



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

REVISTA PERUANA DE
DERECHO CONSTITUCIONAL
N.º 19

**CONSULTA PREVIA,
JURISDICCIÓN COMUNAL Y
DERECHOS FUNDAMENTALES**

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

ISSN: 2222-0615

ISSN-e: 2664-2719

REVISTA PERUANA DE
DERECHO CONSTITUCIONAL

**CONSULTA PREVIA,
JURISDICCIÓN COMUNAL Y
DERECHOS FUNDAMENTALES**

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

© TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
Los Cedros N.º 209 - San Isidro - Lima

REVISTA PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL N.º 19
CONSULTA PREVIA, JURISDICCIÓN COMUNAL
Y DERECHOS FUNDAMENTALES
N.º 19 - Nueva Época - Enero - Junio 2025

Director: César Augusto Ochoa Cardich
Coordinador: Alfredo Orlando Curaca Kong
Editor: Eddy Chávez Huanca

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú: N.º 99-3844
ISSN: 2222-0615
ISSN-e: 2664-2719

La *Revista Peruana de Derecho Constitucional* se encuentra
disponible en acceso abierto bajo la licencia CREATIVE COMMONS
Attribution 4.0 International License (CC BY 4.0)



La *Revista Peruana de Derecho Constitucional* no se solidariza necesariamente con
las opiniones vertidas por los autores de los artículos. El contenido y lo redactado en
estos es de su exclusiva responsabilidad.

Los artículos de la *Sección Especial* son arbitrados de manera anónima por especialistas
externos.

Publicado: año 2025



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

Revista Peruana de Derecho Constitucional

Publicación semestral del Tribunal Constitucional

N.º 19, enero-junio 2025

Lima, Perú

PRESIDENTA

Luz Imelda Pacheco Zerga

Tribunal Constitucional del Perú

DIRECTOR

César Augusto Ochoa Cardich

Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú

COORDINADOR

Alfredo Orlando Curaca Kong

EDITOR

Eddy Chávez Huanca

CONSEJO EDITORIAL

Javier Antonio Adrián Coripuna

Tribunal Constitucional del Perú

Edgar Enrique Carpio Marcos

Tribunal Constitucional del Perú

Luis Andrés Roel Alva

Universidad San Martín de Porres

Óscar Arturo Díaz Muñoz

Tribunal Constitucional del Perú

Nadia Paola Iriarte Pamo

Centro de Estudios Constitucionales
del Tribunal Constitucional del Perú

Berly Javier Fernando López Flores

Tribunal Constitucional del Perú

Roger Rafael Rodríguez Santander

Tribunal Constitucional del Perú

Luis Raúl Sáenz Dávalos

Tribunal Constitucional del Perú

Camilo Suárez López de Castilla

Tribunal Constitucional del Perú

María Candelaria Quispe Ponce

Centro de Estudios Constitucionales
del Tribunal Constitucional del Perú

Hernesto Vásquez Pérez

Tribunal Constitucional del Perú

Elmer Arce Ortiz

Pontificia Universidad Católica del Perú

Baldo Kresalja Rosselló

Pontificia Universidad Católica del Perú

Juan Manuel Sosa Sacio

Centro de Estudios Constitucionales
del Tribunal Constitucional del Perú

CONSEJO CONSULTIVO

Jorge Alejandro Amaya

Universidad de Buenos Aires,
Argentina

Ronald Cárdenas Krenz

Universidad de Lima, Perú

Francisco Javier Díaz Revorio

Universidad de Castilla -
La Mancha, España

Francisco Fernández Segado

Universidad Complutense de Madrid, España

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot

Universidad Nacional
Autónoma de México

Domingo García Belaúnde

Pontificia Universidad Católica del Perú

Tania Groppi

Universidad de Siena, Italia

Peter Häberle

Universidad de Bayreuth, Alemania

Luis López Guerra

Universidad Carlos III, España

Pablo Luis Manili

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Patricio Maraniello

Universidad de Buenos Aires, Argentina

CONSEJO CONSULTIVO

Luiz Guilherme Marinoni

Universidad Federal de Paraná, Brasil

Luca Mezzetti

Universidad de Boloña, Italia

Marco Olivetti

Universidad de Roma LUMSA, Italia

Lucio Pegoraro

Universidad de Bologna, Italia

Juan Carlos Remotti Carbonell

Universidad Autónoma de Barcelona, España

Roberto Romboli

Universidad de Pisa, Italia

Gerardo Ruiz-Rico Ruiz

Universidad de Jaén, España

Néstor Pedro Sagüés (†)

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Alejandro Saiz Arnaiz

Universidad Pompeu Fabra, España

Michel Troper

Universidad de París X-Nanterre, Francia

Diego Valadés Ríos

Universidad Nacional Autónoma de México

Eduardo Andrés Velandia Canosa

Universidad Libre, Colombia

Sabrina Ragone

Universidad de Bolonia, Italia

María Sofía Sagüés

Universidad Austral, Argentina

María José Añón Roig

Universidad de Valencia, España

Martha Cecilia Paz

Universidad Santo Tomás de Aquino de Bogotá,
Colombia

Carina X. Gómez Fröde

Universidad Nacional Autónoma de México

Carlos Bernal Pulido

Universidad Externado de Colombia

Patricia Tatiana Ordeñana Sierra

Centro de Estudios Sociales
y Jurídicos del Ecuador

ÍNDICE GENERAL

CÉSAR OCHOA CARDICH Presentación	13
---	----

SECCIÓN ESPECIAL

9

JOSÉ RAMÓN NARVÁEZ HERNÁNDEZ <i>El constitucionalismo transformador; el caso de la consulta previa y la jurisdicción comunal</i>	21
NELSON PATRICK ANTONIO LÓPEZ MESIA <i>Consulta previa y reservas PIACI: colisión normativa en la protección de pueblos indígenas en el Perú</i>	33
JAVIER LA ROSA CALLE <i>El debate sobre la ley de justicia comunal o indígena</i>	47
AMÉRICO DAVID MEZA SALCEDO / CLIFFORD KEVIN MALDONADO MIRANDA <i>Ordenación del uso de las tierras de la Comunidad Campesina de Ticolacayán, 2010-2020</i>	65
MIRIAN IBETH HUILLCAHUARI HUILLCAHUARI <i>Organización y funcionamiento en la administración de justicia de las rondas campesinas de Carabaya (Puno): estudio de caso Rosa Mendoza Ccaza</i>	87
LUIS ANDRÉS ROEL ALVA / WALTER J. ESTRELLA PAITA <i>Derecho a la consulta previa: Conceptos, alcances, características y jurisprudencia sobre la materia</i>	113

**SECCIÓN ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES**

CÉSAR OCHOA CARDICH / LUIS R. SÁENZ DÁVALOS <i>El régimen jurídico del precedente constitucional en el Perú</i>	141
ÁLVARO ALARCÓN DÁVALOS / ADRIANA RICO RIVERO <i>La cuestión de inconstitucionalidad en España: efectos, cómo y cuándo plantearla</i>	163

SECCIÓN HOMENAJE

RICARDO D. RABINOVICH-BERKMAN <i>Una difícil semblanza de Carlos Ramos Núñez</i>	185
OSCAR ANDRÉS PAZO PINEDA <i>Carlos Ramos Núñez: Tribuno, historiador y amigo</i>	189
EDDY CHÁVEZ HUANCA <i>Rigor bibliográfico y el historiador del derecho</i>	193
AUGUSTO ZEGARRA RAMOS <i>Carlos Ramos Núñez: un historiador del derecho en el Tribunal Constitucional peruano</i>	207
ERIC EDUARDO PALMA GONZÁLEZ <i>Carlos Augusto Ramos Nuñez (1960-2021): derecho y literatura</i>	213
JOSÉ RAMÓN NARVÁEZ HERNÁNDEZ <i>Literatura y Justicia en Carlos Ramos Núñez: Las narrativas como constructoras del sentido social de justicia</i>	217

**SECCIÓN
JURISPRUDENCIA COMENTADA**

NADIA PAOLA IRIARTE PAMO <i>La tutela de los derechos de petición y al agua potable Comentario a la Sentencia 64/2025 (Expediente 02000-2021-PA/TC)</i>	225
PIERO NICOLÁS TOYCO SUÁREZ <i>Comentario a la Sentencia 490/2025 de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional (exp. 04038-2022-PA) Caso de la Comunidad Campesina Santo Domingo de Olmos</i>	233

ASTRID K. CABEZAS POMA

La modulación de la procedencia del proceso de cumplimiento: Reflexiones sobre el precedente vinculante de la sentencia 04745-2022-PC/TC 241

SECCIÓN CLÁSICOS

EDDY CHAVEZ HUANCA

Nota introductoria sobre Inconstitucionalidad de las Leyes de Julio Ayasta González..... 257

JULIO AYASTA GONZALES

Inconstitucionalidad de las Leyes 261

SECCIÓN RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

CARINA X. GÓMEZ FRÖDE

Los desafíos de los sistemas de justicia en Iberoamérica. Relatos generales de las XXVIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal..... 271

MOISÉS REJANOVINSCHI TALLEDO

El nuevo derecho de la Inteligencia Artificial..... 275

EDDY CHÁVEZ HUANCA

Garantismo Global. La Constitución de la Tierra y la expansión del constitucionalismo 281

MARÍA SOFÍA CORTEZ OLAZÁBAL

Constitución Política del Perú. Treinta años de vigencia 285

SECCIÓN DOCUMENTOS

ALFREDO ORLANDO CURACA KONG / MARÍA SOFÍA CORTEZ OLAZÁBAL

*Nota preliminar
Actas de las sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil Peruano (referidas al artículo XXI del Título Preliminar del Código Civil de 1936 que establecía el control difuso de constitucionalidad de las leyes)*..... 291

De las Actas de las Sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil Peruano 295

Presentación

Consulta previa, jurisdicción comunal y derechos fundamentales

La publicación de la *Revista Peruana de Derecho Constitucional* (en adelante RPDC o la Revista) resulta un constante desafío que se va abriendo paso y ganando un espacio académico con cada número que se presenta. En esta oportunidad, llegamos al número diecinueve, que tiene como tema central *Consulta previa, jurisdicción comunal y derechos fundamentales*. Con la presente edición se fortalece una vez más la participación abierta y permanente para publicar en la RPDC, así como la rigurosa evaluación de los trabajos que son enviados. Como ya se podrá advertir, en esta ocasión los autores que han escrito en la sección especial exponen sus ideas, reflexiones y críticas en relación a las figuras de la consulta previa, la jurisdicción comunal y su aplicación en un Estado constitucional.

La *sección especial* inicia con el trabajo denominado *El constitucionalismo transformador; el caso de la consulta previa y la jurisdicción comunal*, de autoría del profesor mexicano José Ramón Narváez Hernández, quien destaca la importancia de un desarrollo sostenido del derecho intercultural como institución jurídica, y pone énfasis en el derecho a la consulta previa y la jurisdicción comunal. Manifiesta al respecto que se debe contar con un constitucionalismo distinto al tradicional, de corte occidental. Al efecto, realiza pesquisas sobre cuáles serían los nuevos elementos del constitucionalismo que denomina transformador, que posibiliten así anticiparse a reconocer propuestas de reformas ilegítimas que atenten contra la interculturalidad. Para ello apela a un enfoque multidisciplinario y a una participación activa de la ciudadanía.

