios rindan frutos.

Con respecto al Sistema Nacional de Control (SNC), su deficiencia también incide en el índice de corrupción -cuestión que afecta a la eficiencia administrativa-, pues este el órgano que debe supervisar -mediante esa actividad se disuade- que las actividades de las entidades públicas se alineen a la normativa vigente. Es importante mencionar que el SNC “está integrado por la Contraloría General de la República (CGR), las sociedades de auditoría designadas por la CGR para efectuar auditorías financieras anuales y los órganos de control institucional (OCI).” (Universidad de Lima, 2015). Ligado a ello, la especialidad de los auditores OCI genera un problema para evaluar holísticamente los resultados de trabajo, ello debido a que los auditores, en su mayoría, son contadores lo cual “está bien para un tribunal de cuentas. Sin embargo, necesitamos más especialistas de la gestión pública en las

auditorías capaces de detectar irregularidades sin basarse únicamente en los detalles contables.” (Mendoza citado por Universidad de Lima, 2015). En efecto, el trabajo que desempeñan los administradores no se basa solo en cuanto presupuesto emplean, sino también en materia de resultados en torno al mejoramiento de la calidad del servicio público, de modo que se garantice un ejercicio de derechos en pro del bienestar social. Si bien es relevante un rendimiento de cuentas, es crucial el tomar medidas que atiendan a las necesidades sociales y también cumplir paulatinamente las metas de Visión 50.

En conformidad con lo dicho, se carece de un SNC organizado y ello entorpece garantizar a los administrados sus derechos, pues se da más apertura a que se incida en actos de corrupción sin tener alguna sanción efectiva, ello afecta la celeridad de los procesos y a la tutela jurisdiccional efectiva pues si se carece de un órgano de control, analógicamente se carece del acceso a la defensa de derecho. Lo mencionado se afirma a sabiendas que “la Contraloría, dentro de sus competencias, es la responsable de brindar los lineamientos para que las entidades implementen sus controles internos. Es decir, el mismo Sistema Nacional de Control es responsable de evaluar su implementación.” (Alban y Poma, 2018), sin embargo, “En el 2017, la Contraloría solo cubría el 27% de las entidades públicas, lo que significaba que más de las dos terceras partes de entidades públicas nunca recibían una visita o auditoría de la Contraloría. Ahora esa tasa de cobertura en el 2023 fue del 67% (Gobierno del Perú, 2024). En vista de ello, una propuesta evidente es apostar por una ampliación a todas las entidades

públicas obligatoriamente puesto que debe existir un sistema de pesos y contrapesos, ello debido a que la administración pública compromete necesidad de la ciudadanía la cual es soberana, asimismo, las autorías deben ser para ámbitos separados, tal cual contabilidad o gestión pública, este criterio de especificidad permitiría que se pueda evaluar y analizar adecuadamente la mejora o estancamiento de los procesos administrativos, de esa manera, un especialista puede aplicar sus conocimiento especiales para brindar recomendaciones o cambios.

En relación al control interno, este es “realizado ex ante, en simultáneo, y ex post, por los funcionarios en los diferentes niveles de gobierno. Los procedimientos y las normas de control interno están a cargo del Órgano de Auditoría Interna” (Vidal, 2021, p. 265), es decir, es importante para fomentar la cultura de gestión de resultados y evaluar la efectividad de operaciones de los funcionarios, sin embargo, la ley 28716 Ley de Control Interno de las Entidades del Estado, menciona en el artículo 9 que este control no tiene carácter vinculante, por tanto, se aligera la carga y se le resta importancia empíricamente, pues en un estudio al Ministerio Público sobre la percepción del control interno según el personal, Alvarado menciona que,

“no cumplen con realizar las implementaciones de los componentes del control los cuales asegurarían de manera razonable el logro de los objetivos trazados por la entidad (...) se ha evidenciado que las recomendaciones vinculadas con las deficiencias o debilidades de control interno de la entidad, se siguen acumulando y no se implementan como consecuencia del

desconocimiento de la Alta Dirección y los Directores de no saber qué hacer con las recomendaciones y la normativa existente para el sector público, lo cual revela que a la fecha existan observaciones por la inacción y desconocimiento por parte de los funcionarios” (2018, p.104)

Por consiguiente, todos los beneficios que pudiera tener el control interno son desaprovechados, es solo mero procedimiento que realiza órgano interno encargado del control solo para cumplir con su deber y no para mejorar en cuanto a resultados. Se revela que no hay una planificación sobre la ejecución de las recomendaciones, entonces se debe instar a modificar este mecanismo como vinculante para toda la entidad, en aras a que se busca que a través de estas recomendaciones se beneficie el interés general. De la misma manera, dar indicadores objetivos de como ejecutar con una recomendación de modo que sea sencillo que los administradores puedan comprender en que se basa la mejoría.

Conclusión

Como termino, si hay propuestas y mecanismos para que el sistema burocrático sea eficiente, sin embargo, estos no se llevan a cabo por la negligencia de los administradores. Ello se puede evidenciar en el control interno de una entidad como el Ministerio Publico, es decir, los mismos administradores carecen de motivación parar mejorar los procedimientos burocráticos, por ello es que se plantea que estos sean incentivados a través de

bonificaciones en cuanto cumplan los resultados requeridos por la planificación interna. Asimismo, se debe resaltar que, en cuanto a la profesionalización, la mejor manera de invertir para la eficacia del sistema burocrático sea un proceso meritocrático donde los profesionales estén preparados académicamente como con habilidades blandas, puesto que al conocer profundamente sobre la administración tendrían mas predisposición para plantear soluciones a los administrados.

Por otro lado, es importante recalcar que el sistema de control peruano esta en proceso de operabilidad para todas las entidades, lo que permite cuestionar que en realidad la planificación no se lleva a cabo a pesar de que se plantea- verbigracia Visión 50-, es importante, entonces, analizar como es que estas propuestas se pueden llevar a cabo a partir de los hechos y no teóricamente, lo cual tiene que ver con un análisis social y de la cultura, puesto que se puede brindar un buen presupuesto pero no se sabe como gestionar adecuadamente los órganos y organismos administrativos. Se debe velar por no ser ajeno a la realidad y hacer encuestas y estudios de percepciones a los mismos funcionarios públicos para entender el problema de origen, de esa manera, se podría plantear una estrategia paulatina que pueda deconstruir un sistema engorroso.

Bibliografía

27 de febrero de 2024. Corrupción e inconducta funcional habrían ocasionado pérdidas por S/ 24 268 millones en el 2023. Gobierno del Perú

<https://www.elperuano.pe/noticia/198068-cerca-del-75-de-la-poblacion-mundial-tiene-un-celular#:~:text=dispar%C3%B3%20la%20conectividad-,Cerca%20del%2075%25%20de%20la%20poblaci%C3%B3n%20mundial%20tiene%20un%20celular,la%20red%2C%20se%C3%B1al%C3%B3%20la%20ONU>.

30 de noviembre de 2022. Cerca del 75% de la población mundial tiene un celular. El Peruano.

<https://www.gob.pe/institucion/contraloria/noticias/912182-corrupcion-e-inconducta-funcional-habrian-ocasionado-perdidas-por-s-24-268-millones-en-el-2023>

Alban, J. y Poma, A. Problemática del sistema de control interno para erradicar la corrupción en el estado peruano.

<https://revista.uct.edu.pe/index.php/YACHAQ/article/view/70/113>

Acevedo, S. , Barrutia, I., Urquizzo, J. , & Venero, R. (2019). La administración pública y sentido de bienestar para el progreso. Religación, 4(17), 116-123.

<https://revista.religacion.com/index.php/religacion/article/view/3>

Albán, J., Poma, A. (2018). Problemática del sistema de control interno para erradicar la corrupción en el estado peruano.

<https://revista.uct.edu.pe/index.php/YACHAQ/article/view/70/113>

Alvarado, L. (2018). Control interno y Gestión Administrativa según el personal del Ministerio Público - Lima, 2018. Tesis para el grado de maestro. Universidad Cesar Vallejo.

<https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/28424/Alvadarolo.pdf>

CEPLAN (2019). Visión del Perú al 2050. Presidencia del Consejo de Ministros.

<https://www.ceplan.gob.pe/visionperu2050/>

Danós, J. (2018). El Derecho Administrativo como instrumento al servicio del ciudadano. Palestra.

https://paideia.pucp.edu.pe/cursos/pluginfile.php/4882872/mod_folder/content/0/Dano%CC%81s%2C%20J.%20%282018%29.%20Los%20fines%20o%20intereses%20pu%CC%81blicos%20o%20generales%20como%20criterios%20de%20interpretacio%C%81n%20de%20las%20normas%20administrativas%20para%20la%20Administracio%C%81n%20Pu%CC%81blica.pdf?forcedownload=1

De Armas, R. (2011). Gobierno electrónico: fases, dimensiones y algunas consideraciones a tener en cuenta para su implementación.

https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/3296_27._gobierno_electronico.pdf

Gonzales, N. (2024). Influencia de la meritocracia en el desempeño laboral de los trabajadores en una municipalidad de la provincia del Santa, 2023 [Tesis para obtener el grado académico de: maestra en gestión pública]. Universidad César Vallejo.

https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/139382/Gonzales_CNM-SD.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Gobierno Peruano (2024). Corrupción e inconducta funcional habrían ocasionado pérdidas por S/ 24 268 millones en el 2023. Gob.pe

<https://www.gob.pe/institucion/contraloria/noticias/912182-corrupcion-e-inconducta-funcional-habrian-ocasionado-perdidas-por-s-24-268-millones-en-el-2023>

García, R., García, M. (2010). La gestión para resultados en el desarrollo banco interamericano de desarrollo. Bid.

<https://publications.iadb.org/es/publicacion/16304/la-gestion-para-resultados-en-el-desarrollo-avances-y-desafios-en-america-latina>

Iacovello, M., Pulido, N. (2008). Gestión y gestores de resultados: cara y contracara. Reforma y Democracia.

https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/64E2E64BD679C86805257FDF00755E64/%24FILE/gestores_resultados.pdf

López, E. (2021). Responsabilidad social y el compromiso organizacional de empleados públicos del Perú. Revista Venezolana de Gerencia.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8890478>

Luciano, R., Sotomayor, J., Barrial, D., Loayza, M. (2021). Gestión administrativa en el proceso presupuestal del sector educación en gobiernos subnacionales del Perú. Ciencia Latina.

<https://www.ciencialatina.org/index.php/cienciala/article/view/1195/1631>

Naciones Unidas (2012). El gobierno electrónico ayuda a incrementar la eficacia de los países. Departamentos de Asuntos y Económicos Sociales.

<https://www.un.org/es/desa/e-government-tanzania>

Salazar, L. (2006). Ventanilla única de gobierno electrónico. RED GEALC.

[https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/1AFCD3AD87CC344E0525767F00798AC3/\\$FILE/VENTANILLA_UNICA_GOBIERNO_ELECTRONICO-1.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/1AFCD3AD87CC344E0525767F00798AC3/$FILE/VENTANILLA_UNICA_GOBIERNO_ELECTRONICO-1.pdf)

Universidad de Lima (2015). Una aproximación crítica al Sistema Nacional de Control. Instituto de investigación científica.

<https://www.ulima.edu.pe/instituto-de-investigacion-cientifica/noticias/una-aproximacion-critica-al-sistema-nacional-de>

Vidal Coronado, R. M. (2021). Nociones y discusiones sobre la Administración pública en el Perú: una mirada a su diferenciación

administrativa y jurisdiccional. Ius Inkarrí, 10(10), 249–266. Alvarado

<https://revistas.urp.edu.pe/index.php/Inkarri/article/view/4642>



REVISTA
DE DERECHO

Las Políticas de inclusión social y las propuestas para garantizar la participación ciudadana y mejorar la equidad en la provisión de servicios públicos

Sophia Paola Yaranga Aguilar

Introducción

En el contexto peruano, la inclusión social ha sido una asignatura que está pendiente a lo largo de su historial, que ha sido marcada por profundas desigualdades tanto sociales como económicas y culturales. Es así, que a pesar de ser un país con una gran diversidad étnica y cultural, la exclusión social ha afectado constantemente a los sectores más vulnerables del Perú. La discriminación y la exclusión social en sus diversas formas aún persisten, siendo barreras estructurales que limitan muchos derechos fundamentales como la salud o la educación. Si bien el Perú ha logrado avances en la reducción de la pobreza en las últimas décadas, estas barreras persisten, reflejando un sistema social y económico que, en la mayoría de casos, continúan excluyendo a quienes no logran encajar en los modelos predominantes de desarrollo. Según el FED, la política nacional de desarrollo e inclusión social es un documento dirigido para el Gobierno nacional que permite ayudar a direccionar sus estrategias e intervenciones a favor de las poblaciones más vulnerables, siempre orientado reducir las brechas existentes, tanto en el ámbito laboral como económico, las desigualdades, las

vulnerabilidades y los riesgos sociales. Es así, como a pesar de los avances en la reducción de la pobreza en las últimas décadas, estas brechas sociales. Así, Gonzales y Guell nos mencionan (2012) que para que las políticas públicas puedan actuar de forma efectiva son necesarias cuatro condiciones, el desarrollo de una promesa creíble que dé sentido a las políticas, que sean creíbles, la credibilidad no es estática y el contenido sea realizado en conjunto. Este ensayo pretende analizar cómo el intento de poder realizar las políticas inclusivas falla en su ejecución, cómo no se adopta completamente por la sociedad y la falta de voluntad política para cerrar estas brechas y fomentar la realización de estas.

Desarrollo

¿En primer lugar, debemos analizar qué es lo que se busca proteger con las políticas de inclusión social? ¿Realmente se está protegiendo lo que se pretende? Según el MIDIS (2023) el 25% de la población vive en una situación de pobreza, 4 entre cada 10 niños entre 6 y 36 meses de edad tienen anemia y 3 de cada 10 hogares no cuentan con servicios básicos. En la misma línea, siguiendo lo señalado por el MIDIS, la Política Nacional de Desarrollo e Inclusión Social (PNDIS) al 2030 lanzada en el 2022 plantea los lineamientos, estrategias y servicios para lograr el desarrollo e inclusión social de las personas en situaciones vulnerables, señalando que “busca abordar de forma integral las distintas necesidades de la población actuando desde la salud, la educación, la vivienda, conectividad vial, inclusión económica, justicia, entre otros”. Este contexto actual de exclusión y discriminación, no solo se expresa en la falta de acceso a

oportunidades, sino también en la invisibilización de las necesidades de los grupos más afectados.

Así, Monica Rubio, ex ministra de Desarrollo e Inclusión social menciona como se puede medir los programas sociales por medio de indicadores de proceso y de resultado. Es en este último donde me gustaría enfocarme puesto que la ex ministra mencionó que se podría calcular por la disminución del índice de pobreza y que de 2003 a 2004 aproximadamente 1 millón de personas salió de esta condición. Haciendo una comparación con los últimos años. Según el reporte de Macroconsult se indica que ha reaparecido el fenómeno de la pobreza extrema urbana mencionando que “la pobreza en la capital ha llegado a casi 29% duplicándose respecto de sus niveles de 2019 (14%) y en el caso de la pobreza extrema se ha multiplicado 8 veces la incidencia (desde 0.4% en 2019 hasta 3.2% en 2023)”. Entonces, podemos apreciar que se ha visto perjudicado por la pandemia y desde ahí se ha ido incrementado y agilizando el incremento de la pobreza en el Perú. Además, Macroconsult nos señala que “el crecimiento económico por sí solo va perdiendo protagonismo y requiere políticas públicas complementarias para resolver brechas de bienestar específicas. Esto es cierto mayoritariamente para las poblaciones rurales, y desde hace algunos años, para un grupo cada vez más grande de pobres extremos urbanos”, es visible como actualmente las políticas públicas en cuanto a los resultados, no están teniendo los efectos esperados.

Por otro lado, en la página 116 de la ya mencionada Política de Desarrollo Nacional de Desarrollo e Inclusión Social (PNDIS) al 2030 en la página 128 donde se describe que uno de los lineamientos de la política es lograr mejorar las competencias de niñas, niños y adolescentes para desempeñarse productivamente en la sociedad, es ante esto donde se desarrolla un servicio de alimentación escolar permanente a estudiantes de instituciones educativas públicas. Así, se constituye el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Walmart (PNAEQW). Considero fundamental mencionar a los miembros del Comité de compra de los insumos siendo integrado por el Gobierno Local, la Red de Salud, la Prefectura, siendo quienes organizan la entrega de alimentos no perecibles o industrializados para la preparación de las comidas diarias a las instituciones educativas. También es importante resaltar que tienen la labor de supervisar que los alimentos cumplan con los aportes nutricionales y las fichas técnicas aprobadas por el PNAEQW. Ahora, me es fundamental mencionar esto ya que hace unos días salió a la luz la noticia que muchas de las conservas destinadas al mencionado programa, terminaron en un albergue para perros debido al mal estado en el que se encontraban. Según el ministro de Desarrollo e Inclusión Social, Julio Demartini, este programa estaría siendo manipulado por "mafias", así como Digesa y Diresa. De igual forma, una de las empresas contratadas, habría sobornado a empleados públicos para así, aprobar la distribución de productos considerados como dañados o peligrosos.

Asimismo, el Ministerio de Salud, permitió que la empresa siguiera operando, trabajando de la mano con la ex inspectora del Digesa, Yesabella Pazos, quien certificó que los productos cumplían con las normas sanitarias, a pesar de que no era así. De esta manera, al observar que la autoridad nacional en salud ambiental e inocuidad alimentaria y la autoridad sanitaria regional también se ven implicadas, es alarmante. Es sumamente importante recalcar la necesidad de un fortalecimiento en cuanto al rol que deben cumplir nuestros funcionarios públicos, si bien esta pérdida de comida y por ende de la inversión del presupuesto destinado al programa, simbolizan un monto crucial de nuestro PBI, se toca el tema que son menores de edad quienes se ven afectados. Son los infantes quienes se ven perjudicados por figuras que deberían amparar todo lo contrario respecto a su vida, integridad física y dignidad.

Es así, como desde los retos que la Política Nacional de Desarrollo e Inclusión Social (PNDIS) al 2030 en la página 55, señala que tiene como objetivo priorizado el incrementar las capacidades para la inclusión económica de jóvenes y adultos para asegurar su inclusión social. De esta manera, menciona que los lineamientos a seguir son mejorar las condiciones de salud, mejorar la seguridad alimentaria, incrementar el acceso al trabajo e incrementar el acceso a educación de calidad en jóvenes y adultos. Ante esto, se han planteado como responsable al Ministerio de Trabajo y Producción de Empleo (MTPE) y como a participantes al MIDAGRI, PRODUCE, MINSA, MINEDU, MINAN y al MIDIS. Es inevitable citar a CEPAL que resalta lo fundamental del rol de las políticas públicas en esta área respecto a la creación de empleos, los programas de

nivelación de escolaridad, puesto que menciona que los jóvenes inician su vida laboral en trabajos precarios e inestables, informales y sin acceso a mecanismos de protección social, agudizando la problemática en el caso de mujeres, afrodescendientes e indígenas. En lo personal, concuerdo totalmente, es necesario un Estado que tome acción frente a la cantidad de informalidad laboral y precariedad en la que se encuentran muchos jóvenes hoy en día. Y es que en los últimos años se han venido creando creando instrumentos para poder superar lo anteriormente mencionado, tal es el caso del programa "Llamakasun" un programa de empleo temporal, de la "beca Jóvenes Bicentenario" o del programa "CONTIGO", sin embargo, si bien los programas se encuentran tipificados, pareciera que al Estado le es muy complicado poder supervisar su realización.

En la misma línea, otro objetivo a seguir para la Política Nacional de Desarrollo e Inclusión Social (PNDIS) al 2030 es el de mejorar la calidad de vida de las personas adultas mayores para asegurar su inclusión social. Así, como lineamiento tienen el incrementar la independencia física, mental y emocional de las personas adultas mayores, incrementar la autonomía económica de las personas adultas mayores e incrementar la autonomía social de las personas adultas mayores. Es oportuno citar a Olivera y Clausen (11:2014) que mencionan que "la población de adultos mayores se encuentra en su mayoría fuera del sistema de seguridad social. En efecto, los datos

muestran que en la actualidad alrededor del 74% de la población de 65+ no recibe ningún tipo de pensión”, siendo que en el Perú existe el Programa Nacional de Asistencia Solidaria “Pensión 65”, en la cual según el Gobierno del Perú, les brindan S/. 250.00 cada 2 meses a las personas mayores de 65 años que carecen de condiciones básicas para su manutención, es contradictorio. Así, queda sumamente claro cómo a pesar de que existen políticas públicas que puedan brindar apoyo económico a los adultos mayores, no se llevan a cabo de manera efectiva. Así, Ramos menciona que en un sondeo realizado, solo el 10.4% de peruanos afirma que le es suficiente con la Remuneración Mínima Vital, dando como resultado que si el 89.6% de peruanos restantes no logra sobrevivir satisfactoriamente con la RMV, qué les espera a los adultos mayores que se encuentran en situación de pobreza extrema con una “pensión” de S/. 250.00 bimestrales? En lo personal, comprendo que el tema del presupuesto peruano es bastante complejo y no pretendo tomar un camino de economista. Sin embargo, Vasquez (2012) menciona que “El costo económico de la ineficacia de sólo cuatro programas sociales equivale a más de S/. 578 millones del presupuesto público” y si el tema ya de por sí es muy complicado, no podemos ponernos en un supuesto en el cual podamos perder los 578 millones, sería por un lado, tener pérdidas de millones y por otro lado, influenciar y promover el estado de necesidad en el que se encuentran las poblaciones más vulnerables.