A continuación, en *Consulta previa y reservas PIACI: colisión normativa en la protección de pueblos indígenas en el Perú*, Nelson López Mesía evalúa la colisión jurídica ocasionada por el Decreto Supremo n.º 010-2022-MC, que reconoce a poblaciones indígenas en situación de aislamiento y contacto inicial (PIACI) en la zona de Napo-Tigre sin que se haya realizado consulta previa a las comunidades ahí establecidas, como el pueblo Arabela. Añade que esta situación configura una colisión entre el derecho a la intangibilidad del territorio PIACI y el derecho a la participación y consulta previa de pueblos indígenas ya reconocidos. Asimismo, el autor desarrolla el principio de adecuación cultural como aquel que debe ser de efectivo cumplimiento en los procesos de consulta previa para asegurar que estos se conduzcan respetando la identidad, el idioma, las costumbres y la cosmovisión de los pueblos indígenas involucrados.

En *El debate sobre la ley de justicia comunal o indígena*, de Javier La Rosa Calle, luego de examinar el modo de coordinación intercultural hacia los justiciables, el autor destaca la labor legislativa de los últimos treinta años en torno a la evolución infraconstitucional del artículo 149 de la Constitución, que ha propendido a desarrollar las bases de interacción entre la justicia ordinaria y la jurisdicción especial de las comunidades en tres niveles: a. *aprobación de normativas administrativas*, b. *lineamientos jurisprudenciales*, y c. *formación de estructuras orgánicas que promuevan el diálogo intercultural*. Expone, de igual modo, que en la actualidad la coordinación interjurisdiccional ha obtenido resultados diversos, por cuanto hay ámbitos en que ha funcionado de manera adecuada y otras situaciones que han producido tensiones y conflictos por la negativa de las partes a cooperar o por el simple desconocimiento de las autoridades estatales respecto de la jurisdicción comunal.

En *Ordenación del uso de las tierras de la comunidad campesina de Ticlacayán, 2010-2020*, Américo Meza y Clifford Maldonado escriben sobre la crisis del liderazgo en el gobierno de las comunidades campesinas y la falta de efectividad en la ordenación del uso de las tierras. Alegan que es un tema de alta conflictividad por el destino que le dan los dirigentes comunales al control del uso de las tierras, sobre todo en relación con los recursos naturales concesionados a las industrias extractivas. Estas tensiones ocasionan problemas internos en las comunidades porque, por un lado, hay comuneros que apoyan a los dirigentes cuya posición es demandar indemnizaciones económicas a las mineras, pero, por otro lado, también hay comuneros que se distancian de esta perspectiva y plantean la prioridad del desarrollo de proyectos productivos y la protección de la naturaleza.

Por su parte, en el artículo *Organización y funcionamiento en la administración de justicia de las rondas campesinas de Carabaya (Puno): estudio de caso*, de Rosa Mendoza y Mirian Huillcahuari, las autoras analizan la organización y

funcionamiento en la administración de justicia de las rondas campesinas en la provincia de Carabaya, a través del estudio de un caso de feminicidio asumido por la Central Única Provincial de Rondas Campesinas de Carabaya (CUPROC-C). Se plantean como objetivo el lograr entender cómo se relaciona la estructura organizativa de las rondas campesinas en Carabaya con la justicia, así como su interacción con el sistema estatal en un contexto de pluralismo jurídico.

En el artículo *Derecho a la consulta previa: conceptos, alcances, características y jurisprudencia sobre la materia*, de Luis Andrés Roel Alva y Walter J. Estrella Paita, que cierra esta sección, los autores abordan el alcance del derecho a la consulta previa en el ámbito del ordenamiento jurídico peruano. Destacan al respecto su relevancia como mecanismo legal para el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas y las comunidades campesinas. Asimismo, hacen énfasis en los desafíos a superar para garantizar la participación efectiva de las comunidades en las decisiones sobre sus tierras, recursos naturales y modos de vida, que resultan de especial relevancia para garantizar la participación adecuada y efectiva de los pueblos indígenas en la toma de decisiones gubernamentales.

Como ya es sana costumbre, la edición de la presente Revista cuenta también con la *Sección estudios constitucionales*, en la que se publican trabajos académicos distintos al de su tema principal. Esta sección comienza en esta ocasión con el artículo titulado *El régimen jurídico del precedente constitucional en el Perú*, que es de coautoría del profesor Luis Sáenz Dávalos y de quien suscribe estas líneas. Nuestro trabajo desarrolla y analiza la regulación del precedente constitucional en el Perú. En primer lugar, estudia sus orígenes y su ingreso al sistema jurídico peruano, para, a continuación, abordar el estado actual del precedente constitucional peruano. Para tal efecto, se realiza un análisis de sus características fundamentales, se examinan las reglas del precedente establecidas en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, se explican los supuestos que generan la emisión de precedente constitucionales y, por último, se establece cuáles son las distinciones entre esta figura y la doctrina jurisprudencial.

De otro lado, en *La cuestión de inconstitucionalidad en España: efectos, cómo y cuándo plantearla*, de los españoles Álvaro Alarcón y Adriana Rico, se analiza la cuestión de inconstitucionalidad prevista en la Constitución española de 1978. En relación a este método de control de la constitucionalidad de las normas, examinan así sus requisitos, su tramitación, así como la terminación y los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad. Los referidos autores resaltan que esta figura jurídica asegura la primacía de los derechos y libertades constitucionales y que a través de esta los jueces y tribunales ordinarios se convierten en filtro del control

de constitucionalidad ejercido por el Tribunal Constitucional y este, a su vez, pasa a ser un colaborador de aquellos, por lo que juega un papel de depuración constante y permanente del ordenamiento jurídico, que permite localizar la disconformidad de normas legales con la Constitución y anularlas en cualquier momento en que esta disconformidad se aprecie.

En nuestra *Sección homenaje*, que rinde tributo a destacados juristas, la RPDC se suma a los homenajes brindados a Carlos Ramos Núñez (1960-2021), quien en vida fuera un destacado profesor universitario e historiador del derecho, cuya labor ha trascendido el ámbito local pues es reconocido también en el orbe jurídico internacional. Ramos llegó a ser magistrado del Tribunal Constitucional en el periodo 2014-2021 y director del Centro de Estudios Constitucionales. Como director del CEC destacó por su prolija labor en torno a las líneas de investigación histórico constitucionales, y en los estudios de jurisprudencia, arte e interdisciplinariedad, siempre acompañado de un permanente diálogo académico de índole comparado.

En la sección se aprecian las siguientes sentidas semblanzas sobre el profesor Ramos Núñez: *Una difícil semblanza de Carlos Ramos Núñez*, de Ricardo D. Rabinovich-Berkman; *Carlos Ramos Núñez: tribuno, historiador y amigo*, de Óscar Pazo Pineda; *rigor bibliográfico y el historiador del derecho*, de Eddy Chávez Huanca; *Carlos Ramos Núñez: un historiador del derecho en el Tribunal Constitucional peruano*, de Augusto Zegarra Ramos; *Carlos Augusto Ramos Núñez (1960-2021): derecho y literatura*, de Eric Eduardo Palma; y *Literatura y justicia en Carlos Ramos Núñez: las narrativas como constructoras del sentido social de justicia*, de José Ramón Narváez Hernández.

En la *Sección jurisprudencia comentada* se presentan comentarios a la sentencia del expediente 2000-2021-PA/TC, que se pronunció sobre los derechos de petición, al debido procedimiento y al agua potable, de autoría de Nadia Iriarte Pamo. Trasciende en importancia por el valor vital del recurso hídrico y su protección a nivel constitucional. De igual modo, comentarios a la sentencia del expediente 4038-2022-PA/TC, en relación al caso de la Comunidad Campesina Santo Domingo de Olmos, a cargo de Piero Nicolás Toyco Suárez. La referida sentencia reitera la consolidada jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto del derecho fundamental a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida. Y, finalmente, comentarios a la sentencia del expediente 4745-2022-PC/TC, caso Ceprodeldesa Perú, elaborados por Astrid Cabezas Poma, que ha emitido un nuevo precedente vinculante en materia de cumplimiento y compatibiliza las reglas del nuevo Código Procesal Constitucional con las del viejo precedente Villanueva Valverde.

En la *Sección clásicos* se republica el artículo *Inconstitucionalidad de las leyes*, de Julio Ayasta Gonzales, que ochenta años atrás fuera publicado por primera vez en la *Revista de jurisprudencia peruana*, de la cual fue un colaborador permanente. Ayasta conocido experto en comparación jurídica y animado divulgador, además de traductor (en conjunto con Juan Bautista de Lavalle) de la obra *Introducción a la teoría general del Derecho y la filosofía jurídica* del francés Claude Du Pasquier, en esta oportunidad desarrolla una propuesta primigenia de aquellas situaciones y legislación que puedan entrar en colisión con el orden de supremacía constitucional. La nota introductoria se encuentra a cargo de Eddy Chávez Huanca.

Para la *Sección reseñas bibliográficas* en esta oportunidad se hacen reseñas de las siguientes obras: 1) *Los desafíos de los sistemas de justicia en Iberoamérica. Relatos generales de las XXVIII jornadas iberoamericanas de derecho procesal* (Palestra et al, 2025), que reúne trabajos que muestran una sana preocupación en devolver la confianza hacia los sistemas de justicia, fomentar la seguridad jurídica mediante precedentes judiciales, diseñar procesos jurisdiccionales más flexibles, asumir el gran desafío de los procesos en línea y de la inteligencia artificial como instrumentos para mejorar el sistema judicial, y buscar la efectiva y eficiente ejecución de las sentencias. La reseña de esta obra se encuentra a cargo de la destacada profesora mexicana Carina Gómez Fröde. 2) *El nuevo derecho de la inteligencia artificial*, de la profesora italiana Giusella Finocchiaro (Palestra, 2025), que trata diversos aspectos de la inteligencia artificial desde la perspectiva europea que pueden servir como un insumo a la reflexión de la aplicación de dicha tecnología al ámbito nacional. La reseña se encuentra a cargo del profesor Moisés Rejanovinski Talledo. 3) *Garantismo Global. La Constitución de la tierra y la expansión del constitucionalismo* (Palestra, 2024), de Luigi Ferrajoli, que desarrolla de manera teórica como se debe integrar el Derecho al garantismo global para así contrarrestar desastres globales como el cambio climático y luchar por la paz, la igualdad y la preservación de la naturaleza. A su vez, critica por ineficaz las políticas que un Estado Nación hace en base a su propia legislación y presta mayor interés al rol que los organismos y cortes internacionales puedan ejercer en este panorama. La reseña se encuentra a cargo de Eddy Chavez Huanca. Y 4) *Constitución Política del Perú (treinta años de vigencia)* (Fondo editorial del Congreso de la República, 2024), de autores varios, obra en la que el Congreso de la Republica se suma al cúmulo de celebraciones por los treinta años de vigencia de la Constitución peruana de 1993. Participan en esta, autores que fueron asambleístas del Congreso Constituyente Democrático y que, por tanto, participaron en la elaboración, el debate y la aprobación de la Constitución vigente. La reseña se encuentra a cargo de Sofía Cortez Olazábal.

Ya en la parte final de la revista se encuentra la *Sección documentos*, una sección usual en la Revista, en la que se publican documentos históricos de nuestro constitucionalismo. En esta oportunidad se publica el debate que llevó a la aprobación del *artículo XXII del Título Preliminar del Código Civil de 1936*, por parte de la Comisión reformadora del Código Civil de ese año. Se advierte en los ocho volúmenes que conforman los diarios de debates un somero interés por la supremacía constitucional y destaca la preeminencia por los derechos patrimoniales que de seguro en esa época generan un mayor interés sobre todo desde el ángulo del protagonismo de la civilística peruana de aquel entonces. La nota introductoria se encuentra a cargo de Alfredo Orlando Curaca Kong, Director de Publicaciones y Documentación del CEC, y Sofia Cortez Olazabal.

En estas líneas finales reitero mi agradecimiento a cada uno de los miembros integrantes del Tribunal Constitucional, que de manera continua y profesional participan en las actividades académicas y aportan a la Revista. Agradezco, también, al equipo del Centro de Estudios Constitucionales que en cada una de sus direcciones (publicación, investigación y académica) desarrollan con ahínco y responsabilidad cada una de las actividades que les son asignadas, a los miembros del consejo editorial y consultivo (cada vez más paritario), a los revisores de par ciego y a cada uno de los colaboradores que han enviado sus artículos que fueron sometidos a una exhaustiva revisión, tanto profesionales reconocidos de amplia trayectoria como también jóvenes investigadores nacionales y extranjeros.

César Ochoa Cardich

Magistrado del Tribunal Constitucional del Perú
Director General del Centro de Estudios Constitucionales
Director de la Revista Peruana de Derecho Constitucional

SECCIÓN ESPECIAL

El constitucionalismo transformador, el caso de la consulta previa y la jurisdicción comunal

Transformative constitutionalism, the case of prior consultation and communal jurisdiction

 JOSÉ RAMÓN NARVÁEZ HERNÁNDEZ*

21

Resumen

Instituciones del derecho intercultural como la consulta previa y la jurisdicción comunal se presentan como nuevos planteamientos que prefiguran un constitucionalismo distinto al tradicional de corte occidental. El trabajo indaga sobre los elementos de este nuevo constitucionalismo y si le podríamos llamar transformador, como al parecer se le ha venido denominando en la región de América Latina.

Palabras clave

constitucionalismo transformador, consulta previa, jurisdicción comunal, derecho intercultural.

Abstract

Intercultural legal institutions such as prior consultation and communal jurisdiction are presented as new approaches that foreshadow a constitutionalism distinct from the traditional Western model. This work explores the elements

* Profesor investigador de la Universidad Nacional Autónoma de México y de la Escuela Judicial Electoral. Doctor en teoría e historia del derecho por la Universidad de Florencia. Director Académico de la Red Iberoamericana de Cine y Derecho. Presidente honorario del Instituto Latino Americano de Historia del Derecho. Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0925-3958>. Correo electrónico: jnarvaezh@derecho.unam.mx

of this new constitutionalism and whether it can be called transformative, as it has apparently been termed in Latin America.

Keywords

transformative constitutionalism, prior consultation, communal jurisdiction, intercultural law.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. EL CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR COMO MARCO TEÓRICO. III. LA CONSULTA PREVIA: PARTICIPACIÓN Y AUTODETERMINACIÓN. IV. JURISDICCIÓN COMUNAL: PLURALISMO JURÍDICO Y AUTONOMÍA. V. TENSIONES Y DESAFÍOS. VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El constitucionalismo transformador se presenta en nuestros días como un paradigma jurídico que va más allá de la mera limitación del poder estatal, y aspira a la transformación social y la corrección de injusticias históricas (Roa, 2021). Este objetivo no es nada sencillo de cumplir si se piensa en el crecimiento de las autocracias en el mundo entero.

En el contexto latinoamericano, este enfoque ha encontrado expresión particular en el reconocimiento de derechos colectivos, la consulta previa y el reconocimiento de la jurisdicción comunal como dos grandes ejemplos. Así, ha configurado un marco normativo que busca reconciliar la diversidad cultural con la unidad estatal, lo cual se suele reconocer como derecho intercultural. Sin embargo, la reforma constitucional como mecanismo actual no ha logrado generar los tan anhelados cambios, incluso ha servido para desincentivar, retrasar o erradicar algunas de las transformaciones más necesarias (Landau & Dixon, 2023).

Este enfrentamiento entre el constitucionalismo transformador y el denominado constitucionalismo abusivo representa una de las tensiones más significativas del derecho constitucional contemporáneo, especialmente en América Latina.

El constitucionalismo abusivo, como lo define David Landau (2020), se refiere al fenómeno donde

governantes, eleitos democraticamente, subverterem o processo democrático e buscam ceifar o pluralismo (utiliza)...métodos formais ou a própria Constituição como escopo para prática de atos antidemocráticos, que visam reduzir a equitatividade na concorrência da oposição e dos críticos ao governo (p. 20).

Esta es una confrontación fundamental no solo en el terreno teórico, sino, sobre todo, en la vida de millones de personas. Mientras que el constitucionalismo transformador busca ampliar derechos y democratizar el poder, el constitucionalismo abusivo utiliza las formas constitucionales para concentrar poder y debilitar la democracia, cerrando los caminos procesales y creando un «constitucionalismo utópico» (Landau & Dixon, 2023).

El constitucionalismo abusivo manipula los procesos de reforma constitucional para perpetuar el poder. En contraste, el constitucionalismo transformador utiliza las reformas para expandir derechos y fortalecer la participación democrática, como se vio en las constituciones de Colombia (1991), Ecuador (2008) y Bolivia (2009).

El constitucionalismo abusivo subvierte instituciones, emplea la gramática del constitucionalismo clásico, manipula el lenguaje y limita los derechos incluso diciendo que los amplía; es la exacerbación de la modernidad jurídica y su doble discurso (Martín-Barbero, 2004).

Mientras el constitucionalismo transformador desarrolla interpretaciones expansivas de derechos para grupos históricamente excluidos (Martínez, 2017), el constitucionalismo abusivo restringe estos derechos o los subordina a consideraciones de «orden público» o de la «voluntad popular».

Decimos constitucionalismo transformador por colocarle un nombre a un fenómeno bastante heterogéneo y que se nutre de distintas perspectivas teóricas; pero que, en general, podemos ubicar por sus formulaciones hermenéutico-políticas, tales como cortes constitucionales independientes, órganos de control autónomos, participación ciudadana efectiva, búsqueda de «cláusulas pétreas» o límites al poder reformador, aplicación de la doctrina de la «sustitución constitucional», propuestas que incluyan principios de rigidez constitucional, mantenimiento activo del recurso a sistemas regionales de derechos humanos, aplicación del llamado *ius constitutionale commune*, y mecanismos de presión internacional y diplomática (Von Bogdandy, 2015).

El enfrentamiento también ocurre a nivel metodológico como el caso de un tipo de interpretación evolutiva y expansiva, consideraciones desde el principialismo, atención particular a un diálogo intercultural, y un enfoque argumentativo que considera la dignidad humana. Del lado del constitucionalismo abusivo, vemos un formalismo selectivo, una interpretación restrictiva cuando conviene, una instrumentalización del derecho y la subordinación de derechos al poder (Bernal, 2016).

El constitucionalismo del futuro requeriría, entonces, herramientas más eficientes para la identificación temprana de posibles reformas ilegítimas e intentos

de manipulación abusiva. No se trata de consideraciones meramente analíticas desde el derecho, sino que implica un tipo de saber práctico multidisciplinario para realizar este tipo de detecciones con ayuda de la ciudadanía. Además, se necesitará desarrollar mecanismos efectivos de defensa constitucional e incorporar herramientas que permitan una mayor legitimidad democrática a través del equilibrio en la protección constitucional y la voluntad mayoritaria, y, en cualquier caso, se requerirá un mayor trabajo de colaboración a nivel latinoamericano (Martins, 2019).

Esta tensión revela que el constitucionalismo no es neutral, puede servir tanto para democratizar y transformar sociedades como para concentrar poder y debilitar la democracia. La experiencia latinoamericana muestra que la vigilancia constante y el fortalecimiento institucional son esenciales para que prevalezca el potencial transformador del constitucionalismo sobre sus usos abusivos.

II. EL CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR COMO MARCO TEÓRICO

El constitucionalismo transformador surge como respuesta a las limitaciones del constitucionalismo liberal clásico para abordar las desigualdades estructurales y la exclusión histórica. Este paradigma se caracteriza por su dimensión aspiracional, orientada no solo a preservar el *statu quo*, sino a generar cambios sociales profundos a través del derecho (Medici, 2017).

24

El carácter proyectivo y nominal de este constitucionalismo que quizá es muy propio de América Latina y tal vez surgió desde el siglo XIX ha generado un constitucionalismo de «expectativas» que, muchas veces, no fue capaz de resolver temas como la desigualdad, el autoritarismo o la corrupción, los tres males endémicos de la región. Distinguir en el constitucionalismo actual cuáles son los objetivos y cuál es la realidad de la que se parte resulta fundamental.

Sin embargo, en América Latina, han existido recientemente constituciones que han intentado un derrotero distinto, como en Colombia (1991), Ecuador (2008) y Bolivia (2009). Así, han creado un constitucionalismo en parte distinto «nuevo» le llamaron en su momento, incorporando elementos como el pluralismo jurídico, los derechos colectivos y el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural como fundamentos del Estado (Gargarella, 2015). Este constitucionalismo asume la tensión entre universalidad y particularidad como un desafío constructivo antes que como una contradicción insuperable.

Ahora bien, si el nuevo constitucionalismo tiene como principal objetivo disminuir el autoritarismo, presenta una fuerte vocación democrática, y no cual-

quier democracia, sino aquella directa que favorecería una mayor participación (Armengol, 2010). Sin embargo, hay un problema, la gran desigualdad que existe en la región genera que la mayoría de la sociedad vea como prioritarias otras necesidades básicas, y postergue el ejercicio de sus derechos políticos o, peor aún, delegue esas atribuciones a la clase política y a los gobiernos, que cada día encuentran más maneras de hacerle creer que realmente hay una preocupación por ella. A la infraestructura delegacional le llaman democracia participativa e institucional, con ella la sociedad no se debe preocupar por la toma de decisiones; curiosamente el constitucionalismo ilustrado que tanto daño hizo en nuestra historia.

Así que el binomio constitución-democracia ahora tiene otro cariz.

III. LA CONSULTA PREVIA: PARTICIPACIÓN Y AUTODETERMINACIÓN

La consulta previa representa uno de los instrumentos más significativos del constitucionalismo transformador en materia de derechos colectivos. Fundamentada en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y desarrollada por la jurisprudencia constitucional, constituye un mecanismo de participación que reconoce la autonomía de los pueblos indígenas y comunidades tradicionales en las decisiones que les afecten (Hillón, 2014).

25

La consulta previa trasciende la mera información o socialización de proyectos, y se configura como un derecho fundamental de carácter colectivo que implica la participación efectiva en la toma de decisiones. Su implementación requiere que sea previa, libre, informada, culturalmente adecuada y de buena fe. Busca alcanzar acuerdos o, en su defecto, el consentimiento de las comunidades afectadas (Sanborn *et al.*, 2016).

Este mecanismo refleja la tensión entre el modelo de desarrollo extractivista y los derechos territoriales de las comunidades. Así, evidencia cómo el constitucionalismo transformador debe navegar entre diferentes concepciones del progreso y el bienestar, por lo que debe primar el diálogo y eso requiere herramientas tanto institucionales como sociales que se deben incorporar al ejercicio público.

Muchas veces, las consultas se simulan, la visión occidental lleva a pensar que es suficiente con «llenar los requisitos» y es ahí donde el buen espíritu del derecho internacional público de los derechos humanos y el constitucionalismo se topa con el muro del doble discurso. El acercamiento a una cultura distinta a aquella a la que pertenece la mayoría de funcionarios relacionados con el Estado supondría una actitud de respeto y apertura que no necesariamente se presenta en

estos eventos. Algunas herramientas ligadas a mediación serían necesarias, incluso hay quien habla de mediación cultural, la cual pasa primero por una correcta interpretación de la cultura y del idioma del pueblo, comunidad o nación con la que se lleva a cabo la consulta.