Como punto siguiente, otro objetivo es mejorar las condiciones del entorno de la población para asegurar su inclusión social. Ante esto, una de las líneas es incrementar el acceso de la población a servicios básicos e infraestructura, mejorar las condiciones de vivienda de la población y asimismo, disminuir la incidencia de la violencia en el entorno de la población. Los responsables de lograr estos objetivos son el MIDIS, MVCS, MINEM, MTC, MININTER, MINJUSDH, MIMP MTPE y MEF. En este punto, debemos tener en cuenta que, respecto a la reducción de la violencia en el entorno poblacional, si bien es responsabilidad de la administración poder ejercer un control correcto y una disminución de esta, también la ciudadanía cumple un rol fundamental. Volviendo en la línea de las facultades de la organización pública, se debe destacar que la implementación de las políticas públicas efectivas para la prevención de la violencia requiere un enfoque integral que involucre tanto a las autoridades como a la comunidad. Recalcar también que en este punto se divide en dos que son el acceso a servicios públicos y las características constructivas de la vivienda, ante esto la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento menciona que 3.3 millones de peruanos no cuentan con una red pública de agua potable y 6.4 millones no tienen conexiones de alcantarillado. Es claro ver ineficacia del Estado debido al poco avance que existe en el proceso de expansión tanto del acceso al alcantarillado como de agua potable. Por otro lado, respecto a las características constructivas de la vivienda, la Política Nacional de Inclusión Social cita a Sáenz, Gutierrez y Minor (2015) quienes consideran la dimensión de calidad de la vivienda

incluye el material de los pisos, techos y muros y el hacinamiento. Ahora, respecto a este punto solo es necesario poder alejarse un poco del centro de Lima hacia zonas como ciertas zonas del Callao, Ventanilla, San Juan del Lurigancho, etc.

Conclusiones y recomendaciones

Considero que un cierre oportuno para este ensayo es brindar una serie de recomendaciones para poder ayudar a contribuir a la mejor. Principalmente poder mejorar la supervisión y transparencia en la ejecución de programas sociales debido a que es fundamental el poder garantizar que los recursos destinados a la inclusión social realmente logren llegar hacia quienes está dirigido. Para ello, lo ideal sería realizar un refuerzo de la vigilancia sobre la implementación de programas como Qali Warma, y mejorar la supervisión que se tiene sobre el proyecto como los dirigentes de esto, en aras de erradicar las mafias y prácticas corruptas que puedan afectar su eficacia. Asimismo, iría de la mano con un refuerzo de la voluntad política y coordinación para poder mejorar la empleabilidad de la población de jóvenes y adultos y logren ser más efectivas, garantizando así trabajos dignos y formales. En este punto, el rol del Estado es fundamental, debe promover la creación de empleos estables para que se puedan asegurar mecanismos de protección social.

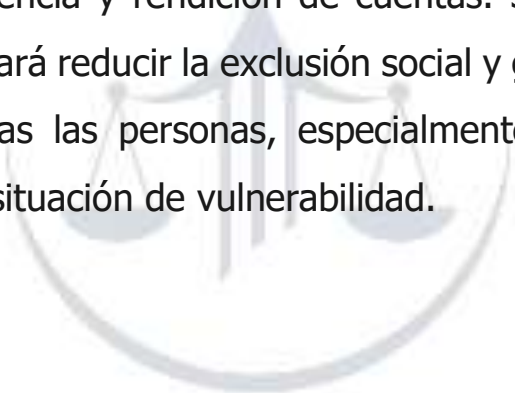
Adicionalmente, se podría considerar como otro punto importante el poder presentar un compromiso real por parte de nuestro funcionarios públicos para la inclusión social y todos los proyectos y programas que derivan de estos. Para que las políticas públicas lleguen a ser realmente efectivas debe haber una voluntad política

clara y, en mi opinión, lo más importante, comprometida con la reducción de las brechas sociales existentes. Esto implica no solamente diseñar políticas públicas manteniéndose al margen de la teoría y del papel sino también implementarlas de manera eficiente, con un enfoque inclusivo y coherente para que logre ser plasmado en la realidad de nuestro país. Asimismo, he notado que una gran parte también es la presencia de los ciudadanos puesto que su participación activa es esencial para que las políticas públicas de inclusión social puedan tener un impacto en la vida cotidiana.

Debemos ser conscientes de nuestros derechos pero también de nuestras obligaciones como ciudadanos administrados, debemos estar informados de las funciones que nuestras autoridades pueden o no, realizar. En este sentido, la educación, la creación de espacios de participación y la empatía son cruciales para fortalecer el vínculo entre el gobierno y la ciudadanía, promoviendo una cultura de responsabilidad y trabajo en equipo. Además, no solo es fundamental que las autoridades puedan escuchar a la población, sino que también actúen de manera transparente, rindiendo cuentas sobre el uso de los recursos y el progreso de los proyectos. Solo así, con un compromiso mutuo entre el Estado y la sociedad, se podrá garantizar que las políticas públicas sean efectivas y realmente contribuyan al bienestar de todos los ciudadanos, especialmente de aquellos que se encuentran en desprotección.

A lo largo del análisis, se ha podido observar que, a pesar de los avances en la reducción de la pobreza y la implementación de políticas públicas, la exclusión social sigue siendo una barrera significativa en el Perú.

Finalmente, me gustaría concluir que el camino correcto hacia una sociedad más inclusiva en el Perú, requiere una combinación de políticas públicas efectivas, fortalecimiento institucional y una mayor transparencia y rendición de cuentas. Solamente de esta manera, se logrará reducir la exclusión social y garantizar una vida digna para todas las personas, especialmente aquellas que se encuentran en situación de vulnerabilidad.



BIBLIOGRAFÍA:

EL COMERCIO

2024 “Qali Warma: Ministro Demartini asegura que todo apunta a una red de corrupción en el programa y otras instituciones”. El Comercio. Lima, 19 de noviembre. <https://elcomercio.pe/lima/sucesos/qali-warma-ministro-demartini-asegura-que-todo-a-punta-a-una-red-de-corrupcion-en-el-programa-y-otras-instituciones-ultimas-noticia/?ref=ecr>

CEPAL

2015 “La matriz de la desigualdad social en América Latina”. I Reunión de la Mesa Directiva de la Conferencia Regional sobre el Desarrollo Social de América Latina y el Caribe. Santo Domingo. Consulta: 16 de noviembre de 2024.

https://www.cepal.org/sites/default/files/events/files/matriz_de_la_desigualdad.pdf

GONZÁLEZ, Pablo y Pedro, GÜELL

2012 “Sentidos subjetivos: su rol estructural en las políticas de inclusión social”. CLAD Reforma y Democracia. Caracas, 2012, número 53, pp. 5-20. <https://www.redalyc.org/pdf/3575/357533685001.pdf>

MACROCONSULT

2024 Radiografía del proceso de empobrecimiento en el Perú. Lima. Consulta: 14 de noviembre de 2024.

[https://sim.macroconsult.pe/radiografia-del-proceso-de-empobrecimiento-en-el-peru/#:](https://sim.macroconsult.pe/radiografia-del-proceso-de-empobrecimiento-en-el-peru/#:text=Nuestro%20escenario%20base%20considera%20una,ligera%20por%20e%20ncima%20del%2027%25.)

[~:text=Nuestro%20escenario%20base%20considera%20una,ligera%20por%20e%20ncima%20del%2027%25.](https://sim.macroconsult.pe/radiografia-del-proceso-de-empobrecimiento-en-el-peru/#:text=Nuestro%20escenario%20base%20considera%20una,ligera%20por%20e%20ncima%20del%2027%25.)

MIDIS Perú

2023 Política Nacional de Desarrollo e Inclusión Social al 2030 [videograbación]. Lima: Youtube. Consulta: 14 de noviembre de 2024. <https://www.youtube.com/watch?v=I0vM91XMSMk>

MINISTERIO DE DESARROLLO E INCLUSIÓN SOCIAL (MIDIS)

2022 Política Nacional de Desarrollo e Inclusión Social al 2030. Lima. Consulta: 14 de noviembre.

MINISTERIO DESARROLLO E INCLUSIÓN SOCIAL

2022 Política Nacional de Desarrollo e Inclusión Social al 2030. Lima. Consulta: 14 de noviembre de 2022

https://www.midis.gob.pe/fed/index.php?option=com_content&view=article&id=1&Itemid=102

MINISTERIO DE DESARROLLO E INCLUSIÓN SOCIAL (MIDIS)

2022 Política Nacional de Desarrollo e Inclusión Social (PNDIS) al 2030. Consulta: 14 de noviembre de 2024.

<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/4090334/PNDIS%20al%202030.pdf>

MINISTERIO DE DESARROLLO E INCLUSIÓN SOCIAL (MIDIS)

2015 Programa Nacional de entrega de la pensión no contributiva a personas con discapacidad severa en situación de pobreza - CONTIGO. Consulta: 14 de noviembre de 2024.
<https://www.gob.pe/contigo>

MINISTERIO DE DESARROLLO E INCLUSIÓN SOCIAL (MIDIS)

2011 Programa Nacional de Asistencia Solidaria Pensión 65. Consulta: 15 de noviembre de 2024.

<https://www.gob.pe/pension65>

MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DE EMPLEO

2023 Programa de Empleo Temporal - Llamkasun Perú. Consulta: 14 de noviembre de 2024.
<https://www.gob.pe/llamkasunperu>

MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DE EMPLEO

2021 Beca Jóvenes Bicentenario. Consulta: 14 de noviembre de 2024. <https://mtpe.trabajo.gob.pe/becajovenesbicentenario/>

OLIVERA, Javier y Jhonatan CLAUSEN

2014 "Las características del adulto mayor peruano y las políticas de protección social". Economía. Lima, volumen XXXVII, número 73, pp. 75-113. Consulta: 15 de noviembre de 2024.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/economia/article/view/10085/10522>

PERÚ NOTICIAS

2014 "Entrevista a Monica Rubio". En TV Perú Noticias. 29 de octubre de 2014.

RAMOS, Aarón

2023 "Sueldo Mínimo, ¿cuánto dinero se necesita al mes para vivir de manera cómoda?: Peruanos responden en encuesta". En Infobae. Consulta: 15 de noviembre de 2024.
[https://www.infobae.com/peru/2023/08/08/sueldo-minimo-cuanto-dinero-se-necesita-a l-mes-para-vivir-de-manera-comoda-peruanos-responden-en-encuesta/](https://www.infobae.com/peru/2023/08/08/sueldo-minimo-cuanto-dinero-se-necesita-a-l-mes-para-vivir-de-manera-comoda-peruanos-responden-en-encuesta/)

SOLAR, David

2024 "Conservas destinadas a escolares terminan en refugios para perros: revelan irregularidades en Qali Warma". En Infobae. Consulta: 19 de noviembre de 2024
[https://www.infobae.com/peru/2024/11/18/el-escandalo-de-la-comida-para-ninos-que-t ermino-en-los-platos-de-perros-el-oscuro-vinculo-entre-qali-warma-y-frigoinka/](https://www.infobae.com/peru/2024/11/18/el-escandalo-de-la-comida-para-ninos-que-termino-en-los-platos-de-perros-el-oscuro-vinculo-entre-qali-warma-y-frigoinka/)

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SERVICIOS DE SANEAMIENTO

2023 “ El 10 % de la población peruana no tiene agua potable y 23 % no accede al alcantarillado”. Consulta: 19 de noviembre 2024. <https://www.gob.pe/institucion/sunass/noticias/781301-el-10-la-poblacion-peruana-no-tiene-agua-potable-y-23-no-accede-al-alcantarillado>

VÁSQUEZ, Enrique

2012 El Perú de los pobres no visibles para el Estado: La inclusión social pendiente a julio del 2012. Lima. Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico. <https://repositorio.minedu.gob.pe/bitstream/handle/20.500.12799/1497/El%20Per%c3>

%ba%20de%20los%20pobres%20no%20visibles%20para%20el%20Estado-JULIO20 12.pdf?sequence=1&isAllowed=y

CRITICA AL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

Valerin Janae Diaz Chujutalli.

Resumen

El procedimiento administrativo sancionador es una herramienta fundamental dentro del Derecho Administrativo, diseñada para que la Administración Pública imponga sanciones ante infracciones a la normativa vigente. Este proceso no solo busca castigar conductas indebidas, sino también prevenir futuras infracciones y reparar los daños causados, consolidando así el orden social.

Se fundamenta en principios como la legalidad, que exige que las sanciones estén previamente establecidas por ley, y la proporcionalidad, que asegura que las sanciones sean adecuadas a la gravedad de la falta. Asimismo, el debido procedimiento y la presunción de inocencia garantizan justicia, transparencia y el respeto de los derechos de los administrados durante todo el proceso.

El sistema cuenta con órganos competentes como los instructores, que determinan la existencia de infracciones, y los sancionadores, encargados de imponer las sanciones. Además, existe un Tribunal Superior que actúa en última instancia, revisando y corrigiendo decisiones en caso necesario.

Finalmente, las sanciones impuestas pueden incluir multas y medidas correctivas, aplicadas de manera proporcional y efectiva.

Este procedimiento refuerza la confianza en el sistema administrativo, asegurando que las decisiones sean justas y fundamentadas.

Introducción

El procedimiento administrativo sancionador es una herramienta clave del Derecho Administrativo que permite a la Administración Pública imponer sanciones por infracciones a la normativa vigente. Este procedimiento responde al ius puniendi del Estado, buscando garantizar el orden social y proteger los derechos ciudadanos mediante la regulación y supervisión de conductas. Se rige por principios fundamentales como la legalidad, proporcionalidad y el debido procedimiento, que aseguran la justicia y la equidad en su aplicación. Además, este mecanismo contribuye tanto a disuadir infracciones como a reparar daños causados, consolidando la confianza en el sistema administrativo y su legitimidad.

ALCANCES: ¿PARA QUÉ SIRVE?

Para responder esta cuestión, es necesario entender qué es el procedimiento administrativo. Martín y Díez (2012), señalan que "la serie de actos en que se concreta la actuación administrativa para la realización de un fin" (p. 288). Así, se entiende como los pasos que debemos seguir para tomar una decisión administrativa. Las partes involucradas siempre son la Administración y el administrado.

Ahora bien, brevemente, es preciso mencionar al Derecho Administrativo Sancionador. Con esta facultad, entendemos que la Administración posee la potestad para sancionar, es decir,

hablamos del ius puniendi. Esto se traduce como la capacidad de sanción del propio Estado Peruano, aplicado en consecuencia de un incumplimiento que conlleva una infracción administrativa establecida. Para esto se necesita tanto de la tipicidad de la sanción, la

taxatividad de la misma y su sujeción al principio de proporcionalidad para asegurarse que es adecuada para la falta o infracción. Entonces, cuando hablamos de procedimiento sancionador, estamos refiriéndonos a aquella potestad sancionadora respecto a conductas que respondan a una infracción, entendiéndose estas mismas como conductas no deseadas o antisociales. De la misma manera, dentro de las funciones de la Administración Pública, destaca la actividad sancionadora, esta tipifica las sanciones para las conductas consideradas, como se mencionó previamente, como repudiables para la sociedad. Estas infracciones se califican en base a la gravedad y magnitud.

El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2017), señala que con el procedimiento sancionador nos encontramos ante la responsabilidad administrativa por la comisión de una infracción. Sin embargo, señala también que dentro de este procedimiento, se constituye una garantía para los administrados y que estos puedan hacer valer sus derechos fundamentales. Esto resulta relevante, ya que significaría que no nos encontramos ante un procedimiento administrativo ecuaníme, sino que ambas partes: Administración y administrados, poseen vías para hacer valer sus derechos. Entonces, mediante las sanciones a las infracciones se

busca proteger los derechos de los ciudadanos y garantizar el adecuado funcionamiento de las entidades públicas que se encuentran al servicio de las personas, dando paso a la regulación, la transparencia y la legalidad en torno a la actuación de los servidores públicos. Cano (2009), hace mención de las sanciones que impone la Administración y que estas deben seguir un procedimiento. Así, el procedimiento sancionador implica “demostrar la concurrencia de los presupuestos necesarios para imponer una sanción” (p. 103). Por su parte, Muñoz (2015), hace una precisión e indica que el procedimiento sancionador podrá usarse cuando nos hallemos ante infracciones de carácter leve, es decir, que no deban incurrir en ámbito penal.

A partir de la imposición de sanciones, Muñoz (2015) expresa que el procedimiento sancionador tiene doble función. Punitiva y reparadora. Con ello, decimos que este procedimiento también puede actuar de manera resarcitoria y no solo sancionadora. Esto refuerza la idea de justicia porque se asegura que las consecuencias de una infracción no solo recaigan en el infractor identificado, sino que también se remedien los perjuicios causados. Así como también, busca privar de beneficios como una consecuencia de su infracción. Del mismo modo, el procedimiento sancionador posee carácter disuasorio, es decir, que busca, mediante dicho procedimiento, que los administrados puedan desistir de cualquier conducta que pueda conllevar a una infracción.

En conclusión, los procedimientos sancionadores son herramientas indispensables para la administración pública, pues no solo garantizan la sanción de infracciones, sino también buscan la garantía de legalidad y la protección de los derechos de los ciudadanos mediante el control de la actuación administrativa, contribuyendo al funcionamiento óptimo y legítimo del sistema normativo.

PRINCIPIOS

Dentro del procedimiento sancionador en el derecho administrativo, existen varios principios fundamentales que aseguran la legalidad, justicia y equidad en la aplicación de sanciones. Estos principios no solo garantizan el respeto a los derechos de los administrados, sino que también buscan mantener la integridad del orden jurídico administrativo. Como señala Tomas Cano el Derecho sancionador “castiga por ello ilícitos que en sí mismos (...) son considerados de baja intensidad, pero cuya multiplicación, desde una perspectiva sistémica o global, resultaría perturbadora para la efectiva ordenación de los distintos sectores de intervención (2009, pp. 89).

En el derecho administrativo y su procedimiento sancionador es necesario sancionar las infracciones menores, si bien es cierto que aparentemente son insignificantes de manera individual, su acumulación puede tener un impacto negativo relevante en el sistema en conjunto. Asimismo, al cumplir con los principios que rigen las sanciones, se protege a las administrado y se genera confianza en el sistema administrativo.

El artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, establece los principios de la potestad sancionadora administrativa, teniendo en cuenta los siguientes principios: legalidad, debido procedimiento, razonabilidad, tipicidad. Asimismo, menciona la importancia de la aplicación de normas vigentes al momento de la infracción y la no aplicación simultánea de sanciones penales y administrativas por el mismo hecho.

Además, contempla la necesidad de imponer sanciones repetitivas a conductas continuas, la presunción de licitud en la actuación de los administrados, y la aplicación de la sanción correspondiente a la infracción más grave en casos de concurrencia de conductas ilícitas.

El mencionado artículo establece los principios de la potestad sancionadora administrativa. Estos principios no sólo garantizan la aplicación adecuada de las sanciones, también promueven la coherencia y transparencia en el proceso administrativo. Asimismo, fortalecen

la confianza en el sistema al proporcionar un entorno de certeza jurídica y protección contra decisiones arbitrarias.

Entre los principios más relevantes se encuentra el de legalidad, el cual establece que toda sanción debe estar previamente establecida por una norma legal. Este principio asegura que las autoridades administrativas no pueden imponer sanciones arbitrarias y que solo se puede sancionar por conductas que están claramente tipificadas en la ley. En esa línea Muñoz Machado

apunta que la aplicación del principio de legalidad y de otros principios constitucionales faculta a las autoridades competentes a seguir los lineamientos establecidos y no tomar decisiones desviadas a discreción suya (2015, pp. 346).

Ligado al principio anterior, la tipicidad exige que las conductas sancionables estén descritas de manera clara y precisa en las normas legales. Así, se evita la ambigüedad y se asegura que los ciudadanos conocen de antemano cuáles son las conductas prohibidas y las sanciones correspondientes. Este principio protege a los administrados de sanciones arbitrarias y promueve la seguridad jurídica.

Continuando en esa línea, es necesario mencionar que si las decisiones se aplican dependiendo de los criterios de cada órgano, perdería su eficacia disuasoria. Siendo una característica relevante para dicho principio, ya que se busca prevenir comportamientos indeseados mediante la estipulación de sanciones si se incumplen las normas, teniendo un efecto preventivo.

Al mismo tiempo se desarrolla el principio de proporcionalidad, el cual menciona que se requiere que la sanción impuesta sea adecuada y proporcional a la gravedad de la infracción cometida y a las circunstancias del infractor. La proporcionalidad asegura que no se impongan sanciones excesivas que puedan resultar injustas o desproporcionadas en relación con la falta cometida. Este principio también tiene en cuenta la reincidencia y las circunstancias atenuantes o agravantes que puedan existir en cada caso.

Este principio según el análisis del Tribunal Constitucional peruano, impone que las medidas adoptadas por el derecho administrativo eviten una afectación excesiva a los derechos fundamentales de los administrados. Por lo que, se debe evaluar la idoneidad de la sanción, la necesidad de que no existan alternativas menos gravosas e igualmente eficaces, y la proporcionalidad estricta entre el grado de intervención y el impacto en los derechos afectados (Barrera, 2011, p. 461-466). El principio de proporcionalidad busca asegurar que las

sanciones impuestas sean adecuadas y proporcionales acorde a la gravedad de la infracción, evitando así la imposición de medidas excesivas o desproporcionadas, que afectarían directamente los derechos de los administrados.