El nuevo constitucionalismo no solo debe abandonar su zona de confort, también tiene que asumir los retos impuestos por los nuevos tiempos relacionados con el cambio en las prácticas de interlocución con la población a la que se consulta. No se trata de una labor de salvamento o civilizatoria, sino, por el contrario, de compartición y aprendizajes mutuos. El constitucionalismo, entonces, se encuentra con la necesidad de desarrollar instrumentos de comunicación, diálogo, interpretación y argumentación de normas no necesariamente escritas en el idioma franco y oficial de aquel Estado. Estos distintos «sistemas normativos» se han configurado de diverso modo y requieren toda la cautela posible para saberlos leer. Deberían rechazarse de forma contundente actitudes de subsunción o sometimiento de un sistema sobre otro, justo por eso se consulta para saber si existe una manera distinta de entender tal o cual institución o práctica del derecho (Narváez, 2025).

IV. JURISDICCIÓN COMUNAL: PLURALISMO JURÍDICO Y AUTONOMÍA

La jurisdicción comunal representa la materialización y aterrizaje del pluralismo jurídico que es finalmente reconocido, en este caso por el constitucionalismo transformador. A través de ella, se reconoce la capacidad de las comunidades indígenas y tradicionales para ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su territorio, aplicando sus propias normas y procedimientos en la resolución de conflictos (Ruiz, 2009).

Este reconocimiento implica una transformación profunda de la concepción monista del derecho. Así, se acepta la coexistencia de múltiples sistemas normativos dentro del mismo territorio estatal, lo que comúnmente se llama pluralismo jurídico (Fajardo, 2004). La jurisdicción comunal opera según principios como la territorialidad, la pertenencia étnica y la competencia material. De esta manera, configura un espacio de autonomía jurídica que se debe coordinar con el sistema judicial ordinario, cuestión que no ha sido sencilla (Paz, 1998).

Los límites de la jurisdicción comunal se encuentran en los derechos fundamentales y los principios constitucionales, generando un diálogo intercultural entre diferentes tradiciones jurídicas. Esta tensión productiva requiere mecanismos de coordinación y armonización que respeten tanto la diversidad cultural como los estándares universales de los derechos humanos (La Rosa, 2008).

El constitucionalismo transformador incorpora una concepción ampliada de derechos que trasciende el individualismo liberal clásico, de modo que reconoce derechos colectivos como el territorio, la autonomía, la identidad cultural y la participación política diferenciada. Estos derechos no constituyen una simple agregación de derechos individuales, sino que poseen una dimensión colectiva irreductible que brinda otro tipo de irradiación al derecho.

El derecho al territorio ilustra esta diferencia cualitativa: no se trata meramente de propiedad individual sobre la tierra, sino de una relación integral entre comunidad, territorio y cultura que incluye dimensiones espirituales, productivas y organizativas (Llano & Velasco, 2023). Esta concepción integral del territorio como espacio de vida y reproducción cultural desafía las categorías jurídicas occidentales tradicionales y nos llama a redefinir el derecho constitucional, así como toda la ciencia jurídica (Escobar, 2015).

La identidad cultural, por su parte, se configura como un derecho dinámico o, mejor aún, como un derecho abanico que incorpora muchos otros derechos, cuya principal misión consiste en la preservación de las tradiciones, así como la capacidad de transformación y adaptación cultural (Ruiz, 2007). Esto implica el reconocimiento de que las culturas no son entidades estáticas, sino procesos vivos que requieren condiciones para su desarrollo y evolución.

Podríamos agregar que, particularmente, el derecho a la autonomía enarbola esta jurisdicción propia, forma parte del derecho a la identidad cultural y representa uno de los pilares fundamentales de los derechos colectivos de los pueblos indígenas y de las minorías culturales. Este derecho reconoce que la preservación y el desarrollo de una identidad cultural específica requiere cierto grado de autodeterminación y control sobre los asuntos que afectan directamente a esa comunidad (De Jinete & Padilla, 2014).

La autonomía cultural se basa en el principio por el cual las comunidades tienen el derecho inherente a mantener, desarrollar y transmitir su cultura, sus tradiciones, su lengua y sus formas de organización social. No se trata simplemente de preservar elementos folclóricos, sino de garantizar que las comunidades puedan tomar decisiones sobre su propio desarrollo cultural y social, de manera que sea coherente con sus valores y su cosmovisión. Lo anterior supone una autonomía normativa que incluye el derecho a mantener y aplicar sistemas normativos propios, siempre que sean compatibles con los derechos humanos fundamentales. Esto abarca sistemas de justicia tradicional, formas de resolución de conflictos y mecanismos de regulación social internos.

Además, está la autonomía territorial a la que ya nos referimos, la cual reconoce la relación especial que muchas comunidades mantienen con sus territorios ancestrales, no solo como espacio físico, sino como elemento constitutivo de su identidad cultural. Incluye derechos sobre el uso y la gestión de recursos naturales.

Por otro lado, se encuentra la autonomía educativa y lingüística que garantiza el derecho a la educación en la lengua materna y según los métodos pedagógicos culturalmente apropiados, así como el control sobre los contenidos educativos que se transmiten a las nuevas generaciones.

Finalmente, se halla la autonomía política y administrativa que comprende el derecho a elegir representantes según sus propias tradiciones y a participar en la toma de decisiones que los afecten, tanto a nivel interno como en su relación con el Estado.

En el sistema interamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha desarrollado jurisprudencia significativa en la cual reconoce que la supervivencia cultural requiere cierto grado de autonomía, particularmente en casos relacionados con territorios ancestrales y recursos naturales (Chiriboga, 2006).

La autonomía cultural enfrenta tensiones constantes con la soberanía estatal y la aplicación uniforme del derecho nacional. Los Estados deben encontrar un equilibrio entre el respeto a la diversidad cultural y la garantía de derechos fundamentales universales. Esta tensión se manifiesta especialmente en áreas como prácticas tradicionales que pueden entrar en conflicto con derechos individuales, el conflicto en la gestión de recursos naturales en territorios ancestrales, problemas en la administración de justicia y la aplicación de sanciones, y un área de oportunidad tremenda en relación con la participación política y la representación.

La efectiva realización del derecho a la autonomía cultural requiere marcos institucionales que faciliten el diálogo intercultural y mecanismos de coordinación entre sistemas normativos diferentes. Esto incluye el desarrollo de protocolos de consulta, sistemas de jurisdicción especial y formas de participación política que respeten las tradiciones organizativas de cada comunidad.

La autonomía cultural no implica separatismo o aislamiento, sino reconocer que la diversidad cultural enriquece el tejido social y que las comunidades tienen el derecho fundamental a definir su propio camino de desarrollo dentro del marco más amplio del Estado de derecho y los derechos humanos universales.

V. TENSIONES Y DESAFÍOS

La implementación del constitucionalismo transformador enfrenta múltiples tensiones que reflejan la complejidad de construir un Estado plurinacional e intercultural. La tensión entre unidad y diversidad se manifiesta en la necesidad de articular múltiples sistemas normativos sin sacrificar la coherencia del ordenamiento jurídico.

La relación entre derechos colectivos e individuales genera debates sobre los límites de la autonomía comunal, especialmente en casos donde las tradiciones culturales pueden entrar en tensión con los derechos individuales. El constitucionalismo transformador debe desarrollar herramientas hermenéuticas que permitan resolver estas tensiones sin imponer una jerarquía rígida entre diferentes tipos de derechos.

El modelo de desarrollo económico constituye otro punto de tensión, donde los derechos territoriales y ambientales de las comunidades pueden colisionar con proyectos extractivos o de infraestructura considerados de interés nacional. La consulta previa emerge como un mecanismo central para mediar estas tensiones, aunque su efectividad depende de su implementación real y no meramente formal.

El constitucionalismo transformador en materia de consulta previa, jurisdicción comunal y derechos colectivos se encuentra en proceso de consolidación. Su desarrollo futuro dependerá de la capacidad de las instituciones para implementar efectivamente estos reconocimientos constitucionales, superando las brechas entre el derecho formal y el derecho viviente.

La educación intercultural, la formación de operadores jurídicos sensibles a la diversidad cultural y el fortalecimiento de las capacidades institucionales de las comunidades constituyen elementos clave para la consolidación de este paradigma. Asimismo, el desarrollo de metodologías adecuadas para la implementación de la consulta previa y la coordinación entre jurisdicciones representa un desafío técnico y político de primera importancia.

VI. CONCLUSIONES

El constitucionalismo transformador, a través del reconocimiento de la consulta previa, la jurisdicción comunal y los derechos colectivos, ofrece un marco normativo innovador para abordar la diversidad cultural en sociedades poscoloniales. Su implementación requiere no solo cambios normativos, sino transformaciones profundas en la cultura jurídica y política.

La experiencia latinoamericana demuestra que es posible construir marcos constitucionales que reconozcan y protejan la diversidad sin sacrificar la unidad estatal, aunque este proceso implica tensiones y desafíos constantes que necesitan soluciones creativas y contextualmente adecuadas.

El éxito del constitucionalismo transformador no se mide únicamente por su coherencia teórica, sino por su capacidad para generar cambios reales en las condiciones de vida de los pueblos históricamente excluidos, contribuyendo a la construcción de sociedades más justas, inclusivas y democráticas.

BIBLIOGRAFÍA

- Armengol, C. M. (2010). Constitución y democracia en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Revista Ius*, 4(25), 49-76.
- Bernal, J. M. (2016). Poder constituyente y constitucionalismo abusivo: el problema de las cláusulas constitucionales de reemplazo. *Vox Juris*, 31(1), 121-131.
- Chiriboga, O. (2006). El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el sistema interamericano. *Sur: Revista Internacional de Direitos Humanos*, 5, 42-69.
- De Jinete, N. & Padilla, G. H. (2014). La colisión cultural entre dos visiones: justicia indígena y derecho estatal. *Misión Jurídica*, 7(7), 309-324.
- Escobar, A. (2015). Territorios de diferencia: la ontología política de los derechos al territorio. *Cuadernos de Antropología Social*, (41), 25-38.
- Fajardo, R. (2004). Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos. *El Otro Derecho*, (30), 171-195.
- Gargarella, R. (2015). El nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Estudios Sociales: Revista Universitaria Semestral*, 48(1), 169-174.
- Hillón, Y. T. (2014). La consulta previa en la solución de conflictos socioambientales. *Revista de Derecho*, (41), 83-111.
- La Rosa, J. (2008). La jurisdicción alternativa como mecanismo de acceso a la justicia. *Urvio, Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, (3), 104-109.
- Landau, D. (2020). Constitucionalismo abusivo. *Revista Jurídica da Ufersa*, 4(7), 17-71.
- Landau, D. & Dixon, R. (2023). Sobre fracaso constitucional, constitucionalismo transformador y utopismo. On Constitutional Failure, Transformative Constitutionalism, and Utopianism. *International Journal of Constitutional Law*, 21(5), 1549-1558.