El principio de celeridad y economía procesal busca que el procedimiento sancionador se realice de manera rápida y eficiente, evitando dilaciones innecesarias. Este principio promueve la resolución oportuna de los procedimientos, lo cual es beneficioso tanto para la administración como para los administrados. Aunado a ello, la celeridad como principio en el derecho administrativo contribuye a la eficacia de las sanciones y a la confianza en el sistema administrativo.

Del mismo modo, es necesario señalar el principio de irretroactividad, este señala que se encuentra prohibido aplicar normas sancionadoras de manera retroactiva porque se busca proteger la seguridad jurídica. Teniendo en cuenta que lo retroactivo se refiere a la aplicación de una norma a hechos antes de su promulgación. Como es común en este principio, solo se

puede aplicar la retroactividad favorable al infractor. (Cano Campos, 2009, p. 94). La aplicación de este principio en el proceso sancionador administrativo protege a los ciudadanos y a su seguridad jurídica, ya que no pueden ser sancionados por normas que no estaban vigentes en el momento de cometer la infracción.

En este sentido, se menciona el principio de culpabilidad, el cuál determina que la responsabilidad sancionadora debe recaer exclusivamente sobre el infractor y no afectar a terceros. Este principio señala la necesidad de que exista dolo o culpa en la infracción, ya que no se toma en cuenta los meros resultados. Del mismo modo, indica que la conducta y su respectiva sanción debe aplicarse a sujetos imputables, por lo que podemos afirmar que solo busca sancionar a las personas que tengan la capacidad de entender y cumplir las normas establecidas (Cano Campos, 2009, p. 96-97). Este principio es esencial en los procedimientos sancionadores ya que busca que los responsables sean sancionados de manera individual y justificada, protegiendo así los derechos de los administrados y evitando injusticias.

Asimismo, se encuentra presente el principio de presunción de inocencia y su relación con el derecho a la prueba, este principio señala que no se existe responsabilidad administrativa hasta que se demuestre lo contrario. Para que la prueba en concreto desplace el principio de inocencia se requiere que sea suficiente, válida, lícita. La carga de ellos recae en la administración (Muñoz, 2015, p. 354). Este principio protege directamente los derechos de los administrados, ya que no permite que haya una restricción o vulneración originada por una

sanción, sin que haya una prueba suficiente. Asimismo, al exigir una evaluación rigurosa de la prueba, se evita que haya errores o arbitrariedades al momento de imponer las sanciones.

Finalmente, el principio del debido procedimiento administrativo en el ámbito de lo sancionador es un conjunto de garantías que aseguran la justicia, imparcialidad y equidad al momento de imponer una sanción. Basándonos en este principio, se establece que ninguna sanción puede ser aplicada sin un previo procedimiento administrativo, en el cual el posible sancionado se pueda defender. Se prohíbe que la administración pública imponga sanciones arbitrarias y asegura que toda decisión sancionadora esté debidamente fundamentada. (Ordoñez, 2019, p. 30-32). Al existir una etapa previa, en la cuál el imputado puede defenderse, se refuerzan la justificación y transparencia en la toma de decisiones, asegurando que todas las sanciones estén debidamente fundamentadas y respaldadas.

ÓRGANOS COMPETENTES

El procedimiento sancionador se desarrolla en la Contraloría General de la República y, tal como sostiene Retamozo (2016), se lleva a cabo en dos instancias. En la primera están presentes los órganos instructores y los órganos sancionadores. Mientras que, en la segunda está presente el Tribunal Superior. En ese sentido, en las siguientes líneas se explicará a qué se hace referencia con cada uno de los órganos pertenecientes a las dos instancias.

En primer lugar, los órganos instructores son aquellos en los que la administración va realizar lo necesario para determinar expresamente la presencia de una infracción y la identificación del infractor. En otras palabras, los órganos instructores se enfocan en tener como resultado el imponer algún tipo de sanción administrativa. Tal como sostiene Retamozo, el ejercicio de este órgano se puede ver evidenciado en las siguientes facultades como “el inicio de los procedimientos administrativos de determinación de responsabilidad administrativa funcional a partir de los informes de estos órganos, el emitir pronunciamientos en los cuales señala la existencia o inexistencia de infracciones administrativas funcionales y, según sea el caso, presentar la propuesta de sanción ante el órgano sancionador, proponer la adopción de medidas preventivas de separación de algún cargo y adoptar las medidas necesarias para asegurar el deslinde de responsabilidades” (Retamozo, 2016, pp. 115-117). Todas estas acciones propias de la administración pública son las funciones que llevan a cabo los órganos instructores que, si bien, en principio son ejercidos por la Contraloría General de la República pueden también ser ejercidas por otros entes como Ministerios y entidades descentralizadas.

Asimismo, como base legal para la práctica de estas funciones por los órganos instructores está la Ley N°27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, ya que, como se sabe, en la administración pública, los funcionarios solo pueden hacer lo que la ley expresamente le mande. Por lo que, resulta lógico que todas las actividades mencionadas anteriormente presenten algún tipo de remisión normativa. Por último, los órganos instructores operan

de forma respetuosa con los principios del derecho administrativo, tales como la legalidad, debido procedimiento e imparcialidad. En consecuencia, los actos administrativos que, en principio, serán las sanciones deben estar debidamente fundamentados y ser fruto de un debido procedimiento donde haya habido la mayor transparencia y legalidad.

En segundo lugar, , según Retamozo (2016), el órgano sancionador es el encargado de: “imponer, mediante resolución motivada, las sanciones que correspondan o declara no ha lugar en la imposición de sanción [y puede disponer de realizar] [...] actuaciones complementarias siempre que sea indispensable para resolver el procedimiento [sancionador]” (p. 117). Del mismo modo, la Contraloría General de la República del Perú estipula que este órgano tiene como función dirigir la fase inicial de este procedimiento y, es el encargado de tomar la decisión sobre la sanción por infracción realizada bajo responsabilidad administrativa funcional, que también puede ser archivada. Así pues, este órgano goza de autonomía técnica e independencia (Resolución de Contraloría N° 166-2021-CG). Así pues, dentro del procedimiento sancionador, este órgano participa dentro de la fase sancionadora, en la cual su intervención parte desde la entrada del informe del órgano instructor hasta la resolución que decide si hay o no una orden de sanción, lo cual se debería hacer dentro de los 3 días hábiles después de recibir dicho informe. Además, gestiona archivar el cargo por faltas de pruebas sobre la responsabilidad (Retamozo, 2016).

Las funciones que posee este órgano son:

“Emitir resolución motivada [...] [;] disponer la realización de las actuaciones complementarias [...] [;] ordenar, a propuesta del órgano instructor y mediante resolución debidamente motivada, la medida preventiva de separación del cargo [;] evaluar la procedencia y cumplimiento de los requisitos establecidos por el recurso de la apelación [...] [;] adoptar las medidas necesarias para asegurar el deslinde responsabilidad” (Retamozo, 2016, p. 117).

Asimismo, hay otras funciones establecidas por la Contraloría General dentro del Reglamento:

“Conducir y desarrollar integralmente la fase sancionadora del procedimiento sancionador [...] [;] calificar los recursos de apelación, concediéndolos o declarándolos inadmisibles o improcedentes, con excepción del recurso de queja por no concesión del recurso de apelación [;] declarar consentidas las sanciones que no hayan sido impugnadas dentro del plazo establecido [...] [;] evaluar y declarar de oficio o a pedido de parte la prescripción de la potestad sancionadora [...] [;] solicitar a las entidades, a sus funcionarios y a las personas naturales o jurídicas, información, documentación u opiniones que se consideren necesarias para la resolución de los asuntos materia de su competencia [...] [;] brindar al administrado las facilidades para la revisión del expediente [...] [;] usar el Sistema de Gestión e-PAS para la tramitación, gestión y operación del procedimiento sancionador [...] [;] [entre otros]” (Resolución de Contraloría N° 166-2021-CG, p. 20 -21).

Por último, en la segunda instancia está el tercer órgano competente que forma parte del procedimiento administrativo sancionador: el Tribunal. En base a la lectura de Retamozo, podemos determinar tres características esenciales sobre el mismo: la primera, viene a ser la última instancia a la cual se puede recurrir en el procedimiento sancionador; la segunda, constituye un órgano colegiado afiliado a la Contraloría General de la República; y la tercera, sus pronunciamientos se consideran como precedentes administrativos. En ese sentido, algunas de las funciones más importantes del Tribunal vienen a ser el tener pleno conocimiento de la apelación interpuesta contra la resolución del órgano sancionador y revisar la resolución apelada, la cual se podrá revocar, confirmar o modificar.

El Tribunal se compone por su Presidente, los vocales miembros de las Salas y la Secretaria Técnica. Algunas funciones propias del Presidente son la de representar del Tribunal y convocar, participar y presidir las sesiones de la Sala Plena. Por otro lado, los vocales tienen el deber de asistir, participar y votar en las sesiones de la Sala Plena. Asimismo, la Secretaría Técnica se encarga de organizar y brindar apoyo técnico y administrativo al Tribunal, pues funciona como nexo entre el Tribunal y la estructura administrativa de la Contraloría General.

Así, el Tribunal viene a ser dentro del procedimiento sancionador la segunda y última instancia de apelación. Según la norma, estos deben ser resueltos dentro de los siguientes diez días hábiles de haber sido declarado que el expediente está listo para resolver. El artículo 43

del Reglamento del Tribunal establece que el propósito del recurso de apelación es permitir que el Tribunal Superior, actuando en segunda y última instancia, examine los actos o resoluciones emitidos en primera instancia, pudiendo revocarlos, confirmarlos o declarar su nulidad.

Finalmente, Algunos de los criterios que el tribunal utiliza para resolver, basados en el artículo 44 del reglamento, son los siguientes:

Declara infundado el recurso si determina que el acto impugnado se ajusta a los hechos probados y al marco legal.

Declara fundado en parte si los hechos evaluados demuestran la insuficiencia del acto impugnado.

Declara la nulidad del acto si encuentra que fue dictado por órganos incompetentes, contraviene el ordenamiento jurídico o no cumple con las normas esenciales del procedimiento.

CARÁCTER DE LO RESUELTO

En primer lugar, antes de poder imponer una sanción administrativa, es necesario que se haya llevado a cabo el correspondiente procedimiento o instrucción. Las resoluciones sancionadoras adquieren firmeza administrativa una vez que son emitidas y no recurridas en tiempo y forma. Esto significa que la resolución se convierte en definitiva dentro de la vía administrativa, y no puede ser modificada ni anulada por la propia administración fuera de los procedimientos de revisión

establecidos por la ley. Esta firmeza garantiza la estabilidad de las decisiones administrativas y la seguridad jurídica para todas las partes involucradas. Según García de Enterría y Fernández (2017), la firmeza administrativa es esencial para asegurar la seguridad jurídica, un principio fundamental en el Estado de Derecho.

Además, las resoluciones sancionadoras tienen un carácter ejecutorio. Esto implica que son directamente ejecutables por la administración, sin necesidad de intervención judicial previa. Ahora bien, no es necesariamente obligatorio que se de un sanción en la resolución, ya que esta puede generar en un demostración que no se ha producido los hechos infractores o que las infracciones han prescrito. Tal como afirma Muñoz (2015), cuando se da una resolución con sanción se debe expresar las valoraciones de las pruebas y los fundamentos del por qué se dio la resolución. En estas debe haber la sanción, la identificación de las dos partes, la infracción dada y los hechos relacionados al caso. La administración puede proceder a la ejecución de las sanciones impuestas de manera diversa, una de las maneras más comunes como sanción es la multa. La multa es un medio de sanción en el cual se le obliga al infractor a remunerar por vía monetaria a la parte infringida, este monto monetario debe ser establecido correspondiendo al daño ocasionado. Este carácter ejecutorio asegura que las sanciones se apliquen de manera efectiva y oportuna, cumpliendo así con su función disuasoria y correctiva. Como señala González Pérez (2019), la ejecutoriedad es una característica clave de las resoluciones administrativas que permite a la administración cumplir con sus funciones de manera eficiente

y rápida. Por otro lado, acompañado de las sanciones se encuentran las medidas correctivas, a diferencia de la sanción, las medidas correctivas no tienen carácter de castigo, sino más bien es un medio para que el infractor pueda reparar el daño ocasionado. Estas pueden ser dependiendo de la infracción generada y puede no ser empleada. Como menciona Danós (2019), estas medidas correctivas deben ser proporcionales y razonables. Al igual que las sanciones, las medidas correctivas deben encontrarse debidamente tipificadas junto con la sanción tomada.

Asimismo, las resoluciones sancionadoras producen efectos jurídicos inmediatos desde el momento de su notificación al acusado, salvo que la resolución misma establezca una fecha diferente para su efectividad. Estos efectos incluyen la creación, modificación o extinción de derechos y obligaciones para las partes implicadas. La inmediatez de los efectos garantiza que las medidas adoptadas por la administración tengan el impacto deseado sin dilaciones injustificadas. Para García de Enterría y Fernández (2017), la inmediatez en la ejecución de las resoluciones es vital para la eficacia del procedimiento administrativo sancionador. Según

Es importante destacar que las resoluciones administrativas gozan de una presunción de veracidad y legalidad. Esto significa que, salvo prueba en contrario, se presumen válidas y conformes a derecho. Esta presunción facilita la operatividad de las decisiones administrativas y reduce la carga probatoria para la administración. Sin embargo, esta presunción puede ser

desvirtuada en sede judicial, si se acredita la ilegalidad de la resolución. Según Santamaría Pastor (2020), la presunción de legalidad es un principio que respalda la acción administrativa y otorga una ventaja operativa a la administración, aunque siempre está sujeta a control judicial. Ahora bien, la sanción impuesta debe tener carácter razonable con relación al caso. Para Canosa (2020) la sanción impuesta debe encontrarse acorde a la infracción generada, esta no puede ser menos lesiva o de gran nivel sin una debida justificación.

Por último, las resoluciones sancionadoras pueden ser objeto de recurso ante órganos administrativos superiores o ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Los recursos administrativos ordinarios incluyen el recurso de alzada y el recurso de reposición, mientras que el recurso contencioso-administrativo permite llevar la resolución ante los tribunales de justicia. Este derecho a recurso asegura que las decisiones administrativas pueden ser revisadas y, en su caso, corregidas, protegiendo así los derechos de los administrados y garantizando un control judicial efectivo sobre la actuación administrativa. Tal y como afirma Parejo Alfonso (2018), el sistema de recursos es fundamental para la legitimidad y el control de la actividad administrativa, asegurando la protección de los derechos de los ciudadanos.

DIFERENCIA CON LA POTESTAD DE POLICÍA

De acuerdo con el Minjus, la potestad de sanción estatal se expresa a través del Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador. Si bien es cierto que la principal institución encargada de velar y proteger a la ciudadanía de actos ilícitos son los órganos jurisdiccionales, también debemos resaltar el papel fundamental que cumple la Administración Pública para imponer sanciones bajo su competencia. Esta es concedida a la Administración bajo diversas razones como lo es bajar la carga de atención a ilícitos a la justicia, propiciar la eficacia del aparato represivo con relación a ilícitos de menor gravedad, etc.

Ahora bien, el procedimiento administrativo sancionador, como ya se mencionó en el primer punto, se encarga de los actos que ponen de manifiesto la existencia de responsabilidad administrativa por la comisión de una infracción. En ese sentido, el procedimiento sancionador garantiza una adecuada actuación de la administración pública, respetando los derechos de los administrados (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2017, pp. 12-13).

Por otro lado, el régimen del servicio público implica una intervención más intensa que la policía, cuya función principal es mantener el orden público mediante restricciones y coerciones. Este régimen utiliza técnicas propias de la actividad policial, que le son otorgadas por poderes específicos. Las medidas de la policía y los procesos administrativos sancionadores, si bien poseen técnicas similares para llevar a cabo su intervención, cuentan con

diferencias que a continuación explicaremos (Carreras, 2011, pp. 488-489).

Santamaría explica que antes del Estado Constitucional, la policía era “un poder genérico, indeterminado y expansivo, que habilitaba sin más para adoptar cualquier medida limitativa sobre los súbditos dirigida a prevenir todo tipo de perjuicios que éstos pudieran causar a la cosa pública” (2000, p. 258). Pero luego venía a ser incompatible con el tipo de Estado que establecía postulados como el que cada medida limitativa de la libertad de los ciudadanos debe ser habilitada específicamente por la ley. Luego se mantiene caracterizándose por dos notas básicas:

Su fundamento se sitúa en la sujeción que se encuentran todos los ciudadanos, ya que estos tienen un deber genérico de no perturbar el orden público, si en el caso se incumple acarrearía la puesta en funcionamiento de aquel poder.

Su finalidad es la necesidad de mantener el orden público.

A su vez, Gordillo menciona que el llamarlo “Poder” sería inexacto, ya que la división de “poderes” consiste en una división de “funciones” y de órganos, y el “poder de policía” solo es una parte de alguna de las funciones (legislativo, administrativo y jurisdiccional) (2014, pp. 204). Es decir, se trata de una facultad general del Estado para regular y controlar conductas y así mantener su finalidad: el orden público. Por ejemplo, en cuanto función ejecutiva puede ser ejercida por cualquiera de los tres poderes del Estado, no solo una actividad reservada a la administración (Gordillo, 2014, pp. 218 - 219).

Conclusión

El procedimiento administrativo sancionador es una herramienta fundamental dentro del Derecho Administrativo, ya que permite a la Administración Pública imponer sanciones ante infracciones administrativas, garantizando el cumplimiento de la normativa vigente. Este proceso no solo tiene una función punitiva, sino también preventiva y resarcitoria, asegurando que las conductas no deseadas sean corregidas y que los derechos de los ciudadanos se protejan.

Además, los principios rectores como la legalidad, proporcionalidad, debido procedimiento y presunción de inocencia aseguran que las sanciones sean aplicadas de manera justa, equitativa y fundamentada. Esto refuerza la confianza en el sistema administrativo y promueve la transparencia y la coherencia en las decisiones de la Administración.

Por último, la existencia de instancias para la revisión de las resoluciones sancionadoras garantiza un control efectivo y la protección de los derechos fundamentales de los administrados, consolidando el equilibrio entre el poder sancionador del Estado y los derechos de los ciudadanos.

Bibliografía:

Barrera, J. A. T. (2011). Principio de proporcionalidad y sanciones administrativas en la jurisprudencia constitucional. *Derecho Pucp*, (67), 457-467.

Cano Campos, T. (2009). Lección 14: La actividad sancionadora. En *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*. Tomo III: La actividad de las administraciones públicas. Volumen II: El contenido (pp. 87-119). Madrid: Iustel.

Canosa Armando, N (2020). La tutela administrativa efectiva en el procedimiento administrativo sancionador. *Revista Derecho & Sociedad* N° 54

Carreras Schabauer, N. (2011). Medidas de policía administrativa y régimen jurídico del servicio público: uso de las medidas correctivas en el Perú. *Derecho PUCP*, (67), 487-508. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201102.022>

Danós Ordóñez, J. (2019). La regulación del procedimiento administrativo sancionador en el Perú. *Revista De Derecho Administrativo*, (17), 26-50.

García de Enterría, E., & Fernández, T. R. (2017). *Curso de Derecho Administrativo*. Editorial Civitas.

González Pérez, J. (2019). *Derecho Administrativo Sancionador*. Editorial Aranzadi.

Gordillo, A. (2014). Capítulo V. El “Poder de Policía”, M. Dos Santos (Ed.), Tratado de derecho administrativo y obras selectas. La defensa del usuario y del administrado. (10º ed., Tomo II, pp. 203 - 233). Fundación de Derecho Administrativo.

https://www.gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo5.pdf

Guía práctica sobre el procedimiento administrativo sancionador (2017). Actualizada con el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Guía para asesores jurídicos del Estado. Segunda edición.

<https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2017/09/LEGIS.PE-Minjus-Gu%C3%ADa-pr%C3%A1ctica-sobre-el-procedimiento-administrativo-sancionador.pdf>

Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley N° 27444, 2001). Diario Oficial "El Peruano", N° 23966, 11 de enero de 2001.

Martín Mateo, R., & Díez Sánchez J. J. (2012). Capítulo XXIII: El procedimiento administrativo y Capítulo XXIV: Desarrollo del procedimiento administrativo. En Manual de Derecho Administrativo (pp. 287-315). Navarra: 2. La teoría de la invalidez administrativa: la nulidad, la conservación de actos 11 Thomson-Reuters. Consulta: 19 de junio del 2024.

Muñoz Machado, S. (2015). Tratado de derecho administrativo y de derecho público general. Tomo XII. Actos Administrativos y Sanciones Administrativas (Cuarta edición, 340-369). Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

Parejo Alfonso, L. (2018). Derecho Administrativo. Editorial Marcial Pons.

Santamaría Pastor, J. A. (2020). Principios de Derecho Administrativo General. Editorial Iustel.

Ordóñez, J. E. D. (2019). La regulación del procedimiento administrativo sancionador en el Perú. Revista de derecho administrativo, (17), 26-50.

Retamozo, A. (2016). El procedimiento sancionador por responsabilidad administrativa funcional. Primera edición. Lima: Gaceta Jurídica.

Resolución de Contraloría N° 166-2021-CG de 2021 [Contraloría General de la República del Perú]. Por el cual establece el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador por Responsabilidad Administrativa Funcional. 22 de abril de 2024.

El derecho al debido proceso y su rol en el funcionamiento de la administración

Franco Fabrizio Robles Díaz

1. Introducción

El presente trabajo tendrá por objeto el analizar el rol fundamental que cumple el principio del debido proceso en el correcto funcionamiento de la administración, entendiéndose como correcto no solo cuando funciona de acuerdo con lo que establece la ley, sino a la satisfactoria garantización hacia los administrados de sus derechos fundamentales. Como lo diría Danós, cuál sería el fin último de la administración si no es el satisfacer el interés general de la población (2018), dicho interés por más que prima facie parezca indeterminado se puede concretizar en que a los administrados se les pueda garantizar sus necesidades básicas, las cuales suelen estar relacionadas con los ya mencionados derechos fundamentales. Así, si bien todo esto pareciera evidente necesita un mayor desarrollo de cada punto en vista de que en el derecho nada se fundamenta por sí mismo y se necesitará un razonamiento jurídico para dilucidar que subyace a conceptos como debido proceso o derechos fundamentales, a esa dilucidación se abocará esta investigación.

2. Historia y evolución del debido proceso

La historia de la humanidad siempre ha sido la lucha por el poder, quien lo detenta y por consiguiente está en la potestad de ejercerlo. En una primera instancia, el poder era de aquel que era más fuerte físicamente, los líderes de las tribus de los primeros

homínidos eran aquellos que tenían la fuerza física de someter al resto, esta forma demostró sumamente impráctica debido a que siempre había alguien que quería ser el más fuerte y constantemente para poder seguir ostentando su título de “el más fuerte” debía enfrentarse a aspirantes que querían regir esa determinada tribu, resulta complicado pensar en una forma de organización eficaz en dicho contexto plagado de irregularidades e inestabilidad.

Dando un salto de millones de años en el tiempo nos encontramos en el feudalismo y la organización se forma en torno a la figura del señor feudal, aquel que debía dar comida y trabajo a sus súbditos, pero no solo eso, sino que también debía brindarles protección en caso de invasiones de reinos vecinos, no se tenía un concepto de debido proceso debido a que la voluntad de este señor y lo que considerase debía realizarse tanto en la vida cotidiana como en las campañas militares era lo que debía realizarse, ellos aplicaban las sanciones sin mayores regulaciones

Luego a ello se puede rastrear el origen del debido proceso a la Carta Magna de 1215, la cual fue firmada por Juan sin Tierra y tenía por objeto el poder limitar las facultades del estado en materia jurisdiccional en base a las arbitrariedades a las que este había sometido a su pueblo por cientos de años, se instauraba que solo se podían restringir libertades o diversos derechos mediante un juicio (Pérez, 2016, pp. 402), al instaurarse el juicio como un requisito para la pena se da un avance significativo en materia de debido proceso debido a que previamente la voluntad del rey o señor feudal era la que primaba, su palabra era la ley debido a que

ellos eran el estado, no tenían ninguna ley que les prohibiera ejercer dicho poder de forma irrestricta, con esta limitación de poder (que cabe mencionar fue impuesta sobre un rey sin poder ya que no tenía tierras) se daba un primer paso en una ley que garantizara la protección de los derechos de los ciudadanos.

Ya hacia el siglo XVII la Bill of rights norteamericana establece que los jurados debían ser debidamente listados y elegidos (Pérez, 2016, pp. 402), si extrapolamos el sistema que se usa en nuestro país de dicho establecimiento se evidencia que parte de un debido proceso se debe conocer quien lo está juzgando y porque motivos con el fin de que el proceso sea lo más transparente posible y la persona que te juzga sea competente para hacerlo. Prueba de la relevancia de esta parte del debido proceso se puede evidencia en su quebrantamiento con los llamados “jueces sin rostro”, según lo estableció el tribunal Constitucional toda persona tiene derecho a saber la identidad del juez que lo esté juzgando y así poder evaluar su competencia (Tribunal Constitucional, 2003, pp. 3).

Cerca al final del siglo XVIII mediante la Declaración del Buen Pueblo de Virginia establece que toda persona tenía derecho a saber de qué se lo acusaba y poder pedir pruebas en su favor (Pérez, 2016, pp. 403), algo que hoy en parecería básico y elemental en cada proceso antes no lo era, sería impensado que hoy en día se te quiera aplicar un proceso administrativo sancionador que tenga por sanción la inhabilitación y la destitución de tu cargo de trabajo y no se te diga por cual conducta en concreto se te abrió dicho proceso, sería sumamente complicado plantear una defensa si no se sabe la acusación que versa sobre

uno y daría lugar a diversas arbitrariedades como el que no se tengan que actuar pruebas debido a que se presume que uno cometió la falta.

Con respecto a esto último cabe destacar el rol crucial que juega la presunción de inocencia en el debido proceso. Esta presunción se remonta al imperio Romano cuando Ulpiano afirmó que era preferible dejar libre a un culpable que recluir a un inocente, no nos podemos guiar solo de sospechas (Cárdenas, 2017, pp. 101), si bien no se tiene un concepto jurídico de la presunción en este punto si se hace énfasis en lo inmoral que resulta condenar a un inocente, más aún si es en base a pruebas que no cuentan con solidez. Lamentablemente ello no fue comprendido por la Santa Inquisición, que como bien indica su nombre hacía uso de un sistema inquisitivo, lo más relevante no era el descubrir la verdad de los hechos o que se realice un proceso adecuado, partiendo de la presunción de que el sospechoso era culpable se le realizaban diversas preguntas inquiriendo para que este dé una confesión y luego mediante tortura sea capaz de expiar sus pecados. Lo mencionado previamente no hace sino demostrar la peligrosidad y la total falta de garantías que se experimenta si se deja de lado la presunción de inocencia, actualmente se tiene un sistema demostrativo que versa sobre que se tiene que probar que el acusado realizó los hechos que se le imputan, incluso en base a la ya mencionada Bill Of Rights este tiene derecho a no declarar en su contra.

Posteriormente, con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano dio lugar al principio de "no retroactividad" en tanto

la ley con la que se sanciona debe ser previa a la comisión del hecho delictivo (Pérez, 2016, pp. 403). La fundamentación de ello se encuentra en el principio de legalidad por el cual para que se te condene por una conducta la comisión de la misma debe ser posterior a la entrada en vigencia de la ley, ello debido a que como parte del debido proceso se exige que el ciudadano conozca a cabalidad que hechos son los que la ley considera como prohibidos, solo con ello teóricamente podrá motivarse correctamente, sería ciertamente incongruente aplicar una sanción en base a algo que se desconoce, como bien afirma Meini el dolo versa sobre el conocimiento de la ilicitud del comportamiento desplegado (2014, pp. 230), si falta dicho conocimiento se podría hablar de imprudencia pero ello no es relevante para el presente trabajo, lo importante es denotar que no se podría aplicar una ley retroactivamente de forma perjudicial al reo y que al mismo tiempo se respete del debido proceso.

Cabe mencionar con respecto a esto último que se permite la aplicación retroactiva de la ley se permite siempre y en cuando sea benigna hacia el reo, en materia administrativa se dice que este principio será aplicable siempre y en cuando la antigua falta o causal de, por ejemplo, inhabilitación, haya sido derogada o su sanción sea más benigna se aplicará esta, lo contrario sería cargar de forma injustificada de responsabilidad al acusado (Meini, 2014, pp. 229). Con respecto al primer punto cabe destacar que este se funda en la incongruencia que tendría el sancionar a una persona por algo que hoy en día carece de un desvalor o sancionarlo con un desvalor menos cuando este se ha visto reducido. Ello a la luz

de que a toda ley subyace una norma de conducta (social) que carga de un desvalor a la ley, hasta cierto punto la ley no prohíbe, sino que tipifica comportamiento y las consecuencias si se incurre en ello, el cumplir con lo establecido por la ley implica ir en contra de la norma de conducta subyacente (Meini, 2014, pp. 57).

Es la constitución estadounidense plateada por los federalistas en su catorceava enmienda la que recoge expresamente el principio de "Due process of law"(ACLU, 2024, pp. 1), no debe entenderse por esta expresión "correcto proceso legal", sino correcta actuación de persona o institución que tiene autoridad según las pautas que establece el ordenamiento jurídico. Esta enmienda se da en un contexto donde la esclavitud aún estaba permitida, en 1857 "Dred Scott vs. Stanford" tendría uno de los alegatos más crueles dados por un juez al afirmar que por más que se trate de un hombre que ahora sea libre un ciudadano de ascendencia Afroamericana jamás podría optar por la ciudadanía estadounidense (ACLU, 2021, pp. 1), claro caso de derecho de autor donde lo que se desvalora no son los hechos sino a la persona, el debido proceso de la presunción de que todos tenemos la misma dignidad frente a la ley, si no tenemos necesidades que fundamenten un trato diferenciado, todos seremos iguales, partiendo de esta presunción es que es posible hablar de un proceso que sea de acuerdo a como lo establece nuestro ordenamiento jurídico.

3. Derecho al debido proceso en materia judicial

El derecho al debido proceso se encuentra contenido en el artículo 139 inciso 3 de la constitución, no obstante, este artículo no especifica los componentes de este principio ni da mayor detalle sobre el mismo debido a la generalidad que debe mantener la constitución en su vocación por permanencia en el tiempo. Se puede entender a los siguientes elementos como aquellos que componen al derecho al debido proceso en base a la Sentencia de la Corte Suprema de la Justicia del 2014 que versa sobre la materia.

En primer lugar, se tiene que el juez que valla a juzgarte debe ser natural (elegido por ley) y debe ser un juez independiente e imparcial (Corte Suprema de Justicia, 2014, pp. 5), como resulta evidente para asegurar un proceso debido el juez no solo debe ser competente para realizar dicha función, sino que debe estar en la capacidad de que en su decisión no incurran sesgos que puedan afectar la misma.

En segundo lugar, se tiene derecho a la defensa y al patrocinio de un abogado (Corte Suprema de Justicia, 2014, pp. 5), este derecho debe ser reconocido para ambas partes en juicio en tanto la enorme desventaja que supondría el seguir el proceso que supone un juicio sin el patrocinio debido de un abogado si sienta provisto a la otra parte.

En tercer lugar, se tiene derecho a la prueba, que implica que ambas partes tendrán el derecho de actuar las pruebas que crean pertinentes con el fin de poder demostrar su inocencia o

culpabilidad (Corte Suprema de Justicia, 2014, pp. 5), dichas pruebas deben cumplir con un estándar que busca asegurar lo que afirmaba Ulpiano hace miles de años, que no se condene a un inocente.

En cuarto lugar, se tiene el derecho a una resolución debidamente motivada en tanto el razonamiento que debe expedir el juez debe ser naturaleza jurídica (Corte Suprema de Justicia, 2014, pp. 5), las sentencias no se justifican per se, sino que se requiere de una fundamentación por parte del juez haciendo uso de las normas que le provee el ordenamiento jurídico y fundamentado si se apartará de alguna.

En quinto lugar, se tiene derecho a una impugnación en tanto el juez puede incurrir en algún vicio al emitir su sentencia o uno puede no estar de acuerdo y tiene el derecho a que la misma sea revisada por una entidad superior con el fin de que se tutelen sus derechos si se considera la sentencia expedida no lo realiza a cabalidad (Corte Suprema de Justicia, 2014, pp. 5), igualmente se puede pedir la nulidad de esta si se considera se incurre en algún vicio relativo, por ejemplo, a la relación del juez con la contraparte.

En sexto lugar, se tiene derecho a una instancia plural (Corte Suprema de Justicia, 2014, pp. 5), lo cual guarda una estrecha relación con el punto anterior al reconocerse una serie de instancias que se pueden agotar antes de que la sentencia sea firme, según el Tribunal Constitucional este derecho busca garantizar que las personas ya sean naturales o jurídicas que sean parte de un proceso judicial que lo resuelto por un órgano judicial

sea revisado por otro superior al mismo, pero de la misma naturaleza (2023, pp. 4).

Finalmente, se tiene el derecho a no revivir procesos fenecidos (Corte Suprema de Justicia, 2014, pp. 5), el cual sigue la lógica de que cuando un proceso ya fue juzgado y ya se ejecutó la pena este no puede ser revisado de nuevo, las consecuencias de una conducta delictiva se agotan por la pena prevista para tal conducta y sería incongruente con un estado de derecho que se le doten consecuencias a dicha conducta una vez se haya ejecutado la pena, ya sea la falta o el delito se agotan con la imposición de la sanción prevista (Meini, 2014, pp. 37). Este principio tiene sus matices en sede administrativa debido a que en base al carácter de la misma se tiene ciertas faltas que se agravan debido a la reincidencia como lo son las faltas vehiculares, la falta no se agota con la ejecución de la sanción, sino que se prevé que la misma siga teniendo una especie de efecto suspensivo que solo se activará si se reincide en la ya mencionada falta.

Los derechos hasta ahora mencionados si bien son pertinentes solo se centran en la parte procesal relativa a la forma del proceso, no obstante, los derechos citados en la parte de revisión histórica subyacen a todo proceso y deben ser entendidos como parte de la materia, no se puede hablar de un debido proceso sin derechos como la igualdad a la ley o presunciones como aquella relativa a la inocencia del acusado, ambas presunciones deben de cumplirse para poder garantizar un proceso de acuerdo a lo estipulado o por la totalidad del ordenamiento jurídico. Si decidimos seguir la ruta de solo considerar los derechos de materia netamente procesal

incidiremos en una situación análoga a lo que Danós denomina como desviación burocrática debido a que solo nos centraremos en la forma olvidando los fines o principios que subyacen a todo proceso (2018, pp. 88).

4. El derecho al debido proceso en sede administrativa

La Corte Iberoamericana de Derechos Humanos estima que es vital que el debido proceso también sea cumplido en la vía administrativa con el fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de actuación emanada del Estado que pueda afectar sus derechos (Ministerio de justicia, 2013, pp.12), con todo respeto a la opinión de la corte discrepo de la misma debido a que tiene un carácter excesivamente paternalista, es cierto que se necesita de una protección frente al Estado debido a que quien ostenta el poder tiende a ejercerlo en contra de quienes no lo poseen, no obstante, considero que con ello no se agota el fin del debido proceso en tanto también es necesario para poder tener una forma y orden a seguir en todos los procesos para fines prácticos, así también, habrán instancias donde seamos los administrados quienes seamos partes del proceso y no habrá esta asimetría como si lo existe con el Estado, independientemente de quienes sean las partes el debido proceso debe servir para que el proceso sea tan justo como sea posible, tratando a las partes como seres humanos en base a su dignidad buscando que se respete la forma y fondo del proceso para buscar cautelar los intereses y derechos de las ya mencionadas partes involucradas.

A continuación, se explorarán los componentes del debido proceso en sede administrativa

El derecho a la notificación es una garantía que permite que los administrados sean informados oportunamente por el Estado del procedimiento al que van a ser sujetos, ello implica comunicar a las partes que posean un legítimo interés tanto el inicio del proceso, la realización de diligencias o la decisión de este, solo una notificación oportuna permitirá una adecuada defensa (Ministerio de Justicia, 2013, pp. 16).

El derecho de acceso al expediente concede a los administrados la posibilidad de que se les informe debidamente del proceso administrativo, está facultado a realizar dicho acceso en cualquier momento a cualquier documentación que este contenida en el expediente administrativo (Ministerio de Justicia, 2013, pp. 17).

El derecho a la defensa constituye un derecho de carácter procesal que faculta a los administrados a exponer argumentos que sustenten su defensa, deben contar con el tiempo y medios adecuados para poder ejercer la misma (Ministerio de Justicia, 2013, pp. 18). Se evidencia la relación con los dos derechos previamente mencionados en tanto se necesita del acceso a la información y la notificación oportuna del proceso para poder ejercer este derecho de manera satisfactoria.

El derecho a ofrecer y producir pruebas faculta a los administrados para proporcionar las pruebas pertinentes para sustentar sus argumentos y que las mismas sean administradas, actuadas y valoradas por la autoridad administrativa antes de emitir una

decisión, todo administrado para poder defender sus derechos debe poder presentar pruebas de descargo (Ministerio de Justicia, 2013, pp. 19).

El derecho a una decisión que se funde y motive en derecho exige que la administración comunique las razones que sustentan la resolución emitida, implica que la misma contenga los hechos y normas jurídicas que han sido empleados para su elaboración, se constituye una garantía en contra de la arbitrariedad (Ministerio de Justicia, 2013, pp. 20). Se evidencia que toda resolución que no esté debidamente motivada debe ser nula en tanto no garantiza el debido procedimiento al administrado.

El derecho de presunción de licitud establece que se la actuación de toda persona debe de considerarse lícita siempre y en cuando no se demuestre lo contrario en el procedimiento, la carga de verificar la veracidad de las pruebas brindadas recae sobre la administración (Ministerio de Justicia, 2013, pp. 21). Se evidencia de que se tiene una estrecha relación con la presunción de inocencia en tanto busca preservar la vigencia del sistema demostrativo por el que nos regimos.

El derecho al plazo razonable exige que todo procedimiento se desarrolle sin que medien dilaciones indebidas y dentro de los plazos que ya están establecidos por ley, pretende impedirse que los administrados permanezcan un largo tiempo sin la certeza de la determinación con respecto a los derechos y/u obligaciones que obtendrían con la resolución (Ministerio de Justicia, 2013, pp. 23). Un ejemplo claro de este principio es que se le entregue a tu abogado el expediente de unas 700 páginas un día antes de que

inicien las audiencias, claramente ello no es razonable en tanto es prácticamente imposible que se realice una defensa en un tiempo tan reducido, el plazo debe ampliarse a uno razonable.

El derecho a ser investigado por una autoridad competente implica que la competencia se encuentra dentro de la esfera de atribuciones de órganos y entes que ya están determinados por el ordenamiento jurídico y solo pueden ser ejercidas legítimamente por estos, los cuales no pueden renunciar a la competencia (Ministerio de Justicia, 2013, pp. 24). En un estado de derecho donde los deberes y obligaciones alcanzan a las entidades estatales es necesario que las funciones y jurisdicciones de cada una estén debidamente delimitados con el fin de legitimar su accionar y evitar posibles arbitrariedades.

El derecho a ser investigado por una autoridad imparcial supone que la autoridad de la que está a cargo el proceso no debe tener ningún tipo de interés sobre el resultado del mismo o sesgo con respecto a las partes que la conforman (Ministerio de Justicia, 2013, pp. 25). Ciertamente sería nefasto para nuestro sistema jurídico que se permitan decisiones emitidas por autoridades que tengan cierto interés por el resultado en tanto afectaría significativamente su objetividad y terminarían buscando su interés personal y no el de los administrados o incluso el interés general.

El derecho a impugnar decisiones administrativas se define como la posibilidad de poder cuestionar dichas decisiones en procedimientos que deben estar previstos por la administración, no debe ser entendido como una doble instancia administrativa en

tanto las controversias que surjan entre administrado y administración solo pueden ser solucionadas definitivamente por un tercero que sea independiente e imparcial (Ministerio de Justicia, 2013, pp. 26). Se evidencia que por la naturaleza misma de la administración no es congruente exigir una pluralidad de instancias cuando la solución en caso de discrepancia será ajena a la administración.

El derecho de no ser sometido a juicio dos veces por el mismo hecho debido a que ello supondría un ejercicio excesivo del poder sancionador del Estado y contrario a las garantías que este mismo ofrece, ello en detrimento del ciudadano (Ministerio de Justicia, 2013, pp. 27). Como ya se explicó en el derecho administrativo ello tiene su matices debida que se considera la reincidencia y la falta cometida no se agota con la sanción.

Finalmente, el principio de publicidad de las normas procedimentales implica que es necesario que las normas se publiquen en el diario oficial El Peruano para su validez, la norma no publicada no resulta obligatoria (Ministerio de Justicia, 2013, pp. 28). Ello en base a que los ciudadanos no se pueden motivar en base a lo que no conocen y sería incongruente exigirles el cumplimiento de una normativa que desconocen debido a su falta de publicidad y consiguiente exigibilidad.

5. Relevancia práctica del debido proceso

Para evidenciar la relevancia de lo hasta aquí explicado se hará uso de un caso práctico. Abstrayéndonos de la realidad supongamos que no existe el derecho al debido proceso con sus componentes ya explicados y este a su vez no se encuentra implícito en los mandatos constitucionales. AD es dueño de una bodega y no entrega boleta ni factura, se limita a anotar los precios en un cuaderno que luego adultera para que su esposa (la otra dueña) no se de cuenta que se está comiendo una parte considerable de la mercancía. AD es descubierto por personal de fiscalización de la SUNAT y se le aplica una cuantiosa multa económica y se clausura temporalmente el negocio, no obstante, la multa que se aplica no es la correspondida en la ley, sino que una 10 veces mayor y su local es cerrado por 2 años. Considera que lo aplicado es totalmente desproporcionado y más aún cuando su intención no era evadir impuestos sino el ocultarle a su esposa que se estaba comiendo la mercadería. Por ello decide iniciar un proceso contencioso administrativo para impugnar la sanción interpuesta. Luego de 6 meses de presentada su solicitud esta es aceptada a trámite por la autoridad administrativa FR que le notifica para que asista a dar su descargo, la misma se produce 5 segundos antes de iniciar la audiencia, no obstante, FR entiende que solo debe ser una notificación previa y lo fue así que no habría mayo complicaciones, AD que se encontraba internado en una clínica no pudo llegar y al día siguiente cuando fue dado de alta observó la notificación y acudió a la sede administrativa donde se le explico que se le notificó previamente, el pide poder ver el

expediente para ver cómo estaba avanzando el caso en esos 6 meses de espera pero se le afirma que debido a su baja estatura (un metro con 20 centímetros) era considerado un ser subdesarrollado y por consiguiente no podía tener acceso a un material tan complejo como el expediente, acto seguido AD pide que se le agende una sesión para poder dar las pruebas que sustentan que padece de una enfermedad incurable que altera su percepción de la realidad y creía que si comenzaba a dar boletas su esposa descubriría que se estaba comiendo la mercadería y lo asesinaría brutalmente, ello sustentado por el informe de un psiquiatra y los estudios médicos que se le estaban realizando para determinar la causa y tratamiento de este desorden, se le dice que seguro esas pruebas son falsas y que no pensaban ser aceptadas debido a que se constató que AD nunca tuvo una esposa y vivía solo desde hace más de 20 años y se creyó que intentaba defraudar a la administración por lo que la recepcionista de la entidad le aconsejó que dejara esas pretensiones de lado, acto seguido esta recepcionista procedió a emitir una resolución en la que se ratificaba la resolución que había determinado las faltas de AD, sustentó su sentencia afirmando que este le había causado un disgusto muy grande al no llegar a la audiencia con la autoridad competente y venir el día siguiente a molestarla en su horario laboral en el que acostumbraba no realizar ninguna actividad, en base a estos preceptos se le condenaba a la sanción ya mencionada. AD perplejo al no conocer que la recepcionista tenía la facultad de sancionarlo consulta en que norma procedimental está ello y esta le afirma que es una norma secreta a la que no

puede tener acceso, que la resolución que acaba de emitir no puede ser impugnada vía judicial ni en alguna otra instancia y la misma a pesar de no haberse agotado las vías respectivas era inapelable. Acto seguido, en base a los hechos ya condenados la recepcionista decide abrir un nuevo expediente en base a los hechos ya juzgados y condenados en contra de AD, alegando que él no estaba en las facultades de poder manejar una bodega se solicita que se le expropie su bodega en favor del interés general sin el pago de una indemnización y esta sea puesta a su nombre, desde que inició el proceso ella fue quien le notificó con extrema tardía, siempre tuvo el interés de poseer el yacimiento petrolero que se encontraba debajo de la propiedad de AD, cosa que la recepcionista KP consigue.