- Llano, J. V. & Velasco, N. (2023). El derecho al territorio indígena: protección internacional y reivindicaciones locales. *Novum Jus*, 17(3), 402-429.
- Martín-Barbero, J. (2004). Nuestra excéntrica y heterogénea modernidad. *Estudios Políticos*, (25), 115-134.
- Martínez, J. M. (2017). Constitución, globalización y voluntad popular en el siglo XXI. *Pensamiento al Margen: Revista Digital sobre las Ideas Políticas*, (7), 106-127.
- Medici, A. (2017). Ecológica de liberación: sobre el reconocimiento y la fundamentación de los derechos de la naturaleza en el nuevo constitucionalismo transformador. *Abya-Yala: Revista sobre acceso á justiça e direitos nas Américas*, 1(2), 123-129.
- Narváez, J. R. (2025). Justituyencias. Constituyendo la Justicia desde América Latina. Global, México.
- Paz, S. (1998). Los territorios indígenas como reivindicación y práctica discursiva. *Nueva Sociedad*, (153), 120-129.
- Roa, J. E. (2021). La ciudadanía dentro de la sala de máquinas del constitucionalismo transformador latinoamericano. *Revista Derecho del Estado*, (49), 35-58.
- Ruiz, J. C. (2009). El fundamento constitucional de la justicia comunal. *Derecho PUCP*, (62), 143-166.
- Ruiz, O. (2007). El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el sistema interamericano. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 40(118), 193-239.
- Sanborn, C., Hurtado, V. & Ramírez, T. (2016). *La consulta previa en el Perú: avances y retos*. Universidad del Pacífico.
- Von Bogdandy, A. (2015). Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador. *Revista Derecho del Estado*, (34), 3-50.

Recibido: 03-07-2025

Aprobado: 23-10-2025

Consulta previa y reservas PIACI: colisión normativa en la protección de pueblos indígenas en el Perú

*Prior consultation and PIACI reserves: legal Conflict
in the protection of indigenous peoples in Peru*

33

 NELSON PATRICK ANTONIO LÓPEZ MESIA*

Resumen

El presente artículo desarrolla una investigación de tipo jurídico dogmático-crítica, con enfoque cualitativo, orientada al análisis normativo, jurisprudencial y doctrinal sobre la creación de reservas indígenas para pueblos en situación de aislamiento y contacto inicial (PIACI) en el Perú. Se examina el conflicto jurídico generado por la emisión del Decreto Supremo N.º 010-2022-MC, que reconoce pueblos PIACI en la zona Napo-Tigre sin haber realizado la consulta previa a las comunidades indígenas asentadas, como el pueblo Arabela. Esta situación configura una colisión entre el derecho a la intangibilidad del territorio PIACI y el derecho a la participación y consulta previa de pueblos indígenas ya reconocidos. La investigación aplica los métodos exegético y hermenéutico jurídico, y se sustenta en fuentes normativas, jurisprudencia constitucional, estudios oficiales y en evidencias documentales como el Estudio Previo de Reconocimiento (EPR). Finalmente, se concluye que el procedimiento seguido carece de rigurosidad

* Docente investigador de la Escuela Superior de Formación Artística Pública «Lorenzo Luján Darjón» de Iquitos. Especialista en metodología de la investigación científica. Maestrando en Atención a las Necesidades Educativas del Desarrollo. Es asesor y consultor multidisciplinario de investigación social. Código ORCID: 0009-0006-5003-899X. Correo electrónico: patrickantoniolopez@gmail.com

metodológica, lo cual compromete su validez jurídica y exige ajustes normativos que armonicen ambos derechos colectivos conforme al principio pro persona y al bloque de constitucionalidad.

Palabras clave

pueblos indígenas, consulta previa, PIACI, derechos colectivos, intangibilidad, colisión jurídica.

Abstract

This article presents a legal dogmatic-critical research with a qualitative approach. It focuses on the legal, jurisprudential, and doctrinal analysis of the creation of indigenous reserves for peoples in isolation and initial contact (PIACI) in Peru. It examines the legal conflict caused by the approval of Supreme Decree No. 010-2022-MC, which recognizes PIACI peoples in the Napo-Tigre area without carrying out prior consultation with settled indigenous communities, such as the Arabela people. This situation creates a conflict between the right to the intangibility of PIACI territory and the right to participation and prior consultation of already recognized indigenous peoples. The research applies exegetical and legal hermeneutic methods and is based on normative sources, constitutional jurisprudence, official studies, and documentary evidence such as the Prior Recognition Study (EPR). The study concludes that the procedure lacks methodological rigor, which compromises its legal validity and demands normative adjustments to harmonize both collective rights in accordance with the pro persona principle and the constitutional block.

34

Keywords

Keywords: Indigenous peoples, prior consultation, PIACI, collective rights, intangibility, legal conflict.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. MATERIALES, MÉTODOS Y ESTADO DE LA CUESTIÓN. III. MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL Y NACIONAL. IV. RESULTADOS DEL ANÁLISIS JURÍDICO-NORMATIVO. 4.1. RÉGIMEN SANCIONADOR PIACI Y SU AFECTACIÓN AL PUEBLO ARABELA. 4.2. PRINCIPIO DE INTANGIBILIDAD Y SU AFECTACIÓN AL DERECHO DE TERRITORIO DEL PUEBLO ARABELA. 4.3. VULNERACIÓN NORMATIVA POR OMISIÓN METODOLÓGICA EN EL ESTUDIO PREVIO DE RECONOCIMIENTO DE LA RESERVA NAPO-TIGRE. 4.4. ANÁLISIS EXEGÉTICO DEL EPR DE LA RESERVA NAPO-TIGRE FRENTE AL REGLAMENTO DE LA LEY DE CONSULTA PREVIA. 4.4.1. PARTICIPACIÓN INDÍGENA Y OMISIÓN DE LA CONSULTA PREVIA. 4.1.2. PRINCIPIO DE BUENA FE Y DEBER DE COOPERACIÓN. 4.1.3. TRANSPARENCIA Y RIGOR METODOLÓGICO. 4.1.4. ADECUACIÓN CULTURAL E INTERCULTURALIDAD. 4.5. PROPUESTA DE ARMONIZACIÓN NORMATIVA. V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El pueblo Arabela, perteneciente a la familia lingüística Záparo, constituye uno de los grupos indígenas más amenazados del Perú, tanto desde el punto de vista demográfico como lingüístico y territorial. De acuerdo con el Ministerio de Educación (2018), su lengua originaria se encuentra clasificada como «seriamente en peligro». Según los Censos Nacionales de 2017, apenas 302 personas se identificaron como integrantes de este pueblo y, de ellas, solo 118 declararon haber aprendido el arabela como lengua materna. Estas cifras evidencian un proceso avanzado de desplazamiento lingüístico, que expone a esta comunidad a una posible extinción cultural si no se adoptan medidas efectivas de salvaguarda integral. En este marco de alta vulnerabilidad, toda afectación —material o normativa— sobre sus territorios ancestrales representa una amenaza directa a su existencia colectiva como pueblo indígena.

En ese contexto, el presente artículo analiza de manera crítica la colisión normativa que se produce cuando el Estado peruano, mediante la aplicación del régimen de protección de Pueblos Indígenas en Situación de Aislamiento y Contacto Inicial (PIACI), declara reservas territoriales sin garantizar un proceso de consulta previa, libre e informada a las comunidades indígenas que ya se encuentran asentadas dentro o en los márgenes de dichas reservas. Particular atención se presta al caso de la Reserva Indígena Napo, Tigre y Afluentes, reconocida mediante Decreto Supremo N.º 010-2022-MC, en la que se reconoce a los pueblos indígenas Aewa, Taushiro, Tagaeri, Taromenane y Záparo en situación de aislamiento, superponiéndose a territorios vinculados históricamente al pueblo Arabela. Este mantiene vínculos culturales, espirituales y económicos con parte del área reservada. El análisis toma como eje la necesidad de armonizar dos derechos colectivos fundamentales: la protección reforzada de los PIACI mediante el principio de intangibilidad territorial y el derecho de los pueblos indígenas contactados a la participación y consulta previa, conforme al Convenio 169 de la OIT, la jurisprudencia constitucional peruana y el bloque de constitucionalidad vigente.

La investigación sostiene que la omisión metodológica del Estado —en particular, la falta de abordaje de la oposición expresada por comuneros arabelas durante la elaboración del Estudio Previo de Reconocimiento— configura una afectación sustantiva al debido proceso legal y al principio de buena fe en la relación intercultural entre el Estado y los pueblos indígenas. Por tanto, se propone una lectura constitucional e intercultural del marco normativo PIACI, que permita compatibilizar la protección de los pueblos en aislamiento con el reconocimiento

efectivo de los derechos territoriales y culturales de los pueblos indígenas contactados, evitando la superposición conflictiva de marcos normativos sin diálogo ni legitimidad social.

II. MATERIALES, MÉTODOS Y ESTADO DE LA CUESTIÓN

La investigación es de tipo jurídico dogmático-crítica, con enfoque cualitativo. Se aplican los métodos exegético (análisis literal y sistemático de normas) y hermenéutico jurídico (interpretación teleológica del ordenamiento), así como una revisión documental de fuentes oficiales, jurisprudencia, el Estudio Previo de Reconocimiento (EPR), testimonios y mapas. Se analiza el marco legal nacional e internacional sobre PIACI, consulta previa y derechos colectivos, y se compara con la actuación estatal en el caso del pueblo Arabela.

III. MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL Y NACIONAL

Se analiza el Convenio 169 de la OIT, la Ley N.º 29785, los Decretos Supremos N.º 008-2016-MC y N.º 010-2019-MC, el Decreto Legislativo N.º 1374 y el Decreto Supremo N.º 010-2022-MC. Esta última norma reconoce formalmente la solicitud de establecimiento de la Reserva Indígena Napo-Tigre y, sin embargo, no incorpora mecanismos para garantizar la consulta previa a comunidades asentadas dentro del área afectada. También se citan estándares interamericanos, como los casos *Saramaka vs. Surinam*, *Awas Tingni vs. Nicaragua* y *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*.

36

Adicionalmente, se incorpora el Decreto Supremo N.º 008-2007-MIMDES, que aprueba el Reglamento de la Ley N.º 28736 para la protección de pueblos indígenas en situación de aislamiento y contacto inicial. Este reglamento desarrolla el principio de intangibilidad de las reservas PIACI, así como establece un régimen de exclusión territorial que no contempla supuestos de superposición con territorios habitados por pueblos indígenas en contacto.

IV. RESULTADOS DEL ANÁLISIS JURÍDICO-NORMATIVO

4.1. Régimen sancionador PIACI y su afectación al pueblo Arabela

El Reglamento sancionador PIACI considera como falta muy grave el establecimiento de asentamientos en territorios reservados. Sin embargo, esta disposición puede criminalizar a comunidades indígenas como los Arabela, que habitan ancestralmente en esas zonas y, actualmente, están en proceso de ampliación territorial. Esto vulnera el Convenio 169 y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

4.2. Principio de intangibilidad y su afectación al derecho de territorio del pueblo Arabela

El principio de intangibilidad de las reservas PIACI, previsto en el Capítulo II del Reglamento de la Ley N.º 28736, establece la exclusión de terceros dentro de estas áreas protegidas. Sin embargo, su aplicación estricta puede afectar los derechos territoriales de pueblos indígenas como el Arabela, que mantienen una relación ancestral con parte del territorio actualmente comprendido en la Reserva Indígena Napo-Tigre. Esta situación configura una colisión entre dos derechos colectivos: la protección reforzada de los PIACI y el derecho de posesión tradicional del pueblo Arabela.

Desde una perspectiva doctrinal, el derecho al territorio de los pueblos indígenas, de acuerdo con lo señalado por la OEA y la Corte IDH en 2001, «no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras» (como se citó en Landa Arroyo, 2020, p. 118). En consecuencia, el principio de intangibilidad debe interpretarse conforme al principio de proporcionalidad, sin desplazar automáticamente derechos igualmente fundamentales.

En línea con esta doctrina, el Tribunal Constitucional ha reconocido que el derecho a la posesión de las tierras tradicionalmente ocupadas por los pueblos indígenas tiene rango constitucional y no requiere título formal para su reconocimiento. Además, el Estado está obligado a realizar un proceso de consulta previa, libre e informada antes de adoptar cualquier medida administrativa que afecte dicho derecho.

4.3. Vulneración normativa por omisión metodológica en el Estudio Previo de Reconocimiento de la Reserva Napo-Tigre

La omisión metodológica de abordar adecuadamente la oposición comunal en el Estudio Previo de Reconocimiento (EPR) para la Reserva Indígena Napo-Tigre vulnera el artículo 3 de la Ley N.º 28736, los artículos 15, 16 y 17 de su Reglamento (D.S. N.º 008-2007-MIMDES) y los artículos 6 y 7 del Convenio 169 de la OIT. La resistencia de comuneros de comunidades como Buena Vista y Flor de Coco fue documentada en el informe, pero no fue tratada metodológicamente, ni respondida mediante estrategias de información o aclaración intercultural.

El artículo 3 de la Ley N.º 28736 establece que el EPR debe sustentarse en medios probatorios suficientes, incluyendo la tradición oral y la identificación de

pueblos y territorios. La ausencia de abordaje metodológico de los testimonios que niegan la existencia de PIACI compromete la integridad de este requisito y, por ende, de la validez del procedimiento.

El artículo 15 del Reglamento exige un estudio antropológico integral, mientras que los artículos 16 y 17 señalan que, sobre la base del EPR completo y verificado, se debe emitir el Decreto Supremo de reconocimiento. La emisión del Decreto Supremo N.º 010-2022-MC —que declara el reconocimiento de los pueblos indígenas Aewa, Taushiro, Tagaeri, Taromenane y Záparo en situación de aislamiento, correspondientes al ámbito de la solicitud para la creación de la Reserva Indígena Napo, Tigre y Afluentes—, con base en un estudio que omite una dimensión esencial de análisis comunitario, vulnera el marco reglamentario.

Por su parte, el Convenio 169 de la OIT, al establecer el derecho a la consulta previa y participación de pueblos indígenas ante cualquier medida que los afecte directamente (arts. 6 y 7), impone al Estado la obligación de consultar a las comunidades locales antes de proceder con el establecimiento de una reserva que impacta su territorio tradicional. El no hacerlo constituye una infracción sustantiva al principio de buena fe y al derecho colectivo a la libre determinación.

38

4.4. Análisis exegético del EPR de la Reserva Napo-Tigre frente al Reglamento de la Ley de Consulta Previa

El Estudio Previo de Reconocimiento (EPR), elaborado por el Instituto del Bien Común (IBC) en 2022, para la creación de la Reserva Indígena Napo, Tigre y Afluentes —destinada a pueblos indígenas en aislamiento (PIACI)— es un documento técnico que debió ajustarse a las normas legales peruanas e internacionales de protección de pueblos indígenas. En particular, el proceso de creación de esta reserva involucra el derecho fundamental a la consulta previa de los pueblos indígenas potencialmente afectados, consagrado en el Convenio OIT 169 (artículo 6) y en la legislación peruana (Ley N.º 29785 y su Reglamento, aprobado por D.S. N.º 001-2012-MC).

4.4.1. Participación indígena y omisión de la consulta previa

El Reglamento de la Ley de Consulta Previa dispone que toda medida administrativa que afecte directamente a uno o más pueblos indígenas deba ser consultada con estos, a través de sus organizaciones representativas, antes de su adopción. La finalidad de la consulta es garantizar derechos colectivos como la participación y la autodeterminación de dichos pueblos. En el caso de la Reserva

Napo-Tigre, la creación de una reserva PIACI afecta los derechos y el territorio de comunidades indígenas contactadas asentadas en la zona (por ejemplo, el pueblo Arabela), por lo que debió activarse un proceso de consulta previa con estas comunidades. Sin embargo, el EPR revela que tal consulta no se realizó: se omitió convocar y consultar formalmente a comunidades indígenas ya reconocidas dentro del área propuesta de la reserva, como el pueblo Arabela. Esta omisión vulnera frontalmente el artículo 6.2 del Convenio 169 de la OIT, que obliga a consultar de buena fe a los pueblos indígenas cada vez que una medida administrativa pueda afectarles directamente. Asimismo, contraviene la Ley de Consulta Previa N.º 29785 y su Reglamento, que incorporan el derecho a la participación y consulta como derechos colectivos protegidos. En términos concretos, se incumplió el artículo 5 literal f) del Reglamento (D.S. 001-2012-MC), el cual reconoce la participación y la consulta como derechos colectivos de los pueblos indígenas, así como la obligación estatal de garantizarlos.

Un primer vacío metodológico del EPR es, por tanto, la falta de inclusión y participación efectiva de todos los actores indígenas locales. De hecho, durante los trabajos de campo recién se informó a los pobladores de Palkenampe (CCII del río Tigre) sobre la existencia del EPR y la propuesta de Reserva, momento en el cual dichos pobladores manifestaron que no tenían conocimiento alguno del proceso. Esto evidencia la falta de publicidad e información previa hacia algunas comunidades directamente involucradas. De igual modo, líderes de las comunidades nativas Urbina, Flor de Coco y Buena Vista (pueblo Arabela) expresaron abierta oposición tanto a la creación de la reserva Napo-Tigre como a la recopilación de información para el EPR en sus territorios. Tal rechazo indica que estas comunidades no fueron adecuadamente incorporadas ni consultadas en el proceso, generándose un conflicto latente de intereses. En suma, la elaboración del EPR careció de un mecanismo de participación informada y diálogo con todos los pueblos indígenas locales —un procedimiento que es precisamente el objeto de la consulta previa—. La ausencia de este proceso participativo viola el derecho a la consulta previa reconocido en el ordenamiento peruano, dejando al EPR sin la legitimidad social necesaria y con serias dudas sobre su validez jurídica.

4.4.2. Principio de buena fe y deber de cooperación

El principio de buena fe es cardinal en materia de consulta previa y está expresamente consagrado en el Reglamento (D.S. 001-2012-MC, artículo 3.d). Dicha norma dispone que el Estado y los pueblos indígenas (y sus organizaciones) deban actuar de buena fe, en un clima de confianza, colaboración y respeto mutuo, enfocándose en el contenido de la medida consultada. Además, se detalla que la

buena fe «comprende [...] brindar toda la información relevante para el desarrollo del proceso de diálogo [...] [y la] exclusión de prácticas que pretendan impedir o limitar el ejercicio del derecho a la consulta». Estas obligaciones implican, por un lado, transparencia informativa y, por otro, la no comisión de actos dilatorios u obstructivos que frustren la participación indígena.

Al contrastar el EPR Napo-Tigre con este principio, se observan serias transgresiones. La falta de información previa a comunidades como Palkenampe y la exclusión del pueblo Arabela del proceso decisorio sugieren que la entidad promotora (Ministerio de Cultura) no actuó con la debida buena fe. En lugar de fomentar un «clima de confianza y respeto mutuo», la actuación estatal generó desconfianza y sensación de exclusión en las comunidades locales. No proporcionar «toda la información relevante» de forma oportuna a los pueblos afectados (como exige el inciso i del principio de buena fe) y proceder con la creación de la reserva sin el diálogo debido equivale a una práctica que limita el ejercicio del derecho de consulta —justamente lo prohibido por el inciso v del mismo principio—. Por ejemplo, el hecho de que líderes Arabela se enteren del EPR una vez que el equipo técnico llega a su comunidad, o que manifiesten oposición porque no fueron escuchados previamente, refleja una falta de apertura y de colaboración incompatible con la buena fe. Así, se vulneró el artículo 3.d del Reglamento (principio de buena fe), ya que el Estado no valoró ni recogió debidamente «la posición de los pueblos indígenas durante el proceso, en un clima de confianza». En términos simples, el proceso no fue ni genuinamente dialogado ni consensuado con todos los pueblos involucrados, sino más bien unilateral, comprometiendo la legitimidad del EPR. Esto tiene implicancias jurídicas serias: un procedimiento realizado sin buena fe puede ser declarado nulo o inválido por violar un principio rector de la consulta previa (principio reconocido incluso por el Tribunal Constitucional del Perú).

4.4.3. *Transparencia y rigor metodológico*

Otro aspecto fundamental exigido por la normativa de consulta es la transparencia en el proceso. El Reglamento D.S. 001-2012-MC ordena que el plan de consulta establezca «mecanismos de publicidad, información, acceso y transparencia» durante todo el proceso, así como que, en la etapa informativa, se brinde a los pueblos indígenas información completa, adecuada y oportuna sobre la medida propuesta, incluyendo sus motivos, implicancias, impactos y consecuencias. Este deber de información busca que los pueblos consultados puedan evaluar la medida y formular propuestas informadas antes de decidir. En línea con ello, la buena fe —como vimos— también conlleva entregar todos los datos relevantes y actuar con transparencia total.

El EPR preparado por el IBC presenta vacíos de transparencia metodológica que afectan su confiabilidad. En primer lugar, no hubo una difusión adecuada del proceso ni de sus objetivos entre todas las comunidades locales, como quedó evidenciado con el caso Palkenampe (desconocimiento del EPR y la SRINT). La deficiente socialización o la falta de documentos informativos accesibles a las comunidades implica que el proceso careció de la publicidad debida, en contra de lo previsto en el artículo 17 del Reglamento (etapa de publicidad) que obliga a entregar la propuesta de medida y el plan de consulta a las organizaciones indígenas, difundiendo esa entrega incluso en portales web oficiales. Además, desde el punto de vista técnico, el EPR no fue transparente en su metodología interna. Esto alude a que no se explicitaron claramente los criterios, fuentes y procedimientos utilizados para reconocer o descartar la presencia de pueblos en aislamiento en la zona. Por ejemplo, la omisión del área del pueblo Arabela en el análisis territorial no fue justificada adecuadamente, lo que siembra dudas sobre la integridad de la delimitación propuesta. De igual modo, las evidencias y testimonios recabados no habrían sido presentados de forma completa a las comunidades ni sometidos a escrutinio público, limitando la posibilidad de contrapeso o verificación independiente.

La oposición de comunidades locales al estudio sugiere también un problema de percepción: probablemente dichas comunidades no confiaron en el EPR porque no entendieron su metodología o temieron que ocultara otros intereses. En un proceso verdaderamente transparente, las comunidades deberían haber sido copartícipes en la generación y validación de la información (participando en las expediciones o en la verificación de huellas de PIACI). Al no ocurrir esto, el resultado es un estudio cuestionado por falta de rigor y neutralidad. Desde el plano normativo, se vulneraron las disposiciones del Reglamento que garantizan la información suficiente y la transparencia en la consulta (arts. 15-18 del D.S. 001-2012-MC). En particular, el artículo 18.2 exige que la información se brinde de forma «adecuada y oportuna», asegurando que los pueblos indígenas cuenten con todos los elementos para formarse una opinión. Si comunidades clave no recibieron información o la recibieron tardíamente, se incumple esta obligación y deja a dichos pueblos en situación de indefensión informativa. La falta de transparencia y rigurosidad metodológica no solo vulnera principios legales, sino que afecta la validez científica del EPR —elemento crucial, dado que sirve de base para decisiones de alto impacto (como el D.S. N.º 010-2022-MC que reconoció la existencia de pueblos aislados en Napo-Tigre)—. En resumen, el proceso careció de la claridad y apertura exigibles, lo cual socava su credibilidad.