Por más extremo que pueda resultar este caso al no existir garantías procesales tanto de forma como de fondo el administrado estaría expuesto al ejercicio sin límite del poder sancionador que tiene la administración en contra de este, sería totalmente distópico pensar en un ejercicio del ius puniendi del estado que responda a criterios como el tamaño de las víctimas o su capacidad de desarrollo, no obstante, hace no tantos años eso era, y sigue siendo una realidad en nuestro país. En materia judicial sobran sentencias de abuso con motivaciones totalmente inválidas como la aplicación del supuesto de responsabilidad restringida a una persona de 50 años sin alteraciones mentales, responsabilidad del abuso a mujeres en base a como estas estaban vestidas o el modo en el que hablaban, errores de tipo invencibles con respecto a sujetos que no pudieron conocer la edad de la menor en base a

la apariencia de la misma; ciertamente no existe una gran diferencia entre lo que era el ejercicio del poder punitivo del Estado y el caso totalmente distópico que fue presentado, bien es sabido el caso de la autoridad administrativa que expropiaba terrenos sin pagar una indemnización y estos pasaban a formar parte de su patrimonio personal. Estos criterios son totalmente incompatibles con una sociedad liberal que se organiza como estado de derecho donde la ley debe primar por sobre el delito o la falta, lo justo por sobre lo injusto (partiendo de la presunción de que las leyes son justas).

5. Conclusión

Cuando una persona comete una infracción o un delito está proponiendo su propio ordenamiento jurídico interno como aquel que es válido y debe predominar, es responsabilidad del derecho en forma de sus diversas instituciones el demostrarle a esa persona que su ordenamiento jurídico no es válido y velar por el prevalimiento del sistema jurídico reconocido por nuestro Estado, esta demostración solo puede ser realizada siguiendo los preceptos contenidos por el debido proceso y toda demostración que no se atienda a estos criterios será ilegítima, no por haber delinquido o evadido impuestos una persona pierde su dignidad y se hace merecedora de un reproche que no conozca límites ni lineamientos. Sería incompatible pensar en la búsqueda de la administración con respecto al interés general o la garantía de los derechos respectivos a los administrados si la misma no actúa siguiendo los parámetros establecidos por el derecho o incurren en buscar un interés personal como en el caso que se presentó. Es

pertinente recordar que la administración se debe a los administrados y esta para servir a los mismos en sus intereses y garantía de derechos, siempre y en cuando estos sean legítimos, y aplicar sanciones cuando la ley así lo prevea del modo que esta lo prevea. Es incompatible pensar en una correcta actuación de la administración si no es para la garantización de los derechos de los administrados y la tutela efectiva de sus intereses en favor del interés general, ello es vital para el funcionamiento de nuestra sociedad en base a necesidades tan básicas como pagar servicios u obtener una licencia de conducir, cuando la administración no actúa siguiendo el debido proceso se dan diversos retrasos e irregularidades que afecta en gran medida nuestro goce de derechos.

En el caso de sentencias, resoluciones, medidas cautelares, procesos en la definición más amplia de la palabra que adolezcan de no haber respetado el debido proceso se podrá igualar las mismas a una condena que nunca tuvo un proceso, porque que es el mismo sino una serie de lineamientos que deben seguirse para garantizar la justicia y legitimidad de la actuación, y que es una actuación inexistente sino una que se muestra como injusta e ilegítima.

Bibliografía:

-ACLU (2024). Preguntas Frecuentes: Defendiendo la Ciudadanía bajo la 14th Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos. ACLU of Arizona.

<https://www.acluaz.org/en/preguntas-frecuentes-defendiendo-la-ciudadania-bajo-la-14th-enmienda-de-la-constitucion-de-los>

-Cárdenas, R. (2017). Evolución de la presunción de inocencia. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4770/7.pdf>

-Danós, J. (2018). El Derecho Administrativo como instrumento al servicio del ciudadano. Palestra.

https://paideia.pucp.edu.pe/cursos/pluginfile.php/4882872/mod_folder/content/0/Dano%CC%81s%2C%20J.%20%282018%29.%20Los%20fines%20o%20intereses%20pu%CC%81blicos%20o%20generales%20como%20criterios%20de%20interpretacio%C%81n%20de%20las%20normas%20administrativas%20para%20la%20Administracio%CC%81n%20Pu%CC%81blica.pdf?forcedownload=1

-Meini, I. (2013). Lecciones de Derecho Penal - Parte General Teoría Jurídica del Delito. Fondo editorial PUCP.

-Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2013). Guía sobre la aplicación del Principio-Derecho del Debido Proceso en los

procedimientos administrativos. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1526159/Gu%C3%A1da%20pr%C3%A1ctica%20Principio-Derecho%20debido%20proceso%20proc_adm.pdf

-Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria Corte Suprema de Justicia de la República. Casación laboral N° 12471 – 2014, 10 de marzo de 2016.

https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/5cfe7d004ccf12b5a9f7afb8adeb3b40/Resolucion_12471-2014.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=5cfe7d004ccf12b5a9f7afb8adeb3b40

-Sentencia del Tribunal Constitucional. EXP. N.º 00881-2022-PHC/TC, 19 de enero de 2023.

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2023/00881-2022-HC.pdf>

-Tribunal Constitucional. EXP. N.º 2933-2002-HC/TC, 10 de marzo de 2003.

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/02933-2002-HC.pdf>

-Pérez, A. (2016). Evolución y perspectivas en la interpretación del debido proceso legal. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/viewFile/32796/29761>

La Simplificación administrativa como una solución a la digitalización del sistema administrativo público

Marco Antonio Periche López

RESUMEN:

El presente ensayo tiene como objetivo proponer la “simplificación administrativa” como la solución más viable a la deficiente gestión de trámites y servicios ciudadanos por la falta de recursos tecnológicos en su administración. Debido a que su implementación arregla los problemas aún existentes en la administración pública como la burocracia municipal, la escasez de recursos tecnológicos modernos y la desigualdad del acceso a estas tecnologías en zonas alejadas. Por lo que su ejecución no solo produce una solución a estos factores, sino que genera un desarrollo tecnológico en la administración fruto de una adecuada planificación y capacitaciones eficientes al personal. Todos estos hechos desembocan en una gestión de trámites y servicios ciudadanos más rápida, eficiente y eficaz.

INTRODUCCIÓN:

La mala gestión de trámites y servicios ciudadanos ha sido desde siempre una falencia en la administración peruana. Que en los últimos años se ha venido incrementando con gran facilidad por la falta de tecnología adecuada en el presente sistema. Por lo que, a

pesar de los grandes esfuerzos del Estado por implementar mecanismos de solución a través de renovaciones tecnológicas, estas han resultado insuficientes para resolver el problema. Razón por la cual la administración pública requiere con urgencia un mecanismo de solución ante tal inconveniente. Como se demostrará en el presente ensayo, la deficiencia en la implementación de nuevos recursos tecnológicos por parte del Estado se debe principalmente a tres factores. Siendo el primero, la persistencia de trabas burocráticas en las municipalidades. En segundo, la ausencia de unidades digitales sofisticadas en la administración. Finalmente, la desigualdad de los recursos tecnológicos ya existentes en zonas rurales. De esta manera, la solución más viable es la implementación de la “simplificación administrativa”, pues sus procesos de racionalización y digitalización logran erradicar estos tres factores, generando así un sistema administrativo digitalizado más factible y eficiente.

DESARROLLO:

Una solución a la mala gestión de trámites y servicios ciudadanos sería la implementación de mecanismos digitales en la administración mediante la “simplificación de los procesos administrativos”. Ello permitiría modernizar y mejorar la eficiencia de atención a los ciudadanos. No obstante, no basta con pasar dicha información o trámites a un sistema virtual, pues lo que se busca con esta recomendación es que se convierta en un mecanismo efectivo, más ágil y sin la necesidad de una burocracia excesiva. Lo cual se logrará con la “simplificación” de pasos

innecesarios en la realización de trámites administrativos, generando así una atención más eficiente y adecuada al ciudadano.

Para poder entender por qué es este el mecanismo más idóneo a emplear en el sistema peruano, se debe concebir primero el significado del mismo y en segundo cómo al implementar sus instrumentos genera el desarrollo del sector administrativo. De esta manera, el factor de “simplificación” es entendido por diversos ordenamientos jurídicos “como una herramienta para la configuración de acciones que permite orientar y optimizar la prestación de los servicios que brinda el Estado” (Ferney y Gallo, 2019, p. 4).

En otras palabras, a lo que los autores se refieren es que la “simplificación” es un mecanismo que sirve para el mejor funcionamiento del sistema administrativo a través de la reducción racional de mecanismos innecesarios, implementando así un sistema tecnológico a la información. Con el objetivo de aumentar su eficiencia en los sistemas de administración.

De esta manera, el objetivo de la “simplificación” es el “de garantizar la tutela de los derechos a través de una eficiente prestación de los servicios públicos, la calidad y transparencia en la producción normativa y una recta, justa y eficaz impartición de justicia” (Ferney y Gallo, 2019, p. 4). Según los autores, para lograrlo se deben de desarrollar dos puntos ya mencionados.

El primero es la “racionalización de procedimientos”, pues ello permite que se genere un mejor funcionamiento del sistema

administrativo al reducir costos, lo que conlleva a que la satisfacción ciudadana aumente. Un claro ejemplo de ello es la Ley N° 25035 de 1989 que implementó la eliminación de formalidades costosas como las de exigir documentos a los ciudadanos que la propia entidad administrativa ya poseía. Además, que la toma de decisiones administrativas pasó a ser descentralizada.

El segundo es la “digitalización del sistema en el Estado” que simplifica en gran medida el proceso administrativo al realizar de forma más rápida los trámites, lo que también produce una mayor “satisfacción ciudadana”. Al respecto, Roseth, Reyes y Santiso manifiestan que este hecho no solo genera un trámite más eficiente y rápido, sino que este erradica “varias oportunidades para la corrupción, falsificación y modificación indebida de documentos importantes” (Roseth, Reyes & Santiso, 2018, p.101-105).

De esta manera, se puede apreciar que la modernización a un sistema digital no solo traería desarrollo al sistema peruano, sino que este bajaría en gran medida el alto índice de corrupción que se propaga en el país. Siendo así una medida muy tentadora a desarrollar. No obstante, se presenta una cuestión ante tal dilema: ¿La aplicación de la simplificación produciría en efecto algún cambio en la nación?

Para poder responder dicha cuestión se tiene que tener en cuenta que esta estrategia ha comenzado a tener una gran importancia a nivel internacional, especialmente en Latinoamérica. Como en el caso de México, Brasil y Colombia, siendo los dos primeros los únicos con resultados positivos en la implementación de la

simplificación en comparación con Colombia, quien no tuvo el mismo beneficio. Ello no quiere decir que la implementación de la simplificación no sea eficiente o que en el contexto peruano no valla a funcionar.

Debido a que se puede evidenciar que la simplificación no es un mecanismo nuevo para el país, pues este ya ha sido empleado anteriormente en el territorio, produciendo así una mejora significativa a nivel nacional. Un claro ejemplo de ello se dio en el año 2002 con la Ley de Bases de la Descentralización (Ley N° 27783), la cual promovió un organismo administrativo descentralizado con el fin de poder mejorar la eficiencia del Estado a través de la democracia y así mejorar la satisfacción ciudadana.

Actualmente, el Estado peruano mediante la "Presidencia del Consejo de Ministros (PCM)" ha implementado un "Programa de Modernización y Descentralización del Estado (PMDE)". Este con el fin de desarrollar un proceso de modernización y descentralización a nivel administrativo "mediante la redefinición de reglas institucionales claves e implantación de nuevas estructuras y sistemas administrativos" (William Muñoz, 2011, p. 40). Dicho acontecimiento se ha desarrollado gracias a la Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley N° 27444), pues este órgano se encarga de que se desarrollen mecanismos de simplificación administrativa a través de la PCM, ya que la dota con la facultad de asesorar, supervisar y fiscalizar el desarrollo adecuado de la simplificación en la modernización administrativa.

Mediante ese objetivo, el Estado peruano ha logrado grandes avances con la simplificación administrativa fruto de la

implementación del Decreto Supremo N° 027-2007-PCM. Debido a que ha simplificado la identificación y desarrollo de trámites administrativos hacia el ciudadano con el uso de ventanillas exclusivas para estos. Además, ha efectuado el “silencio administrativo positivo” que permite la ejecución de la solicitud, ante la falta de respuesta del órgano competente en el plazo establecido. También, suprime la burocracia excesiva para lograr una respuesta más rápida. Empleando en ello la tecnología (a través de plataformas digitales) para mejorar el funcionamiento del mismo, a lo que el presente decreto alega como Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC).

Con ello se puede exhibir que el Estado peruano sí desarrolla la simplificación como un mecanismo de adelanto tecnológico en el país. Que a su vez ha generado un desarrollo significativo a nivel nacional. No obstante, este presenta carencia de simplificación en diversos sectores que son muy importantes para el desarrollo peruano. Estas se desarrollan, en primer lugar, por trabas burocráticas aún presentes en el sistema de municipalidades, las cuales según “INDECOPI el 51% de las demandas por trabas y sobre costos son aún contra las municipalidades” (William Muñoz, 2011, p. 42). Generando así una ineficiencia en el proceso administrativo dirigido a los ciudadanos, que son los más afectados por el presente hecho.

Otros mecanismos de quiebre aún presentes en el Perú serían la falta de mecanismos tecnológicos más sofisticados en la administración pública. A pesar de los grandes incentivos de las TIC por implementar Plataformas de Interoperabilidad (PIDE) y

otros mecanismos de información tecnológica, todavía se presentan fallas en el objetivo de centralizar todas las entidades administrativas en una sola plataforma. Lo cual se debe a que el país no posee una infraestructura tecnológica lo suficientemente robusta y moderna para lograrlo.

Eso, aunado con las dificultades que presentan las entidades administrativas que se encuentran fuera de la capital para adaptarse a las nuevas tecnologías o de por sí la carencia de poder implementarlas por la zona en la que se encuentran, genera un gran desafío para la simplificación en la implementación de la tecnología al sistema peruano.

De igual manera, se desarrolla una carencia en el acceso de estos servicios tecnológicos a un determinado grupo de ciudadanos, generando así una desigualdad en la sociedad. Esta salvedad al acceso se ve generalmente en zonas rurales con restricciones al acceso tecnológico por su limitada infraestructura digital en el sector administrativo. También, puede deberse por su falta de familiaridad y capacitación con estos nuevos mecanismos.

No obstante, no se puede obviar el hecho de que ello también es fruto de la gran pobreza que atraviesan los pobladores de estos sectores del país. Siendo en su mayoría zonas ubicadas en el sector amazónico y andino del Perú, debido al difícil acceso que presentan muchas de ellas. Todos estos hechos contribuyen a la exclusión social de estos sectores en el acceso a los avances tecnológicos fruto de la simplificación administrativa. Ante estos hechos se plantea la siguiente interrogante: ¿Qué mecanismos se pueden emplear para poder remediar estos acontecimientos?

Una primera propuesta, a manera de solución de las trabas burocráticas desarrolladas en las municipalidades, sería la implementación de “una serie de clasificaciones en las municipalidades” mediante la simplificación administrativa. Ello con el fin de poder agruparlas según su afinidad y capacidad de desarrollo para poder simplificar los trámites administrativos que desarrollan y así generar soluciones más rápidas, factibles y eficientes a los problemas que se puedan presentar.

Este hecho produciría un mayor beneficio a los ciudadanos no solo por la capacidad de resolver sus problemas sino porque estas serían resueltas de la manera más eficiente y rápida posible. Para poder realizar este hecho, es crucial que se implemente en la administración municipal una modernización tecnológica de la información a través de plataformas digitales, pues este permite agilizar el proceso, lo que “conlleva a reducir el tiempo y trámites burocráticos, permitiendo el ahorro de dinero, y mejorar la atención al ciudadano” (Cubas y Heredia, 2020).

Como segunda recomendación, sería la inmersión de un sistema tecnológico más sofisticado en el sistema administrativo. Debido a que el actual es insuficiente e ineficiente para lograr el fin de poder unificar las entidades administrativas en un solo mecanismo. Ello con el propósito de que la simplificación pueda tener una reacción más eficiente en la solución de problemas tanto a nivel local como nacional. No obstante, la sola implementación de nuevos mecanismos tecnológicos no será suficiente para lograr el desarrollo buscado, pues se requiere de una correcta planificación de cómo se irán implementando paulatinamente estos nuevos

organismos digitales y en qué medida, para que de este modo se pueda lograr un cambio significativo.

Solo de esta manera el Perú logrará tener “el clima requerido para garantizar que los avances en materia de gobierno electrónico fueran sostenibles en el largo plazo” (Roseth, Reyes & Santiso, 2018, p.157). Aspectos que México y Uruguay han logrado al implementar estrategias oportunas para la modernización tecnológica de sus respectivas administraciones. Mecanismos que el Perú puede tomar como referencia para poder implementarlo en la nación.

La última recomendación guarda relación con lo anterior mencionado, pues para solucionar la falta de acceso tecnológico en el sector administrativo a determinado grupo de ciudadanos, ubicado en su mayoría en sectores rurales. Se debe de implementar, como ya se ha manifestado, una correcta planificación por parte de las autoridades administrativas competentes. Dicha planificación debe de enfocarse en establecer una conectividad rural al sistema digital a través de bandas anchas que posibiliten el acceso.

Mecanismo que, según López, “debe ser guiado por una comprensión profunda de las necesidades tecnológicas de las zonas rurales y la creación de marcos normativos claros y adaptables” (Emmeline López, 2024, p. 68). Sin la implementación de esta noción por parte de los órganos administrativos de estas regiones, no se podrán superar las limitaciones tecnológicas que sufren y, por consiguiente, seguirá existiendo un desarrollo insostenible y desigual en estos sectores. No obstante, al realizar

una adecuada capacitación a los mecanismos encargados de implementarla, se logrará simplificar este proceso, logrando así una mayor eficiencia.

Si bien este sistema es una solución al problema de desigualdad tecnológica, todavía se presenta un inconveniente en las zonas rurales, y es el de la falta de ingresos económicos de los ciudadanos de este sector. Factor que es crucial resolver, pues, de lo contrario, las planificaciones realizadas a través de la simplificación administrativa no serán efectivas si los habitantes no pueden acceder a ellas debido a la escasez logística. Por lo que, un remedio ante tal acontecimiento sería el incremento de la calidad educativa, del flujo de comercio a través de estructuras productivas y los servicios públicos.

Debido a que mejorar la calidad de enseñanza de los habitantes incrementa sus conocimientos y los dota de habilidades especializadas en determinados sectores, lo que conlleva a que puedan acceder a mejores condiciones laborales. El segundo proporciona a los habitantes tener mayores opciones al elegir un empleo, pues el comercio atrae mayor inversión e incrementa el flujo económico del lugar. El tercero protege a los ciudadanos en el rubro de su labor al implementarles seguridad y justicia. Aunado a esto, la autoridad administrativa competente debe proporcionar tarifas razonables para que la población pueda acceder a estos nuevos mecanismos tecnológicos de la simplificación.

CONCLUSIÓN:

En síntesis, pese a los grandes avances que el Perú ha tenido gracias al Programa de Modernización y Descentralización del Estado (PMDE), este ha sido insuficiente frente a la gran digitalización de la administración pública que se requiere para poder resolver la mala gestión de trámites y servicios del ciudadano. Debido a que todavía persisten desafíos trascendentales como las trabas burocráticas de municipalidades, la falta de mecanismos tecnológicos más sofisticados y la desigualdad de acceso a servicios digitales a ciudadanos que en su mayoría provienen de zonas rurales. Siendo de esta manera la “simplificación administrativa” la estrategia más idónea a seguir, pues facilita y agiliza los trámites y servicios al reducir la burocracia superflua, generando así un sistema más factible y eficiente.