4.4.4. *Adecuación cultural e interculturalidad*

El principio de adecuación cultural (enfoque intercultural) rige los procesos de consulta previa para asegurar que estos se conduzcan respetando la identidad, idioma, costumbres y cosmovisión de los pueblos indígenas involucrados. El Reglamento de la Ley de Consulta Previa establece que toda comunicación y reunión con pueblos indígenas debe realizarse mediante «métodos y procedimientos culturalmente adecuados, considerando el o los idiomas de los pueblos indígenas y sus representantes». Esto significa que la metodología del proceso debe adaptarse a las formas de organización tradicional, los tiempos comunitarios, las creencias y las dinámicas propias de cada pueblo, de modo que la consulta sea comprensible y accesible para ellos. La interculturalidad, reconocida en el D.S. 001-2012-MC, implica reconocer la diversidad cultural y propiciar un diálogo horizontal entre visiones de mundos distintos. En la ejecución del EPR Napo-Tigre se advierten falencias respecto a este principio. La resistencia inicial de las comunidades Arabela como Flor de Coco y Buena Vista a la creación de la reserva indica posiblemente que el proceso no logró «ponerse en sus zapatos», ni abordar sus preocupaciones de manera culturalmente pertinente. Por ejemplo, dichas comunidades niegan la existencia de pueblos en aislamiento en la zona, lo cual puede obedecer a su propia experiencia o narrativa tradicional del territorio. Un enfoque intercultural hubiera implicado entender y dialogar sobre esa percepción, quizás mediante talleres en lengua originaria Arabela o con mediadores culturales de confianza, para explicar los indicios de presencia de PIACI y por qué se busca establecer la reserva. No consta que se haya realizado un proceso de diálogo intercultural profundo. De hecho, al excluir a los arabelas del ámbito del estudio, se perdió la oportunidad de recoger su conocimiento tradicional de la selva (que pudo haber enriquecido la identificación de indicios de PIACI o, al menos, aclarado sus dudas).

Además, en términos lingüísticos, aunque muchas de estas comunidades hablan castellano, es importante verificar si se usaron sus idiomas nativos cuando fue necesario. El Reglamento demanda usar el idioma indígena para garantizar comprensión. Si las reuniones informativas o entrevistas del EPR se llevaron a cabo solo en español técnico, es posible que parte del mensaje no haya calado o que se produjeran malentendidos culturales. La ausencia de un consentimiento libre e informado de las comunidades locales sugiere que no se alcanzó una verdadera adecuación cultural del proceso. En la práctica, se vulneró el principio de interculturalidad consagrado en la normativa de consulta. El Estado está obligado a adaptar sus procedimientos a las características culturales de los pueblos (por ejemplo, dando tiempo suficiente para una deliberación interna según sus usos y costumbres, explicando las propuestas con materiales visuales o en narrativas

locales, etc.), lo cual brilló por su ausencia en este caso. Por el contrario, el procedimiento seguido resultó poco sensible al contexto cultural: se percibe prisa por cumplir con un estudio formal, pero sin tomarse el debido tiempo para ganar la confianza de la población indígena ni para incorporar sus formas de participación tradicionales. Esto incumple el artículo 17 del Reglamento, que enfatiza la entrega de la información de manera culturalmente apropiada y, en general, traiciona el espíritu intercultural que debe guiar la relación Estado-pueblos indígenas.

Estos vacíos metodológicos —falta de participación efectiva, ausencia de buena fe, opacidad informativa y descontextualización cultural— comprometen la legalidad y la confiabilidad del EPR como sustento para la creación de la Reserva.

Cabe señalar que la consecuencia de estos incumplimientos no es menor: ya se han entablado acciones legales (la demanda de amparo de FECONACA) que cuestionan la validez del reconocimiento de los PIACI en Napo-Tigre por falta de consulta previa.

4.5. Propuesta de armonización normativa

Se propone:

- ***Incorporar cláusulas de excepción por superposición en el Reglamento PIACI:*** El Decreto Supremo N.º 008-2007-MIMDES debe modificarse para incluir disposiciones específicas que regulen los casos en los que las reservas PIACI se superpongan con territorios ocupados ancestralmente por pueblos indígenas en contacto, estableciendo procedimientos diferenciados de coordinación y consulta.
- ***Garantizar procesos de consulta previa intercultural:*** Debe incorporarse al procedimiento de elaboración del Estudio Previo de Reconocimiento (EPR) un componente obligatorio de consulta previa a pueblos indígenas contactados que podrían verse afectados por el reconocimiento de reservas PIACI, conforme a los artículos 6 y 7 del Convenio 169 de la OIT.
- ***Actualizar el régimen sancionador PIACI:*** El Decreto Supremo N.º 008-2016-MC debe diferenciar entre terceros ajenos a los pueblos indígenas y las comunidades originarias en contacto que habitan en zonas de superposición. De lo contrario, se incurre en criminalización de poblaciones protegidas por derechos constitucionales y supranacionales.
- ***Crear un protocolo de diálogo intercomunitario:*** Ante la existencia de tensiones entre pueblos indígenas contactados y el proceso de recono-

cimiento de PIACI, el Ministerio de Cultura debe adoptar protocolos interculturales de resolución de conflictos, garantizando transparencia, participación y buena fe.

- **Fortalecer la sistematización probatoria del EPR:** El Ministerio de Cultura debe establecer criterios de evaluación objetiva de fuentes testimoniales, particularmente cuando exista oposición comunitaria documentada. Este componente debe ser verificable y revisado por instancias técnicas independientes.
- **Reformar la Ley N.º 28736 para incorporar principios de coordinación intercultural:** La ley PIACI debe ser reformulada, en su artículo 3, para prever expresamente la necesidad de coordinar y armonizar con pueblos indígenas en contacto cuando se identifiquen traslapes territoriales.

CONCLUSIONES

- Tensión normativa. El análisis desarrollado evidencia una tensión estructural entre el principio de intangibilidad de las reservas PIACI, previsto en el art. 5 de la Ley N.º 28736 (2006), y el derecho territorial colectivo, reconocido por la Corte IDH (2005) en el caso Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay (párr. 135), para pueblos indígenas en situación de contacto, como el pueblo Arabela. Aunque el régimen PIACI busca salvaguardar la supervivencia de los pueblos en aislamiento mediante exclusión territorial, su aplicación sin procedimientos diferenciados ni consulta previa ha afectado directamente el derecho fundamental a la participación de las comunidades originarias.
- Primera vulneración: Estudio Previo de Reconocimiento (EPR). Durante la elaboración del EPR no se estableció un mecanismo intercultural para recabar la opinión libre e informada de las comunidades asentadas, pese a testimonios que negaban la presencia de pueblos en aislamiento y que merecían valoración técnica y diálogo previo.
- Segunda vulneración: Decreto Supremo N.º 010-2022-MC. La norma que admitió la solicitud de creación de la Reserva Indígena Napo-Tigre se expidió sin consulta previa a las comunidades directamente afectadas, contraviniendo la obligación establecida en el artículo 3 de la Ley N.º 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa, de alcanzar acuerdo o consentimiento cuando un acto administrativo pueda incidir en derechos colectivos.
- Tercera vulneración: Gestión de la oposición comunal. Las objeciones formales presentadas por comuneros arabelas fueron registradas, pero nunca

tramitadas mediante espacios de diálogo intercultural, ni evaluadas conforme a estándares de buena fe, lo que impidió que las preocupaciones locales influyeran en la decisión estatal.

- Consecuencias jurídicas. La omisión reiterada de la consulta previa infringe el Convenio 169 de la OIT y la Ley 29785, compromete la validez del procedimiento y vulnera derechos constitucionales como la participación, la autodeterminación y la seguridad jurídica de los pueblos indígenas, dejando en evidencia vacíos normativos y metodológicos.
- Necesidad de reforma. Resulta imprescindible reformular el marco PIACI incorporando mecanismos de coordinación intercultural, criterios técnicos transparentes para la verificación de evidencias y protocolos de resolución de conflictos entre pueblos indígenas. Solo así la protección de los pueblos en aislamiento se realizará dentro de un marco de justicia intercultural, legalidad constitucional y de respeto efectivo de los derechos colectivos reconocidos internacionalmente.

BIBLIOGRAFÍA

Chirif, A. y Mora, C. (1977). *Atlas de comunidades nativas*. SINAMOS.

Convoca.pe (18 de octubre de 2023). *En menos de un año se iniciaron cinco acciones judiciales para desconocer pueblos indígenas en aislamiento*. <https://convoca.pe/agenda-propia/en-menos-de-un-ano-se-iniciaron-cinco-acciones-judiciales-para-desconocer-pueblos#:~:text=El%20primero%20de%20estos%20recursos,que%20consideran%20sus%20%E2%80%9Cterritorios%20ancestrales%E2%80%9D>

Corte IDH. (31 de agosto de 2001). *Caso Awas Tingni vs. Nicaragua*. Sentencia.

Corte IDH. (17 de junio de 2005). *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* (Fondo, reparaciones y costas). Sentencia, Serie C N.º 125. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf

Corte IDH. (28 de noviembre de 2007). *Caso Saramaka vs. Surinam*. Sentencia.

Congreso de la República del Perú. (2011). Ley N.º 29785. *El Peruano*.

Instituto del Bien Común (IBC). (2022). *Estudio Previo de Reconocimiento de la Solicitud de Creación de Reserva Indígena a favor de los Pueblos Indígenas en Situación de Aislamiento ubicados en las Cuencas Altas de los ríos Curaray, Napo, Arabela, Nashiño, Pucacuro, Tigre y afluentes*. Ministerio de Cultura.

- Landa Arroyo, C. (2020). *Derecho a la tierra y al territorio de los pueblos indígenas u originarios: Apuntes desde una perspectiva constitucional* (1.ª ed. digital). Ministerio de Cultura.
- Ministerio de Cultura (MINCUL). (2016). D.S. N.º 008-2016-MC. Reglamento Ley PIACI.
- Ministerio de Cultura (MINCUL). (2019). D.S. N.º 010-2019-MC. Reglamento D.L. N.º 1374.
- Ministerio de Educación (MINEDU). (2018). *Lenguas originarias del Perú*. Dirección de EIB.
- Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (MIMDES). (28 de agosto de 2007). Decreto Supremo N.º 008-2007-MIMDES, Reglamento de la Ley N.º 28736 – *Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial*. Diario Oficial *El Peruano*.
- OIT. (1989). *Convenio N.º 169*. <https://www.ilo.org>
- Pro y Contra. (15 de marzo de 2024). «*Nos defenderemos con lanzas*». <https://proycontra.com.pe>
- Tribunal Constitucional del Perú. (2010). Exp. N.º 0022-2009-PI/TC.
- Tribunal Constitucional del Perú. (2011). Exp. N.º 01126-2011-HC/TC.
- Yrigoyen, R. (2014). Territorios indígenas y sistema constitucional. En C. Fernández (Ed.), *Pluralismo jurídico en el Perú*. PNUD.

Recibido: 03-04-2025

Aprobado: 17-06-2025

El debate sobre la ley de justicia comunal o indígena

The debate on the communal or indigenous justice law

 JAVIER LA ROSA CALLE*

47

Resumen

La importancia de la coordinación intercultural de la justicia radica en que reconoce la diversidad cultural y la autonomía de los pueblos indígenas para administrar justicia. A lo largo de más de treinta años, se han presentado proyectos de ley para desarrollar el artículo 149 de la Constitución, con el objetivo de establecer pautas de coordinación entre la justicia ordinaria y la jurisdicción especial de las comunidades. Estos esfuerzos incluyen la aprobación de normativas administrativas, lineamientos jurisprudenciales y la formación de estructuras orgánicas que promuevan el diálogo intercultural. La legislación vigente, las propuestas legislativas y la jurisprudencia reciente subrayan la necesidad de un marco legal que facilite la cooperación entre sistemas de justicia y garantice el acceso equitativo a la justicia para todos los ciudadanos. En este sentido, en el presente trabajo examinamos el debate desarrollado para concretar el mandato constitucional y las diversas opciones presentadas.