Mecanismo que se logra al implementar una correcta planificación de modernos sistemas digitales mediante bandas anchas que permitan la digitalización administrativa. Asimismo, integra medidas que desarrollan una conectividad con las zonas rurales y promueve un enfoque inclusivo hacia los ciudadanos de dichas áreas. Ello es fruto de una adecuada capacitación y planificación del personal administrativo para implementarlas, logrando así obtener un procedimiento integral en la simplificación administrativa. Estos hechos no solo mejoran la eficiencia del Estado, sino que logran atenuar la corrupción en gran medida al promover procesos más transparentes, generando así un progreso en la calidad de vida de las personas. Siendo una clara evidencia de ello el éxito desarrollado por México y Brasil. De esta manera,

si el Perú acepta tomar esta vía, logrará superar las falencias que aún persisten en la administración pública, alcanzando un desarrollo equitativo y sostenible que le proporcionará una mayor eficiencia y eficacia en los trámites y servicios públicos.



BIBLIOGRAFÍA

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. 1989. Ley de simplificación administrativa. [Ley 25035 de 1989]. (11 de junio de 1989). Recuperado de:

https://app.vlex.com/#CO/search/jurisdiction:PE/ley+simplificacion+administrativa+25035/CO/vid/29907555/graphical_version

Cubas Salazar, L. L., & Heredia Llatas, F. D. (2020). Simplificación administrativa para mejorar la atención al ciudadano en Tramifácil en la municipalidad provincial de Lambayeque. *Revista Ingeniería: Ciencia, Tecnología e Innovación*, 8(1). <https://revistas.uss.edu.pe/index.php/ING/article/view/1550/2249>

Decreto Supremo N° 027-2007-PCM (2007). Define y establece las Políticas Nacionales de obligatorio cumplimiento para las entidades del Gobierno Nacional. Lima: 25 de marzo de 2007. https://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dgcvlg/legisnacional/ds_027_2007_pcm.pdf

Ferney Moreno, L., & Gallo Aponte, W. I. (2019). De la simplificación administrativa a la calidad regulatoria. *Revista De Derecho Administrativo*, (17), 246-271. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/22174>

Ley N° 25035, Ley de Simplificación Administrativa (11 de junio de 1989). <https://docs.peru.justia.com/federales/leyes/25035-jun-10-1989.pdf>

Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (11 de abril de 2001). <https://cdn.gacetajuridica.com.pe/laley/texto-unico-ordenado-de-la-ley-27444-ley-de-procedimiento-administrativo-general-LALEY.pdf>

Ley N° 27783, Ley de Bases de la Descentralización (20 de julio de 2002). <https://faolex.fao.org/docs/pdf/per128976.pdf>

López Flores, E. (2024). Conectividad Rural y la Banda Ancha en los Textos Únicos de Procedimientos Administrativos de las Municipalidades de la Región Ica en el Año 2021, Perú [Tesis de título, Universidad Nacional Federico Villareal]. <https://repositorio.unfv.edu.pe/handle/20.500.13084/8958>

Muñoz Marticorena, W. (2011). Perú: La simplificación administrativa en el marco del proceso de modernización del Estado. Reformas de trámites empresariales. <https://repositorio.ucss.edu.pe/handle/20.500.14095/113>

ROSETH, B., REYES, A. & SANTISO, C. (2018). El fin del trámite eterno. Ciudadanos, burocracia y gobierno digital. Washington D.C: Banco Interamericano de Desarrollo. Recuperado de: <https://publications.iadb.org/handle/11319/8930?locale-attribute=es&locale-attribute=pt&>

¿Qué es y qué función cumple la simplificación administrativa? Algunas consideraciones sobre sus alcances.

Autor: Stefano Mosca Farfan*

Sinopsis: En el presente artículo se busca explicar el régimen de simplificación administrativa, presentando primero cuáles son sus rasgos fundamentales e instituciones generales y buscando, a partir de estos, fijar qué es la simplificación. Asimismo, se busca la definición de simplificación analizando los límites de la misma y cómo ha afectado distintas áreas de la relación de la administración pública con los administrados y con otras administraciones públicas.

Introducción:

La simplificación “jurídica” es un tema tan relevante al día de hoy como hace 30 años. Los esfuerzos de los legisladores y especialistas en gestión pública se centraron en gran medida en ampliar y reforzar el régimen de simplificación en toda vertiente del derecho, aún así, pocas son las ramas que pueden equipararse con el derecho administrativo en cuanto a lógicas de simplificación se refiere. Gran parte de la importancia que los operadores jurídicos otorgan al régimen de simplificación administrativa se debe a la idea fundamental que, debido a la posición de dominio

natural en toda interacción de la administración pública con sus administrados es ella sobre quién debe recaer la mayor parte de la carga probatoria del procedimiento, mientras que el administrado sólo deberá acreditar la legitimidad de sus intereses dispositivos privados. Aún así, es importante definir que la simplificación administrativa no es un “fenómeno” que se desarrolla solo desde la perspectiva de la relación entre la entidad administrativa y los administrados “finales”, sino que se puede abordar la simplificación, también entre las relaciones de las propias administraciones públicas. De lo dicho, se aprecia una de las características fundamentales del régimen de simplificación, su extensión y amplitud, la simplificación como “política pública ” y parte integrante del ordenamiento, sea como conjunto de principios que rigen la actividad procedimental o como serie de preceptos que contienen instituciones concretas de simplificación, es absolutamente transversal a toda actividad de la administración pública. A su vez, esta característica determina la dificultad de definir la simplificación administrativa, pues toda definición implica delimitación, y la simplificación administrativa es, en esencia, cambiante. Limitar la definición de simplificación a instituciones concretas implica desconocer la naturaleza amorfa y adaptable que posee, es pues conveniente imaginarla como un principio de la actividad administrativa que se ve reflejado en determinadas políticas públicas que a su vez determinan instituciones concretas impuestas por el legislador competente. Sin perjuicio a lo dicho, considero que la mejor forma para entender la simplificación

administrativa es iniciar por entender cuáles son sus alcances y límites.

1. Definiciones “negativas” de simplificación administrativa:

La simplificación administrativa, como se ha dicho, es un sistema complejo, conformado por distintas instituciones. Diversos autores al verse confrontados con esta complejidad decidieron brindar una definición “negativa” de simplificación administrativa, desarrollando los límites de esta institución y usando estos como medio para definirla (Brivio, 2022). A continuación iniciaremos explorando algunas “ideas contraintuitivas ” planteadas por Regonini (2022) y otros expertos sobre qué no es simplificar, cuáles son los límites de la simplificación, los institutos de simplificación aplicados a las políticas de regulación y cómo, mediante estos, se establece una definición de simplificación administrativa

1.1. La Simplificación no es sólo jurídica.

La simplificación, como se ha dicho, es un instituto transversal que posee diversas vertientes, ciertamente grandes esfuerzos de simplificación se dedican a la disminución de la complejidad y mejor de la comprensión de las normas pero esta no se limita a resolver la complejidad normativa, sino que es uno de sus ámbitos de acción. La simplificación se puede dividir en simplificación normativa, administrativa, documental etc, esta división responde a que la simplificación se dedica a facilitar distintos tipos de actuaciones, desde la producción normativa hasta la sustitución

documental. La simplificación normativa responde al proceso de recopilar las distintas normas pertinentes para su fácil identificación y a la disminución de la complejidad del lenguaje bajo el cual se escriben las normas para facilitar su comprensión. ver la simplificación administrativa como mera simplificación normativa lleva a una inevitable falla, debido a que esta última es sólo una vertiente de la primera. La simplificación además se relaciona con la experiencia empírica, factual, de los administrados frente a las exigencias y plataformas de la administración pública (Rizzo, 2016), determinando que para simplificar sea esencial el diálogo entre la ciencia jurídica y otras técnicas sobre los comportamientos concretos de los administrados ante una exigencia o portal. La simplificación entonces puede materializarse mediante estudios sobre cómo reducir los costes de tramitación de un procedimiento o como disponer la organización de una sede de la administración pública para su fácil navegación. Como se ha mencionado, la simplificación se basa en la realidad, en la experiencia de los usuarios, en este contexto, la disciplina no se limita al derecho, sino que intervienen distintas profesiones y procesos para que sea efectiva, limitar la simplificación al ámbito meramente jurídico implica desconocer la verdadera extensión de esta institución.

1.1.1 La simplificación como mediador entre la administración pública y los administrados.

La simplificación es uno de los principales medios para mejorar la concepción y relación entre la ciudadanía y la administración pública, el problema de la confianza de la ciudadanía en una

administración pública eficiente es central a la propia supervivencia del estado de derecho (Regonini, 2022), y es en este contexto que tenemos que encuadrar a las lógicas de simplificación administrativa. En palabras de Maraví (2017), los distintos abusos de la natural posición de dominio del estado, reflejados en prácticas como la subversión de la carga probatoria, el excesivo gravamen de requisitos para aperturar un procedimiento, la falta de respuesta de las entidades y la dispersión de la normativa pertinente, no solo complican la realización de trámites administrativos sino que, a largo plazo, delegitiman la actuación de la administración pública. Es así que, se subvierte la idea de administración pública - tutela de intereses públicos y se implantan lógicas de privatización, que conllevan la alteración de la idea de administración pública protectora del interés general y determinan una nueva concepción, la administración pública parásita.

1.2. La simplificación no se hace “solo” por eliminación, sino por agregación: de evidencias y competencias.

En muchos ordenamientos se implantó la idea que cortar es igual a simplificar, lo cual se concretiza en medidas como los Textos Únicos tanto ordenados como de procedimientos administrativos, los módulos homogéneos o el uni módulo para procedimientos distintos, así como la derogación de leyes y otras normas “inútiles”. Pero, este modo de simplificar es parcial y, si se usa como única metodología de simplificación, incompleto (Regonini, 2022). La simplificación por eliminación o compactación, no puede representar la totalidad de los esfuerzos de simplificación, los métodos mencionados siguen la lógica de: menos palabras, menos

normas, menos requisitos, equivale a mejor regulación, lo cual no es cierto pues esta forma de simplificar no implica ni mejor regulación ni mayor comprensión de las razones de la emisión de la normativa relevante.

Verdaderos factores de simplificación no son la mera enumeración cuantitativa de normas o englobarlas todas en un solo texto, sino, que las normas sean nítidas en su entendimiento y armoniosas entre sí, así como que, quien genere los requisitos y quienes evalúen su presentación estén capacitados para dichas actividades. En este orden de ideas podemos plantear el principio base para la simplificación de procedimientos basados en módulos y formatos:

“El Módulo realmente simple es el que se explica a sí mismo” .

De nada sirve homogeneizar los módulos o predisponer un módulo único, si va a unificar procedimientos con finalidades y que implican una actuación de la administración pública diferentes entre sí. Pues el módulo puede ser único, pero, en palabras de Regonini (2022) sí para entenderlo se necesitan 100 páginas de explicación no se simplificó nada. Este criterio entonces nos sirve como guía, en cuanto posee dos vertientes que componen el concepto de “simplicidad”. En primer lugar, los módulos deben ser sencillos, esto es, los módulos no pueden ser excesivamente complejos, deben estar estructurados de forma que sean fáciles de entender y de navegar, asimismo, debe siempre tenerse presente, al momento de redactar un módulo, que la finalidad del procedimiento guiará la complejidad del mismo. Procedimientos con bajo o medio riesgo, en los cuales no se va a afectar el interés

público en gran medida, determinarán módulos sencillos y con pocos requisitos. En segundo lugar, los módulos deben ser adecuados, el carácter de adecuadez implica que el módulo efectivamente se preste para generar un válido elemento de aportación de datos, sean ya necesarios para la apertura de un procedimiento o para generar convicción en la Administración Pública, por lo tanto, todo lo contenido en un módulo deberá servir para aportar, mediante su respuesta, convicción a la administración pública. Es además importante mencionar que las lógicas de simplificación administrativa en su afán por homogeneizar no deben abusar de la competencia de un órgano regional o nacional para imponer unos mismos términos, condiciones y requisitos exigibles a diversas entidades que, sea por su naturaleza, ubicación territorial o tipos de procedimientos que conocen, requieren de imponer exigencias diferenciadas. Concretamente, en épocas recientes se hizo mucho hincapié en homogeneizar las definiciones en los distintos tipos procedimientos. Estos esfuerzos revelan una amplia diferencia entre su fuerte atractivo político y su poca relevancia práctica. La homogeneidad forzada desde lo alto no es falta de costos, pues puede generar problemas de comprensión entre los usuarios finales, los administrados (Rizzo, 2016), es así que se revela el fallo del modelo "Estandarizado", que nos remite a la importancia de realizar concretos estudios sobre la relación coste-beneficio de toda medida de simplificación adoptada, para esto, no basta un administrativista, si no, lingüistas, psicólogos, expertos en lenguaje cognitivo, etc .

1.3. ¿Regulación o reglamentación? El reto de traducir "regulation".

Por años, se identificó a la institución inglesa de "regulation" con el término reglamentación, entendía como la actividad de definición de las normas y procedimientos. Pero, en palabras de Cialella (2019), la regulation o regulación en español, es un tipo de política pública que tiene como objetivo la tutela de un bien público que el mercado garantiza de manera inconclusa o imperfecta, esto es, de manera inferior a cómo sería justo y útil garantizar dicho bien.

Los instrumentos para implementar políticas de regulación son múltiples: campañas de información, programas de educación, incentivos, modernización y empleo de la tecnología y, por último, la reglamentación, esto es, la imposición de normas y procedimientos concretos que limitan el accionar de los administrados, e imponen sanciones por su incumplimiento (Regonini, 2022). Los problemas de excesiva burocracia y carga surgen de este último componente, la reglamentación. Reconducir la reglamentación a una más amplia lógica de regulación permite evaluar la razonabilidad de los métodos elegidos para tutelar los bienes públicos. De hecho, Valentina Miscia (2019) establece que la reglamentación bien planeada y bien implementada no aumenta, sino reduce los costos para los ciudadanos en el mediano y largo plazo.

Dado que muchas veces se obvian los demás instrumentos de actuación estatal para llegar a la protección del interés público específico (campañas de información, incentivos, etc..), la simplificación surge como un medio para limitar la excesiva reglamentación por un lado e igualmente garantizar la protección del interés público por otro. Bajo esta lógica, y en palabras de Cacciaguerra (2010) la simplificación actúa como una balanza , cuyo objetivo es asegurar la existencia de una regulación mínima idónea para garantizar la protección del interés público, basándose en el principio de mínima intervención , eliminando toda reglamentación excesiva. Además, la necesidad de protección de determinados intereses mediante intervención estatal varía inevitablemente con el tiempo, es por esto que los mecanismos de simplificación deben ser capaces de adaptarse y cambiar con rapidez en cuanto se determine mayor o menor necesidad de protección de determinados intereses públicos, debiendo para ello plantearse la proporcionalidad entre la intensidad de la afectación determinada por la reglamentación y la necesidad de protección del interés común determinada legislativamente.

1.4. La incapacidad de adaptar la regulación.

Toda regulación correctamente implementada y, beneficiosa para los ciudadanos se basa en cuatro factores principales, entre los cuales encontramos institutos centrales en los esfuerzos de simplificación administrativa:

- Evaluación de riesgos: La evaluación de riesgos es la primera fase para la correcta planeación e implementación de una política pública de regulación, pues implica entender los efectos, muchas veces imprevistos de la regulación a implementar. La evaluación de riesgos de la normativa creada es una condición esencial para que cualquier esfuerzo de implementación de una regulación efectiva tenga éxito, debido a la importancia de considerar el impacto de la regulación en el tejido normativo, social y económico.

- Análisis de la específica relación entre costos de intervención y beneficios generados: Este análisis, que la administración pública debe realizar, no se puede limitar a los efectos que tendrá la reglamentación en la propia administración, esto es, en los costes gravados a la administración y los beneficios que la misma recaude, sino, en los costos y beneficios que generará para los administrados sujetos a la regulación que se desea implementar. Este análisis entonces tiene una doble vertiente, enfocando los costes y beneficios de la regulación tanto desde el punto de vista del "regulador" como de los "regulados". La importancia de este análisis coste-beneficio se ve reflejada en su establecimiento como exigencia de la estructura normativa, determinada por el reglamento de la ley marco para la producción y sistematización legislativa, en su artículo 3 . Un análisis análogo se puede encontrar en la metodología de análisis de razonabilidad de las barreras, efectuada por la comisión de eliminación de barreras burocráticas del INDECOPI, quien toma en consideración la proporcionalidad de la medida, considerando a su vez el impacto

de la implementación de la regulación tanto en la administración pública como en el administrado afectado por la normativa (Gómez, 2022). La comisión de eliminación de barreras al realizar dicho análisis vela por el respeto a las normas y principios de simplificación administrativa, así como el acceso o permanencia en el mercado de los agentes económicos . Podemos apreciar entonces que la finalidad del análisis coste-beneficio de la regulación consiste en determinar la proporcionalidad de la afectación generada mediante la implementación de la reglamentación, aspecto central, como mencionado previamente, de las lógicas de simplificación administrativa que mediante el principio de mínima intervención realizan un análisis análogo .

- Enfoque de la acción represiva no en la fase ex-ante sino en la fase ex-post: La acción represiva es un instituto del cual dispone la administración pública en el que, después del efectivo otorgamiento de un derecho o habilitación, o como condición para mantener dicho derecho o habilitación, el órgano encargado de la instrucción del procedimiento fiscaliza al administrado y, de no cumplir con las condiciones mínimas, trunca el resultado del procedimiento, siendo el administrado pasible de ver interpuesta una sanción en su contra. La administración no tiene la capacidad logística para fiscalizar a todos los administrados así que utilizan planes de demarcación de los posibles infractores, para detectar todo desvío precoz del comportamiento adecuado, esto, en palabras de Zangrillo (2023), permite “regenerar la relación entre las empresas y la administración pública pasando de un enfoque puramente basado en la sospecha preventiva a uno de los

controles posteriores. Cómo reiterado en varios espacios, las empresas exigen una solicitud, una respuesta y un único control”. El interés por desplazar la fase de control y fiscalización, con la posible acción represiva consecuente, del periodo ex-ante al periodo ex-post, se ve reflejada por distintos esfuerzos legislativos concretados en el artículo 34 del TUO de la ley del procedimiento administrativo general (LPAG) y en el inciso 16 artículo IV del título preliminar del mismo texto normativo, en donde se explicita el principio de privilegio de controles posteriores. Gracias al establecimiento del sistema de fiscalización ex-post mediante la metodología del muestreo, la administración pública verifica semestralmente, como mínimo, el 10% de los expedientes que conoció durante el semestre anterior. De esta forma, las administraciones públicas siguen ejerciendo su potestad de control y fiscalización sobre una parte considerable de los expedientes por ella instruidos sin ralentizar pero, la tramitación de esos mismos expedientes y de los demás procedimientos que conoce. En palabras de Ordoñez (2019), el establecimiento del principio de privilegio de controles posteriores y su concretación mediante la fiscalización ex-post se debe a su necesidad para no afectar la celeridad del tráfico jurídico-administrativo, no es una cuestión de gustos, dice, siendo, antes bien, una entera cuestión de necesidad.

- Proporcionalidad invertida entre historial de adherencia a la normativa y sanción impuesta: Para entender la relación de proporcionalidad invertida es importante primero delimitar algunos aspectos acerca del régimen sancionador.

1.4.1 El Origen del régimen sancionador de la administración pública y sus actuaciones procedimentales:

La administración pública posee una potestad sancionadora, esta potestad no es ilimitada y responde a concretas razones para su existencia poseyendo instituciones propias pero, a su vez, está fuertemente influenciada por otra rama del derecho ¿por qué? Por qué el régimen del procedimiento administrativo sancionador, surge a partir del ius puniendi lo que determina una serie de potestades y limitaciones establecidas a partir de la creación de un estado organizado de forma similar al moderno. En palabras de Linares (2006), un estado que presente todos los caracteres para ser considerado moderno puede encontrarse en Europa ya a finales de 1700, con la doctrina del consejo de estado francés y la escuela de Burdeos. Bajo esta corriente doctrinaria se concibe al servicio público como la principal obligación a desarrollar por parte del estado ; a partir de la instalación de dicho axioma se desarrolla un régimen procedimental general mucho más amplio, que va a aplicarse en multitud de iters procedimentales, pero que seguía estando totalmente desconectado de lo que sería el régimen sancionador, porque este último todavía estaba supeditado al derecho penal.

Es solo con la fase final de las políticas implementadas por el consejo de estado que se inicia a diferenciar el régimen sancionador del régimen persecutorio penal. ¿En qué radica esta diferenciación? Prima facie en los principios aplicables, pero sobre todo, en las consecuencias jurídicas de la condena. El derecho penal es una rama del derecho que respeta en esencia diversos

principios de derecho público, en particular y en primis, el principio de legalidad, como en el procedimiento administrativo sancionador. Pero, sobre la extensión de este principio se inician a apreciar las primeras diferencias entre derecho penal y derecho administrativo sancionador; en derecho penal se estableció que la ley propiamente dicha, era el único instrumento jurídico idóneo para el fin de tipificar delitos. Así, para el derecho penal, la ley es la única fuente normativa idónea para el establecimiento de delitos, mientras que en el procedimiento administrativo sancionador no era sólo la ley la que generaba tipos "sancionadores", sino que también los anexos, reglamentos y los dispositivos normativos sectoriales específicos de las administraciones locales, como las ordenanzas de los gobiernos regionales. La diferencia entonces surge a partir de qué grado, o qué intensidad del principio de legalidad aplicar, si solo la ley propiamente dicha o toda norma formal competente mientras la entidad cuente con potestad sancionadora. Lo dicho, debido a la evolución y la complejidad que inicia a adquirir el tipificar las infracciones que van a ser pasibles de sanción administrativa ya que se consideraba que por su extensión y carácter sectorial la tipificación no podía limitarse a lo establecido en la ley propiamente dicha, sino que la determinación debería ser realizada por entidades o gobiernos locales, que tengan competencia para fiscalizar y sancionar. Mejía citando a Nieto (2008), afirma que, con el reconocimiento del poder sancionador a la Administración, ésta inició a poder expedir reglamentos de carácter sancionador, con la limitación de la cuantía de las penas. En el mismo sentido,

Nieto (2005) afirma que el sistema en ese momento mostraba, que los jueces tenían la potestad penal para castigar según el código penal (determinado por una ley ordinaria) y conforme a un procedimiento formal. Al mismo tiempo, determinadas autoridades administrativas, podían ejercer, según los reglamentos generales y locales, la potestad sancionadora, sin atenerse a las reglas del procedimiento judicial formal legislativamente establecido (determinado por un reglamento sancionador).

El segundo punto es la diferencia que inicia a desarrollarse a partir de la consecuencia jurídica de la condena, en el procedimiento penal prácticamente la única consecuencia existente al momento de ser declarado culpable era la prisión. Pero, en el procedimiento administrativo sancionador se inicia a diferenciar la consecuencia jurídica de la condena y se inaplica la institución de la pena carcelaria. Fundamentalmente el cambio se determina debido a que se instruían infracciones de menor intensidad en los procedimientos administrativos sancionadores. Existe entonces un cambio, una evolución en la forma de concebir el rol de la administración, se entiende que la administración pública puede generar rentas a través de los servicios que otorga a la comunidad. Se determina además que el sancionar infracciones es un servicio otorgado a la ciudadanía, entonces a través de la ejecución del servicio se pueden generar beneficios. Esto conllevó el establecimiento de una sanción meramente pecuniaria como la consecuencia de "infracciones menores"; es justamente el inicio de una determinación puramente pecuniaria de la pena lo que inicia la diferenciación del régimen administrativo sancionador del

derecho penal y funge como antecedente del actual sistema de graduación de la pena en base a la intensidad de la infracción y al historial de cumplimiento. Es así que Mejía (2008) establece el primer factor de diferenciación entre ilícito penal y infracción administrativa como uno meramente cuantitativo afirmando, “en este queda establecido de forma clara la distinción de ámbitos, con la importancia del criterio cuantitativo de la infracción, al otorgar facultades sancionadoras a los entes gubernativos, para dirimir los conflictos de menor cuantía”. Además, se inicia a concebir a la potestad sancionadora del estado, como un medio para servir el fin último de la administración pública, garantizar derechos y concretar garantías. Justamente se inicia a apreciar al procedimiento administrativo sancionador como una forma de seguir garantizando derechos otorgados por la administración pública. El procedimiento administrativo sancionador, tiene como fin, por un lado, desalentar la realización de infracciones (fin preventivo general) y castigar al infractor (fin punitivo específico). Así como, determinar los hechos materia de sanción y dar al ciudadano la oportunidad de la defensa correspondiente para evitar la arbitrariedad en la imposición de sanciones, el proceso administrativo sancionador entonces, es la concretación de las finalidades y principios de esta rama del derecho administrativo. Dentro de este orden de ideas, la administración no se puede limitar a la imposición de una sanción sin realizar primero, una graduación de la conducta infractora y, en segundo lugar, una determinación del historial de cumplimiento del administrado

infractor para matizar correctamente la gravedad de su conducta y, en consecuencia, determinar la sanción imponible.

1.5. La falta de capacidad para aprender de los errores previos

Una organización burocrática es una organización que no logra corregirse en base a sus errores. Una política regulatoria que no contempla fases de evaluación tanto interna como independiente, está condenada al fracaso a largo plazo, la evaluación institucional de las políticas regulatorias es esencial a gran escala y por eso es importante recalcar que el análisis de impacto regulatorio no sólo debe considerar el efecto de las limitaciones y normas establecidas, sino el impacto de toda la política pública, vista como un conjunto de instrumentos, no solo la reglamentación. Es justamente a través del análisis de las políticas públicas implementadas que se puede medir en qué medida afecta la buropatología a la administración pública y como debido a ella se desvirtúan las lógicas de simplificación.

1.5.1 El fenómeno "Buropatológico".

Buropatología es el sentido de inseguridad personal que induce a un funcionario a privilegiar de modo anormal su propia autotutela en vez de los fines de la organización en la cual opera. Para el funcionario tipo, el principio, es mejor un módulo más que uno menos es una forma de asegurarse ante el elevado riesgo de sanciones por parte de los superiores y los órganos de control externos. Thompson (1961) citado por Rodriguez (2014), determina que las "buropatologías" son los comportamientos disfuncionales de las estructuras organizacionales, es decir,

cualidades exageradas tales como resistencia al cambio y rutinas rituales que en las burocracias se refuerzan entre sí generando un círculo vicioso. Prats citado por Rodriguez (2014) afirma además, que en América Latina las administraciones públicas padecen de buropatología a consecuencia de procesos incompletos de implantación del modelo burocrático, ya que se caracterizan por una planificación difusa o ausente, procesos de evaluación aislados, arbitrariedad en los procesos de decisión, opacidad y clientelismo. Un ejemplo rampante de la buropatología en acción dentro de la administración pública nacional es revelado por el índice de burocracia en América latina 2022, estudio elaborado por Atlas Network. Entre los resultados obtenidos a través del índice se destaca la extensa carga y gran cantidad de tiempo que se deben invertir para tramitar diversos procedimientos, esto es particularmente grave en el caso de los dueños de pequeñas empresas, que deben invertir 591 horas en promedio en el cumplimiento de trámites burocráticos cada año . En este contexto. La simplificación administrativa es la principal solución a los desafíos presentados por las lógicas de la buropatología al ofrecer concretos instrumentos de gestión que rompen con la excesiva necesidad de módulos y requisitos, determinando que solo los requisitos fundamentales a la tramitación del procedimiento sean exigidos. Otros mecanismos de simplificación implementados para combatir los efectos de la buropatología en los procedimientos administrativos fueron la implementación de plazos concretos para emitir una respuesta respecto del pedido presentado por el administrado y, en caso no obtenga una

respuesta dentro del plazo prescrito, el mecanismo de los silencios administrativos subentra para evitar que el administrado caiga en estado de indefensión, pudiendo según el silencio sea positivo o negativo, considerar su solicitud como aprobada o interponer un recurso impugnatorio de la denegatoria ficta.

2. Simplificar, el balance de intereses.

Simplificar significa ir al corazón de las cosas y a la esencia de un problema, esto implica remover todo aspecto no esencial, pero no solo eso. En palabras de Munari (2013), todos son capaces de complicar, pero pocos son capaces de simplificar, pues para simplificar hay que quitar, y para ello, hay que saber que quitar. Eliminar, al contrario de agregar significa reconocer la esencia de las cosas y comunicarlas en su esencialidad.

La simplificación como política pública se basa en tres principios fundamentales, Transparencia, velocidad y racionalización y; participación, bajo estos principios, una administración pública debe ser rápida, transparente y eficiente, pero la simplificación no es solamente endo procedimental sino que trasciende al procedimiento administrativo y en esencia, tiene como objetivo balancear correctamente las finalidades e intereses de las partes que actúan en toda relación administrativa, intereses que raramente son convergentes. Por ejemplo en los procedimientos de autorización o control, el objetivo de los ciudadanos y agentes económicos es el de reducir los vínculos y obtener espacios de acción más amplios, mientras que el objetivo de la administración pública es el de garantizar los derechos constitucionales de equidad y homogeneidad en el trato, frente a estos contrastes de

intereses objetivos sirve poco reducir los tiempo de acción y de procedimiento, así como reducir la carga y coste documental, sino que se debe abarcar un problema más profundo el balanceo de estos intereses requiere una clara métrica coste beneficio, para ambas partes. El proceso de simplificación se rige en base al principio de mínima intervención, por lo tanto, se busca generar normas que determinan un comportamiento predecible por parte de la administración pública pero que dejen suficiente espacio para permitir una actuación no encasillada y burocrática, sino dinámica y eficiente por parte de la misma administración pública y sus órganos.

2.1 Una cuestión de confianza.

Para que los esfuerzos de simplificación sean fructíferos debe balancearse correctamente la reglamentación impuesta a la administración pública y la libertad de movimiento y dinamismo que esta última debe tener. Este último aspecto de la simplificación es obviado en muchas ocasiones pues existe una sistemática falta de confianza entre autoridades tanto jerárquica como organizativamente relacionadas. Para entender el nivel de confianza que una autoridad tiene sobre sus órganos y las autoridades entre sí, hay que determinar cómo responde a la pregunta ¿Cuánto espacio tiene la administración para interpretar, aplicar o integrar la norma?

La respuesta usual suele ser “ninguno”, ni el legislador tiene confianza en la administración pública ni los organismos nacionales de la administración pública tienen confianza en otros organismos de ella dependientes, ni estos de organismos menores y así

sucesivamente. Esta falta de confianza genera poco margen de movilidad e interpretación para las administraciones y hiperproducción normativa, pues los órganos superiores con capacidades reglamentarias así como el poder legislativo adoptan una postura de "control total", implementando regulaciones sectoriales en demasía específicas para regular toda conducta de la administración que terminan por ralentizar la tramitación de procedimientos administrativos y, en general, toda actuación de la administración. El argumento usual para la hiperproducción normativa es el respeto del principio de legalidad y previsibilidad que rige las administraciones públicas. La confianza bien plantada en una administración pero, no implica la violación del principio de legalidad ni permite una actuación errática o arbitraria de la administración, sino brinda el espacio suficiente para que a través de sus órganos resolutores pueda interpretar la norma pertinente a los procedimientos que conoce, generando así más predictibilidad y adaptabilidad a las situaciones concretas. Esto no solo tiene consecuencias en los organismos, sino en los funcionarios de dichos organismos y órganos que prefieren, declarar inadmisibles o improcedentes, toda petición que no cumpla con absolutamente todos los detalles normativos establecidos, determinando que posean mayor libertad a la hora de aplicar la norma, siguiendo su criterio técnico y las máximas de la experiencia sin apegarse excesivamente a la literalidad del texto normativo..

3. Definición de simplificación administrativa

Como hemos podido apreciar, la simplificación administrativa es un fenómeno complejo, polifacético, que se va a poder abarcar de distintas maneras y que cambia a según de qué prerrogativas se le asignen o que rol dentro de los procedimientos administrativos se le otorgue. En este contexto, dar una definición “positiva” de simplificación administrativa es casi imposible, pues es un fenómeno dinámico que cambia, por ejemplo, según el tipo de procedimiento, sobre quien recae la carga o quien ejerce la acción. Para los fines de este trabajo, vamos a plantear el procedimiento administrativo como: La política pública políticamente definida, legislativamente creada y administrativamente implementada, destinada a facilitar el acceso a decisiones sustanciales y pertinentes por parte de la administración pública. Esta definición por cuanto, inevitablemente, amplia, reúne las características principales, la esencia, de la simplificación administrativa.

3.1 La simplificación administrativa como política pública

La simplificación administrativa es, primero que nada una política pública, un determinado plan de acción creado mediante decisiones de naturaleza política que serán implementadas en la realidad generando un cambio en el estado factual de las cosas. Son entonces el objeto de la expedición normativa y, a la vez, el sujeto de la actuación y límites de la administración pública.

3.2 Destinada a facilitar el acceso a decisiones sustanciales

Otra de las características fundamentales de la simplificación administrativa, es su orientación hacia el principio de verdad material. Este principio transversal a toda administración pública, funge como guía de los esfuerzos normativos de simplificación administrativa y como medio de integración para determinar la actividad de la Administración pública en materia de simplificación, ahí donde no esté expresamente regulado. El principio plantea que la administración pública debe conocer la verdad material de las cosas, esto debido a que va a proteger intereses públicos y no puede entonces fiarse simplemente de lo que la o las partes en contienda de ser el caso, aceptan como verdadero o como controvertido. Por lo dicho, la administración pública debe actuar de oficio las pruebas necesarias para determinar la verdad de lo afirmado por los administrados y las posibles afectaciones al interés público que se pueden generar en el marco de un procedimiento administrativo. En este orden de ideas, la simplificación administrativa busca que en todo procedimiento administrativo se resuelva sobre el fondo y no sobre la forma, dejando, como veremos más adelante, gran libertad al administrado al determinar los momentos de instrucción - actividad, esto es, de presentación de elementos de convicción para con la administración pública. La administración entonces, al perseguir esta finalidad no debe asignar importancia a formalismos o fórmulas sino a las que sean necesarias para el correcto funcionamiento de la misma, debiendo primar el conocimiento real

de las cosas para determinar su actividad de protección de intereses comunes.

Es en este contexto se determina que el administrado va a tener libertad de elegir el momento de aporte de las pruebas hasta antes de la emisión de la resolución final, instituto procesal que se encuentra recogido transversalmente a lo largo de distintos ordenamientos. La simplificación administrativa al tutelar justamente los ya mencionados interés públicos, tiene como característica la eliminación de formalidades y requisitos innecesarios, pues cada procedimiento que termina en un fallo de forma es una oportunidad perdida por la administración pública para evaluar el estado real de las cosas y cumplir con su finalidad última, la protección de los intereses públicos concretos.

3.3 Destinada a facilitar el acceso a decisiones pertinentes

Reconducir la idea de simplificación administrativa solo eliminación de requisitos de forma pero, es despojar a esta institución de su esencial carácter polifacético, pues una institución de simplificación administrativa, tan importante cómo la priorización de la emisión de fallos de forma y no de fondo, es que estos fallos sean pertinentes.

¿Qué quiere decir que un fallo sea pertinente en las lógicas de simplificación de las decisiones de la Administración pública? El concepto de pertinencia en las lógicas decisorias de la A.P no se determina por el resultado positivo o negativo del fallo emitido, sino que estos fallos deben estar, correctamente sustentados y sobre todo deben ser predecibles. En este momento entra a tallar

otro de los más importantes principios que orientan la actividad de la Administración pública, el principio de previsibilidad, que determina que las decisiones de la Administración pública deben guardar constancia y concurrencia con las decisiones previas emitidas por la misma entidad u órgano, para que el administrador sepa cuál es el criterio de la administración al momento de resolver y pueda entonces tomar las precauciones y determinaciones necesarias para recibir un fallo positivo. El elemento o característica, pertinencia en las lógicas de administración pública, va a determinar entonces que no sea simplemente la emisión de un fallo lo que se obtenga mediante la aplicación de los institutos de simplificación, sino que ese fallo esté debidamente fundamentado y sea predecible con respecto a los criterios resolutivos anteriores de la entidad.

4. Como simplificar?

Después de haber visto que es la simplificación y a que responden los esfuerzos de la administración pública para implementar un régimen procedimental que respete e integre esta política pública la pregunta surge espontánea ¿Como simplificar? Ciertamente las formas de simplificar son muchas y diversas, interviniendo en diversas etapas del procedimiento. Pero, la simplificación administrativa no se limita al procedimiento sino incide en toda relación fáctica o jurídica que se pueda crear entre una entidad administrativa y el administrado. De esta forma, las estrategias de simplificación no se limitan a disposiciones normativas que impongan obligaciones para con la administración pública y quiten gravámenes a los administrados, asimismo, tampoco se limitan a

invertir la carga de la prueba y el aporte de elementos de convicción, ni requisitos necesarios para la apertura del procedimiento. Las estrategias de simplificación entonces no son meramente endoprocedimentales, esto es, no se limitan al procedimiento, tampoco se contingen a las fases de acceso y salida al procedimiento, sino que determinan toda relación entre administrado y administración pública. La simplificación es así absolutamente transversal y trasciende el ámbito de competencia jurídica (la emisión de normas) y se adentra en áreas como el diseño y modulación de las oficinas de atención de las administraciones públicas, la ciencia de datos y la ingeniería de sistemas en la construcción de los portales institucionales de las administraciones y un largo etcétera de profesiones que entran a tallar en un proceso de simplificación que debe ser, en esencia, interdisciplinario. No obstante lo dicho, el principal medio de simplificación se relaciona con la normativa de simplificación que deben de seguir las administraciones públicas al momento de conocer un procedimiento administrativo, desde la solicitud de apertura hasta la resolución final las normas de simplificación intervienen en cada fase del iter procedimental.

Conclusiones

La simplificación administrativa es una institución transversal, en constante cambio y movimiento, cuya finalidad es adaptarse constantemente a medida que la administración pública cambia, aumenta o disminuye sus exigencias, con la finalidad de mantener el balance entre el interés público protegido por la administración pública y el principio de proporcionalidad horizontal, según el cual la administración pública debe favorecer la libertad y actividad entre privados, así como el libre mercado antes de la intervención de la maquinaria pública.

En contexto, la simplificación es una política pública que, por naturaleza, está destinada a evolucionar y transgredir las definiciones actuales. Sin perjuicio de lo dicho, podemos describir a la simplificación administrativa como “la política pública políticamente definida con la legislativamente creada y administrativamente implementada, destinada a facilitar el acceso a las decisiones sustanciales y pertinentes por parte de la Administración pública”. Esta definición engloba los distintos aspectos a partir de los cuales se desarrollan las instituciones concretas de simplificación, sin dejar de lado su objetivo final y razón de la implementación de los mecanismos concretos, facilitar las interacciones con la administración pública procurando generar eficiencia, eficacia y economicidad.

* Locador de servicios jurídicos en la Comisión de eliminación de barreras burocráticas en INDECOPI. Adjunto de cátedra en Derecho Administrativo. Estudios completados en el programa de

formación especializada en simplificación administrativa por la
Università di Napoli Federico II



UNIVERSITÀ
DI NAPOLI
FEDERICO II

Bibliografia:

Brivio, V. (2022). Prefazione a la semplificazione amministrativa, un cambiamento complesso, un risultato indispensabile. Anci Lombardia.

<https://www.polis.lombardia.it/wps/wcm/connect/7a4dbfe0-a42d-42de-aae3-1d7a2e6bf1aa/Ebook.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=7a4dbfe0-a42d-42de-aae3-1d7a2e6bf1aa>

Cacciaguerra, M. (2010). La semplificazione amministrativa: studio sul concetto e gli istituti nell'ordinamento italiano. [Tesis de Doctorado, Università di Firenze]. Repositorio académico de la Università di Firenze.

<https://hdl.handle.net/2158/567703>

Ciallella, G. & Miscia, V. (2019). La regulation en el contexto de la liberalización. LUISS Law Review, revista online del centro di ricerca. <https://dream.luiss.it/2013/02/02/la-regulation-nel-contesto-delle-liberalizzazioni/>

De Entierra et al. (2004). Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. Quinta edición. Civitas.

Gómez Apac, R. H. (2022). El análisis de impacto regulatorio y el régimen de control de las barreras burocráticas como herramientas para la modernización de la administración pública. Tribunal Andino.

<https://www.tribunalandino.org.ec/libros/ElAnalisisImpactoRegulatorioRegimen.pdf>

Huaman Ordoñez, A. L. (2019). Procedimiento administrativo general comentado. T.U.O. de la ley N° 27444. Jurista Editores.

[https://www.juristaeditores.com/producto/procedimiento-administrativo-general-comentado-t-u-o-de-la-ley-n-27444 /](https://www.juristaeditores.com/producto/procedimiento-administrativo-general-comentado-t-u-o-de-la-ley-n-27444/)

Levy, S et al. Índice de Burocracia en América Latina 2022, Center for Latin America. Atlas Network.

www.atlasnetwork.org/ibal2022

Linares Jara, M. (2006). *El contrato administrativo en el Perú. *Círculo de Derecho Administrativo*, (1), 285-308.

Maraví Sumar, M. (2000). La simplificación administrativa: un asunto complejo. *THEMIS *Revista de Derecho*, (40), 289-299.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/1030>

Maraví Sumar, M. (2017). Mecanismos de simplificación administrativa a la luz de las recientes modificaciones a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444, y la reciente Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas, Decreto Legislativo 1256. *IUS ET VERITAS*, (54), 66-99.

<https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201702.003>

Mejía Patiño, O. A. (2008). Reseña histórica del derecho administrativo sancionador. *Novum Jus*, 2(1), 259–284.

<https://novumjus.ucatolica.edu.co/article/view/898>

Merlo Rodriguez, I. (2014). La burocratología en las administraciones públicas de América Latina, el problema. El Open Government, ¿la solución?. XX Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública.

[https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/285F16D2B09F79A105257F5C00720775/\\$FILE/merloiva.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/285F16D2B09F79A105257F5C00720775/$FILE/merloiva.pdf)

Nieto, A. (2005). Derecho administrativo sancionador (4.^a ed.). Madrid: Tecnos.

Regonini, G. (2022). Dieci idee controintuitive per la semplificazione amministrativa. Anci-Lombardia. http://www.politichepubbliche.org/files/Dieci_idee_controintuitive_per_la_semplificazione_amministrativa_.pdf

Rizzo, S. (2016). Burocrazia y normas de construcción: 8 mil formas de definir una terraza. Corriere della sera, 27 gennaio 2016.

https://www.corriere.it/cronache/16_gennaio_27/burocrazia-regolamenti-edilizi-italia-ci-sono-8-mila-modi-definire-veranda-2cb5a184-c474-11e5-8e0c-7baf441d5d56.shtml

Zangrillo, P. (2023). Semplificazione amministrativa: verso una pubblica amministrazione alleata delle imprese. Confartigianato.

https://www.funzionepubblica.gov.it/sites/funzionepubblica.gov.it/files/SEMPLIFICAZIONE_AMMINISTRATIVA_VERSO_UNA_PUBBLICA_AMMINISTRAZIONE_ALLEATA DELLE IMPRESE.pdf

Transparencia Y Rendición De Cuentas: Mecanismos Para Fortalecer La Transparencia En La Administración Pública Y Combatir La Corrupción

Mell Ximena Tineo Vilchez

Resumen

Este ensayo analiza la relación del concepto de transparencia, comprendido como la disposición de información de índole social, política y económica generadas en las organizaciones burocráticas que tiene disposición del escrutinio público, lo que hace que esta información sea accesible, veraz y confiable. Esta información proporcionada debe tener un aspecto relevante "ser de acceso público", pese a ello, se debe tener en cuenta que existe información que en algunos casos no podrá ser compartida siempre y cuando existan razones justificadas para mantenerlas en reserva por temas de seguridad pública. En cuanto a la rendición de cuentas entendida como la obligación de carácter pública o privada, de explicar los actos administrativos ante la sociedad y asumir la responsabilidad de sus decisiones. Este escrito sostiene que ambos elementos son relevantes y fundamentales en una vida democrática, tanto en relación con la participación ciudadana como la cercanía de las instituciones gubernamentales con los ciudadanos. Asimismo, se analizan los esfuerzos realizados por Perú para construir un marco adecuado para lograr la eficacia y transparencia de las organizaciones públicas y establecer límites sobre el ejercicio de poder político.

INTRODUCCIÓN:

La rendición de cuentas y el que la información sea de carácter público considero que son mecanismos fundamentales en cualquier sistema democrático, pues ambas formas representan ser herramientas que promueven una participación ciudadana y acercan a la sociedad a conocer y ser parte de los procesos gubernamentales que como país se toman a diario. Ello no solo crea mejores canales de comunicación y transparencia entre el Estado y los demás sectores, sino que también transforma la concepción sobre un "servicio público". La finalidad de estos mecanismos debería ser mejorar la gestión gubernamental y que el desempeño de cada funcionario público esté siempre supervisado por un escrutinio público constante tanto de las autoridades como también por parte de la ciudadanía.

En cuanto a la rendición de cuentas Landa (2017) menciona que este es un mecanismo estrechamente relacionado a derechos fundamentales como la libertad de expresión y libertad de información y el derecho de acceso a la información pública, este mecanismo está respaldado para que las personas puedan defender sus derechos frente a actitudes desleales.

La rendición de cuentas y el acceso a la información son pilares fundamentales de cualquier sistema democrático. Estos mecanismos permiten a los ciudadanos involucrarse y acercarse a los procesos de gobierno, abriendo nuevas vías de comunicación entre el Estado y la sociedad. Su implementación y aceptación requieren un cambio cultural profundo en la forma en que se entiende y practica el servicio público, pues exigen que la gestión

gubernamental y el desempeño de los servidores públicos estén sujetos al análisis crítico de la ciudadanía.

El principio de rendición de cuentas se basa en derechos como la libertad de expresión y la libertad de asociación. Landa (2017) menciona que estos derechos permiten que las personas se organicen y defiendan sus ideas e intereses en relación con las acciones del gobierno. Todo ciudadano debe tener acceso a la información necesaria para comprender y evaluar dichas acciones, ya que la falta de rendición de cuentas afecta la credibilidad y legitimidad de las instituciones gubernamentales. Cualquier entidad que actúe en el ámbito público debe justificar sus acciones ante la sociedad y aceptar las consecuencias de las mismas. Esto requiere mejorar los mecanismos de consulta y diálogo, no solo ofreciendo información, sino también promoviendo oportunidades para la participación activa de la ciudadanía en la elaboración de políticas públicas.

Martínez Fernández (2015) menciona que la transparencia, se entiende a partir de la difusión abierta y accesible de información sobre las actividades administrativas y políticas a la sociedad, lo que facilita que cualquier persona que requiera conocer de estas decisiones puedan analizarla y en caso note irregularidades comentarlas a las autoridades pertinentes. Este mecanismo también abarca aspectos como la publicación de presupuestos auditados, estadísticas económicas, remuneraciones de funcionarios, resultados de concursos públicos u otros datos de relevancia social. Por lo tanto, la falta de transparencia y claridad en la información, al permitir que quienes la controlan puedan

manipularla o restringirla de manera indebidamente, generaría un escenario propicio para el abuso de poder y la corrupción. Es muy importante considerar que la información que analizamos en este ensayo tenga el carácter de “pública” y esté disponible sin obstáculos, sea relevante socialmente y contribuya en la mejora de políticas públicas

Estos mecanismos deberían ser parte de todo gobierno democrático pues, el manejo de una política pública transparente, clara y veraz contribuye que los ciudadanos conozcan su rol en este tipo de procesos administrativos y aunque como lo analizaremos en el ensayo algunos pueden argumentar que la transparencia pueda dificultar ciertos objetivos gubernamentales, con certeza que pese a ello es imprescindible garantizar el máximo nivel de apertura de difusión de esta información, no solo porque esto asegure una distribución más justa de los recursos públicos, sino que también ello favorezca la viabilidad de las políticas mediante el involucramiento de la ciudadanía en la toma de decisiones.

DESARROLLO:

La corrupción considerada como un mal social, es un fenómeno que está estrechamente vinculado con la falta de transparencia y de mecanismos efectivos de rendición de cuentas por parte de los funcionarios y autoridades correspondientes. Conceptualizar a la corrupción de una sola moneda es bastante caótica y complicada, pero si podemos relacionarla al uso indebido de recursos públicos financieros, políticos o legales para poder obtener beneficios o ventajas personales. Este fenómeno se intensifica en contextos donde

los sistemas legales que son los encargados de supervisar que exista un control no son suficientes o en el peor de los casos, estos son inexistente, permitiendo que quienes ostentan estos cargos de poder abusen y ejerzan sus funciones de manera discreta y abusiva. Como se mencionaba anteriormente, conceptualizar la corrupción es un bastante caótico, pues este fenómeno abarca diversas conductas que van desde la apropiación ilícita de los recursos públicos hasta la captura del Estado Constitucional. Se menciona la apropiación de recursos públicos debido a que este implica que los funcionarios que se encuentran ejerciendo cargos públicos utilicen los bienes que están bajo su administración para su beneficio personal o el de personas que sean cercanas a este, escenario que en más de una oportunidad hemos presenciado en el contexto peruano.

Por otro lado, Canosa (2008) menciona que la alteración administrativa se basa en el cambio abrupto malintencionado de acelerar o modificar procedimientos y regulaciones administrativas con el objetivo de otorgar ventajas indebidas a cambio de incentivos ilícito o sobornos, actitudes que vulneran los principios del procedimiento administrativo generando desigualdad y una percepción de impunidad entre los ciudadanos. Este fenómeno social no solo afecta la equidad y la eficiencia, sino también los recursos públicos administrativos que Espinosa-Saldaña (2017), analiza en base a la interacción entre el Estado y los ciudadanos, destacando su papel crucial para lograr la limitación del poder, la protección de los derechos fundamentales y la supremacía de la constitución.

Algunos de los efectos negativos que causa ello son el resquebrajamiento de la confianza entre la ciudadanía y el Estado, perjudicando a las poblaciones más vulnerables que dependen de servicios públicos, eficientes y justos para poder satisfacer sus necesidades básicas que toda persona tiene derecho a recibir. Frente a esta situación donde la corrupción nos afecta,

Martínez Fernández (2015) sustenta que la transparencia y la rendición de cuentas son mecanismo que contribuyen para frenar la corrupción, pues estas permiten visibilizar las acciones de los sectores públicos, evidenciando las posibles irregularidades que existan y sancionando conductas que vayan en contra de nuestro ordenamiento. En la misma línea del análisis, la rendición de cuentas como mecanismo destaca por exigir que los funcionarios públicos expliquen y justifiquen la toma de sus decisiones, sometién dose a mecanismo de escrutinio interno y externo que evalúen la eficiencia de sus acciones así como la legalidad. En cuanto al control interno esta fiscalización adquiere un rol protagónico debido a que contribuye identificando y corrigiendo las fallas propias de la administración pública; el control externo se encarga de revisar los resultados e informes presentados por las instituciones fiscalizadas por organismos independientes. Estos mecanismos no solo garantizan el cumplimiento de las normas legales y el correcto funcionamiento de nuestro ordenamiento jurídico, sino que también permiten evaluar la racionalidad y la eficiencia de las políticas públicas. La Ley de Procedimiento Administrativo (LPAG), establece una gama de principios como la legalidad, proporcionalidad, imparcialidad, buena fe procedimental

como guías para la adecuada actuación administrativa que no solo busca prevenir posibles abusos de poder, sino que también los cargos públicos se ejerzan de manera correcta y justa.

Sanchez Moron (2011), sustenta que la Administración pública debe actuar conforme a la ley y estar orientada a satisfacer el interés público, manteniendo un balance entre los objetivos colectivos y los derechos fundamentales de cada persona. Este argumento refuerza la necesidad de una legalidad formal con compromiso ético y material con fines que justifiquen que el poder público se ejerza en beneficio de la sociedad.

El derecho a la libertad de información y el acceso a la información pública, son derechos fundamentales que como lo manifiesta Cesar Landa (2017) se entienden como el conjunto de normas que le permite a los ciudadanos acceder a información de interés público generada por los organismos del Estado. Asimismo, protege la privacidad de datos personales y la confidencialidad de ciertas materias que estén estrechamente vinculadas con la seguridad nacional. Los derechos fundamentales son un componente elemental para promover la transparencia y fortalecer la rendición de cuentas del sistema democrático. Si bien como todo derecho fundamental ninguno de estos es absoluto y tiene límites de protección siempre que se compruebe que la información sea de carácter privado y no tenga relevancia pública, pues establecer límites claros ayuda a prevenir el uso indebido de información en una era tan digital como la actual. Es importante considerar la privacidad personal que cada persona

posee a pesar de ostentar un cargo público, como investigaciones de aspectos de la vida de los funcionarios, creencias personales, relaciones familiares, preferencias políticas, orientación sexual o datos financieros. Sin embargo, como todo derecho ponderable, si se demuestra que el funcionario podría estar coludido con otros en actos que vulneran los actos administrativos se podría hacer una investigación de aspectos claves para demostrar que se incurrió en el algún principio del procedimiento administrativo. Según Aranda (2013), el respeto a la privacidad refuerza libertades esenciales como el derecho a la libertad de expresión, libertad de pensamiento, pues así como el Estado debe sancionar a los funcionarios que desempeñen de mala manera sus funciones, también debe existir un límite de respetar las esferas personales.

Aunque estas limitaciones son indispensables para proteger intereses colectivos y garantizar la libre toma de decisiones de los funcionarios y que estas no dificulten el desempeño de sus funciones, considero que la protección del secreto excesivo, podría generar un riesgo bastante alto al crear desconfianza hacia las demás instituciones y propiciar el uso indebido de la información para satisfacer sus intereses particulares. De esta manera, es fundamental que las restricciones estén claramente definidas y reguladas por la ley para esclarecer los límites del acceso a la apertura informativa. En el caso peruano la LPAG enfatiza que salvo excepciones justificadas, la información gubernamental perteneciente al dominio público debe ser accesible para fortalecer la estabilidad de la confianza ciudadana. Además de ello, también considero que el acceso a la información pública como mecanismo

contra la corrupción impulsa cambios sociales en las decisiones políticas, económicas y legales que garantizan una administración transparente y justa. Como señala Martín Mateo, R., & Díez Sánchez, J. J. (2012) los costos de una información distorsionada o falsa pueden ser muy elevados, afectando tanto la estabilidad social y económica como la democracia estatal dentro de un estado de derecho.

Participación ciudadana y transparencia y democracia como claves para la consolidación de un régimen democrático. Para esbozar mejor la estrecha relación que guardan la transparencia, el acceso a la información y la democracia, es necesario adoptar un enfoque realista, este ensayo no busca dividir de manera rígida estos términos, ya que su entendimiento por separado forzararía a dilucidar aspectos que no cumplirían con el objetivo que buscamos analizar.

Sanchez Morón (2011) menciona que la transparencia y el derecho a la información pública como lo mencionamos anteriormente son mecanismos elementales para la democracia, así como también la participación ciudadana se entrelaza con la transparencia en su dimensión práctica en la medida que esta participación sea activa en asuntos públicos y políticos, donde a pesar de tener interés también es necesario que esta información esté al alcance de todos los ciudadanos.

Para que esta relación de participación activa entre el Estado y la sociedad sea efectiva y visible es indispensable crear un entorno que fomente el acceso a la información pública así como la confianza en las instituciones públicas y privadas. Asimismo,

considero que cuando la rendición de cuentas se ejerce de manera correcta, esta se convierte en una gran herramienta que legitima la acción del gobierno y les permite a los ciudadanos evaluar y contribuir con la eficacia del correcto funcionamiento del ordenamiento jurídico, así como contribuir al desarrollo de las políticas públicas

Sin embargo, también debemos de considerar que la participación ciudadana tiene límites que no deben ser dictados por los intereses de actores políticos, es decir si las decisiones fueran determinadas exclusivamente por los gobernantes, la población ciudadana podría ser manipulada para satisfacer fines particulares, alejándose de lo democrático. Es por ello, que será determinante que la población ejerza su participación con conciencia social, que implique tanto su compromiso con el bien colectivo y una vigilancia activa sobre las decisiones que tome el Estado de manera responsable al garantizar que la información que se brinde sea clara y accesible para construir una sociedad más unida, comprometida y que luche por el bienestar colectivo.

Algunos mecanismos para el fortalecimiento de la participación ciudadana y la transparencia requieren implementar mecanismos innovadores que fomenten la interacción entre la ciudadanía y el Estado. Como primer mecanismo de solución considero que sería la creación de plataformas digitales de participación en la que los ciudadanos puedan proponer iniciativas, recibir asesoramiento sobre procesos administrativos o realizar consultas directas al gobierno, lo que garantiza una amplia inclusión e involucramiento de diversos sectores de la población en decisiones importantes.

Otro mecanismo efectivo sería el fortalecimiento de las leyes en cuanto a la información pública, estableciendo plazos claros para responder a las solicitudes, brindando mayor apoyo y sancionando el incumplimiento para garantizar el acceso efectivo de los procesos administrativos. La realización de auditorías públicas y periódicas también serían de gran ayuda, pues estas revisarían las finanzas y operaciones del gobierno de manera regular donde al ser presentado en foros abiertos para el escrutinio público se asegure la transparencia de las rendiciones de cuenta.

LA CORRUPCIÓN ADMINISTRATIVA EN PERÚ

La corrupción administrativa en el Perú es un fenómeno social que constituye un problema de carácter estructural y profundamente arraigado que afecta a los niveles sociales, políticos y económicos del Estado. Para comprender este mal social es fundamental analizar multidimensionalmente donde no solo abarque su manifestación contemporánea, sino también el origen de sus raíces históricas. En nuestra realidad peruana, la corrupción ha alcanzado niveles alarmantes como escándalos en las esferas del poder judicial y político. Sin embargo, esta no es una nueva problemática que nos aqueja, esto viene de antaño, desde la época colonial donde las prácticas de sobornos eran comunes entre las autoridades de la corona española. Esto nos lleva a analizar sobre cómo estas prácticas históricas han moldeado una cultura de corrupción que es difícil de erradicar hasta la actualidad.

Considero como estudiante de derecho, que es preocupante como es que este fenómeno social impacta y desestabiliza al sistema de justicia. Los recientes casos como el caso del tren eléctrico de Lima

- Tramo I, caso los Cuellos Blancos del Puerto, caso aeropuerto de Chinchero, caso Interoceánica Sur Perú - Brasil, Tramos II y III, caso campaña de reelección de Susana Villarán, que revelaron actos de corrupción en las más altas instancias judiciales son un claro reflejo de que este problema no solo afecta a la gestión pública, sino que también desvirtúa la esencia misma por la que se rige el Estado de Derecho. La corrupción dentro de nuestro sistema judicial es una condición grave porque fragmenta uno de los pilares fundamentales de toda sociedad que es la democracia y su administración correcta de la justicia. Un sistema judicial que es corrupto no solo refleja la falta de protección de los derechos de sus ciudadanos, sino que también perpetúa en la impunidad convirtiéndose en una barrera para cualquier intento de reforma significativa que se realice.

Hoy en día, nuestro país atraviesa la intensificación de estas prácticas, empero el principio sigue siendo el mismo “el abuso de poder para obtener beneficio particulares personales o colectivos”. Es fundamental comprender nuestra historia para conocer el origen de este fenómeno social, pero también para utilizarla como punto de partida para diseñar estrategias legales que nos permitan erradicar la corrupción de manera eficaz.

Es relevante acotar lo que menciona Martínez (2015) sobre la corrupción y como esta no solo se limita a los sobornos o coimas que se realizan a diario, sus efectos en el distintos sectores son más amplios. En el ámbito administrativo este problema mayormente rige cuando el éxito parece depender de las relaciones que uno pueda establecer con altos funcionarios o

cuando el tráfico de influencias pesan más que el mérito y el esfuerzo, pues esto genera un daño generacional que es difícil de detener. Este aspecto considero que es uno de los factores más relevantes, pues mucho puede regir el cumplir correctamente con las funciones del cargo, pero tenemos que ser conscientes que también influye la formación ética en valores que cada persona pueda tener y su convicción para no caer en actos corruptos en el desarrollo profesional de la carrera.

Desde un enfoque sancionador, las soluciones legales deberían más allá de sancionar a los culpables como fortalecer las instituciones promoviendo la transparencia y garantizar la participación ciudadana en la toma de decisiones, ya que somos conscientes que en algunos casos como lo analiza Espinosa-Saldaña (2017) la normatividad por sí solas no es suficiente, por lo que combinar reformas con iniciativas educativas y culturales que promuevan valores éticos en la formación íntegra en todos los niveles de la sociedad será fundamental.

Conclusión:

La consolidación y eficacia de un marco legal será fundamental para regular la transparencia y la rendición de cuentas a través de una gestión pública más transparente y confiable. Tal como pudimos analizar a lo largo de este ensayo, considero que estas herramientas no solo fomentan el acceso y conocimiento al ciudadano, sino que también mejoran los estándares de exigencia de los servidores públicos.

Nuestra realidad peruana en cuanto al tema de la corrupción, fenómeno social que ha erosionado grandemente afectando la legitimidad de las instituciones y obstaculizando el desarrollo social y económico, nos permite reflexionar sobre las mejoras que tenemos que realizar de mejorar las reformas legales y administrativas, donde estas representen una oportunidad crucial para lograr un cambio positivo entre la relación de la sociedad y el Estado.

A través de este ensayo, también pude reflexionar que las normas por sí solas no son suficientes para resolver un problema estructural tan complejo como lo es la corrupción en nuestro país. Es por ello que concierne que las personas que ostenten estos cargos importantes deberían pasar por filtros para garantizar que este cuente con una fuerte voluntad política para realizar sus funciones correctamente, buscar lograr instituciones sólidas y sobre todo que tenga el ánimo y la capacidad de relacionarse con la ciudadanía y mantener una comunicación activa demostrando su integridad y transparencia a través de mecanismo como la rendición de cuentas o la justificación de la toma de decisiones por el interés común.

Frente a nuestro contexto tan incierto, es necesario asumir un cambio a corto, mediano y largo plazo, ya que la lucha contra la corrupción requiere de acciones decisivas y transformadoras a través de mecanismos como el fortalecimiento de la transparencia y la rendición de cuentas en la administración pública.

Finalmente, este ensayo no solo tuvo como propósito evidenciar esta problemática social tan grande que atraviesa nuestro país ,

sino que también proponer reflexiones y soluciones que contribuyan a enfrentarla de manera integral, más aún si uno está en plena formación universitaria para poder ser conscientes de cuál será nuestro rol como abogados en este contexto, es decir, si estaremos dispuestos a exigir que nuestras instituciones funcionen correctamente con integridad y eficiencia o si queremos ser parte de la formación de una sociedad donde la rendición de cuentas y la transparencia de la administración estatal sea una práctica cotidiana y no una excepción más del montón. Este desafío grandemente retador, a largo plazo considero que es alcanzable si se trabaja de forma conjunta y si se busca fortalecer la confianza de nuestro sistema legal fomentando la participación ciudadana, priorizando el interés común sobre cualquier beneficio o ambición particular, ya que el éxito de este plan de contingencia dependerá de nuestra capacidad para actuar integra y éticamente con el compromiso de lograr ser un país libre de corrupción digno para todos los peruanos.

BIBLIOGRAFÍA:

Aranda Álvarez, E. (2013). Una reflexión sobre transparencia y buen gobierno. En Cuadernos Manuel Giménez Abad. Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad, pp. 214-233.

Canosa, A. (2008). Procedimiento Administrativo: Recursos y Reclamos (pp. 54-104). Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Espinosa-Saldaña Barrera, E. (2017). Recursos administrativos: algunas consideraciones básicas y el análisis del tratamiento que les ha sido otorgado en la Ley N° 27444. En Revista Derecho y Sociedad. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 108-119.

Landa Arroyo, C. (2017). Libertad de pensamiento e intimidad. En Los derechos fundamentales (pp. 53-65). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Martínez Fernández, J. M. (2015). Transparencia vs transparencia en la contratación pública: Medidas para la transparencia material en todas las fases de la contratación pública como antídoto contra la corrupción. En Diario La Ley, (8607), Sección Doctrina.

Martín Mateo, R., & Díez Sánchez, J. J. (2012). Capítulo II: La Administración en el Estado de Derecho y Capítulo XXVIII: La actividad administrativa. En Manual de Derecho Administrativo (pp. 35-44 y 373-380). Navarra: Thomson-Reuters.

Sánchez Morón, M. (2011). Capítulo VI: Teoría General de la Organización Administrativa. En Derecho Administrativo. Parte General (pp. 223-267). Madrid: Tecnos.