Palabras clave

justicia comunal, administración de justicia comunal o indígena, coordinación intercultural de la justicia.

* Abogado, magíster en Economía y Relaciones Laborales, y doctorando en Derecho. Profesor asociado del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. ORCID: 0000-0001-7293-8792. Correo electrónico: jlarosa@puccp.pe.

Abstract

The importance of intercultural coordination in the justice system lies in its recognition of cultural diversity and the autonomy of Indigenous peoples in the administration of justice. Over more than thirty years, numerous bills have been introduced to develop Article 149 of the Constitution, seeking to establish guidelines for coordination between the ordinary justice system and the special jurisdiction of communities. These efforts include the approval of administrative regulations, jurisprudential guidelines, and the formation of organizational structures that promote intercultural dialogue. Current legislation and recent legislative proposals underscore the need for a clear legal framework that facilitates cooperation between justice systems and guarantees equitable access to justice for all citizens. In this sense, in this paper we examine the debate that took place to specify the constitutional mandate and the various options presented.

Keywords

communal justice, administration of communal or indigenous justice, intercultural coordination of justice.

Sumario

48

I. INTRODUCCIÓN. II. ¿POR QUÉ ES IMPORTANTE LA COORDINACIÓN INTERCULTURAL DE LA JUSTICIA? III. ¿POR QUÉ DEBE APROBARSE UNA LEY DE DESARROLLO DEL ARTÍCULO 149 DE LA CONSTITUCIÓN? IV. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS. V. BASE NORMATIVA. VI. CONSIDERACIONES SOBRE LA CONSULTA PREVIA LEGISLATIVA. VII. ANÁLISIS DEL PROYECTO DE LEY 546/2021-CR. VIII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El presente documento analiza los más recientes proyectos de ley presentados en el Congreso de la República para desarrollar el artículo 149 de la Constitución, referido al reconocimiento de los sistemas normativos de los pueblos indígenas u originarios, que en el Perú asumen la denominación de comunidades campesinas, nativas o rondas campesinas. En tal sentido, abordamos la última iniciativa legislativa presentada: el Proyecto de Ley N.º 546/2021-CR, denominado Ley de coordinación intercultural entre sistemas jurídicos de pueblos originarios y afroperuanos y entidades del Estado¹, que ingresó para su estudio y dictamen en la

¹ Este proyecto de ley reproduce una iniciativa legislativa del periodo legislativo 2016-2021, que fue desarchivada por el Consejo Directivo del Congreso de la República el 18 de octubre

Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano, Ambiente y Ecología del Congreso de la República, el pasado 21 de noviembre de 2021.

Sin embargo, algunas consideraciones para el análisis y debate tienen que ver, inicialmente, con el planteamiento de las siguientes preguntas: ¿por qué es importante la coordinación intercultural de la justicia?, ¿debería aprobarse una ley de desarrollo del artículo 149 de la Constitución?². A continuación, ensayaremos algunas respuestas.

II. ¿POR QUÉ ES IMPORTANTE LA COORDINACIÓN INTERCULTURAL DE LA JUSTICIA?

Corresponde una breve reflexión para entender la importancia o pertinencia de abordar un tema de esta naturaleza.

En principio, ello significa reconocer que los pueblos indígenas u originarios tienen reconocimiento en el texto constitucional y en los tratados internacionales que el país ha suscrito, incorporándose al ordenamiento vigente el derecho a la identidad cultural, el derecho a la autodeterminación y, derivado de ello, el derecho a impartir justicia entre sus integrantes en su respectivo ámbito territorial.

Puede, en este sentido, afirmarse que esta constitucionalización de la diversidad étnica y cultural ha transcurrido en diversas etapas, habiendo recibido importantes aportes teóricos, pero, sobre todo, destaca la labor del Tribunal Constitucional por adaptar el precepto constitucional a la realidad multicultural del país³.

Asimismo, ejercer la potestad de administrar justicia por parte de las autoridades comunales o ronderas es una manera de expresar la vigencia de un colectivo cultural que resulta diferente de la sociedad predominante. Adicionalmente, es una

del 2021. Nos referimos al proyecto de ley 7638/2020-CR presentado por el congresista Lenin Bazán Villanueva.

² Cabe hacer una precisión terminológica para efectos del presente informe. El artículo 149 de la Constitución, al referirse a la facultad jurisdiccional de las autoridades comunales, con el apoyo de las rondas campesinas, la denomina jurisdicción especial. Sin embargo, en la jurisprudencia desarrollada a lo largo de estos años y en las publicaciones especializadas, se utiliza indistintamente la denominación «jurisdicción comunal» o jurisdicción indígena, términos que emplearemos más adelante en este documento.

³ Resulta necesario mencionar que, en el marco de las diversas teorías jurídicas, cuando se abordan estos asuntos se les encuadra en las discusiones sobre pluralismo jurídico o normativo, no habiendo consenso sobre la denominación más adecuada. Al respecto, véase el texto de Bonilla y Ariza (2007).

forma de satisfacer una necesidad de acceso a la justicia que se efectúa desde una perspectiva distinta a la utilizada en el ámbito estatal. Cabe agregar que, históricamente, esta justicia ejercida por las comunidades y pueblos indígenas siempre ha estado presente, especialmente en los ámbitos rurales, y solo a partir del texto constitucional de 1993 se le ha reconocido como un fuero jurisdiccional propio, estableciendo la necesidad de que, vía una ley de desarrollo, se fijen las reglas de coordinación con la jurisdicción ordinaria⁴.

De este modo, a partir del mandato constitucional se establece que la interacción que podría darse entre ambas jurisdicciones, frente a situaciones específicas que afrontan personas pertenecientes a pueblos o comunidades indígenas u originarios, tendría que ser una de las vías por las cuales se encamine el diálogo intercultural en el ámbito de la administración de justicia⁵.

De allí que un Estado de derecho que reconoce la diversidad cultural deba establecer reglas o pautas para modular las formas de relacionamiento que se pueden producir entre los sistemas de justicia, fijando criterios para cooperar, para asumir determinados asuntos y, eventualmente, resolver posibles divergencias, sin que con ello se afecte la autonomía de los ordenamientos jurídicos originarios o de los pueblos indígenas.

⁴ Es pertinente mencionar como antecedente al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales, aprobado en 1989 y ratificado por el Perú en 1993, el cual, en los artículos 8 y 9, señala:

«Artículo 8.

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.
2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio [...].

Artículo 9.

1. En la medida que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.
2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia».

⁵ Además, según refiere Ramírez (2017, p. 522), puede catalogarse como espacio de *interlegalidad* en la medida que existe una administración de justicia conjunta entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena.

Ahora bien, el texto constitucional establece el parámetro de la *coordinación*, por lo que resulta necesario que quede meridianamente claro que este mandato implica que entre ambos fueros jurisdiccionales —el ordinario y el especial o comunal— exista un objetivo común, que, como señala Hans J. Brandt (2017), sería «la resolución de conflictos personales, la seguridad jurídica, la protección contra la delincuencia» (p. 16). A ello podría agregarse otros objetivos, como sería el acceso a la justicia y el reconocimiento del diálogo intercultural en el ámbito de la justicia.

III. ¿POR QUÉ DEBE APROBARSE UNA LEY DE DESARROLLO DEL ARTÍCULO 149 DE LA CONSTITUCIÓN?

Han transcurrido más de treinta años de vigencia de la Constitución Política que, a través del artículo 149, reconoció la potestad de administrar justicia a las autoridades de las comunidades campesinas y nativas, con el apoyo de las rondas campesinas. Varios hitos importantes han ocurrido desde esa fecha hasta la actualidad. Uno de los primeros es que la coordinación interjurisdiccional se ha venido produciendo de facto, más allá de las voluntades de los actores y de la omisión del legislador. Es decir, ante la ausencia de una regulación normativa, se pueden identificar a lo largo de estos años una serie de sucesos que dan cuenta del esfuerzo del Poder Judicial, principalmente, pero también del Ministerio Público, para promover espacios de coordinación y, sobre todo, para que estos sean institucionalizados.

De este modo, es posible identificar la aprobación de distintos elementos en este proceso de reconocimiento de la coordinación interjurisdiccional. En primer lugar, el desarrollo de instrumentos normativos de nivel administrativo; en segundo lugar, el desarrollo de lineamientos jurisprudenciales; y, en tercer lugar, la conformación de estructuras orgánicas que promovieran espacios de encuentro y diálogo intercultural en el ámbito judicial.

Respecto de la aprobación de instrumentos normativos a nivel administrativo, nos referimos principalmente al Protocolo de Coordinación entre Sistemas de Justicia, publicado en 2014 por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, el cual establece una serie de criterios y principios que deberían seguir los jueces del país cuando se relacionen con las autoridades de la jurisdicción comunal o rondera⁶.

⁶ Es el caso del Protocolo de Coordinación entre Sistemas de Justicia, aprobado mediante la Resolución Administrativa N.º 333-2013-CE-PJ del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial.

Cuando nos referimos a los lineamientos jurisprudenciales formulados desde el Poder Judicial, aludimos al pronunciamiento de la Sala Plena de la Corte Suprema que, mediante el Acuerdo Jurisprudencial N.º 01-2009, interpretó el artículo 149 de la Constitución, estableciendo que las rondas campesinas también tienen la potestad de ejercer la función jurisdiccional⁷.

Mientras que, en el caso de la conformación de instancias orgánicas, se aprecia la creación de la Oficina Nacional de Justicia de Paz (ONAJUP) en 2004 y, posteriormente, la Comisión de Justicia Intercultural en 2011⁸, siendo ambas estructuras la cara visible del Poder Judicial en el desarrollo, en los años siguientes, de diversos espacios de capacitación y de encuentro entre representantes de la jurisdicción ordinaria y de la jurisdicción comunal⁹.

Puede, entonces, afirmarse que desde hace más de una década se han promovido esfuerzos para reconocer la coordinación interjurisdiccional, con resultados diversos, ya que se ha podido desarrollar ámbitos donde ha funcionado muy bien la posibilidad de diálogo entre sistemas de justicia, beneficiando de ese modo al ciudadano; sin embargo, paralelamente, también se han producido tensiones y conflictos por la negativa de una o ambas partes a cooperar o por el desconocimiento por parte de las autoridades estatales de la jurisdicción comunal o rondera¹⁰.

Por lo que no necesariamente la aprobación de una norma de desarrollo legislativo del artículo 149 de la Constitución contribuiría a superar estas tensiones. Ello dependería del contenido normativo que contenga la iniciativa, sin que deba descartarse otras formas de consolidar la coordinación intercultural de la justicia, que, de manera parcial, se ha apreciado en los últimos años.

⁷ No queremos dejar de mencionar la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal Constitucional respecto del reconocimiento del pluralismo jurídico o de la facultad de impartir justicia por la jurisdicción comunal-rondera, la cual, si bien no es numerosa, sí permite identificar algunos criterios y exhortaciones formuladas por el máximo tribunal. Destacamos, en este sentido, las STC 02765-2014-PA/TC, STC 0367-2016-PHC/TC y el último pronunciamiento recaído en la STC 03158-PA/TC.

⁸ En febrero de 2025, mediante la Resolución Administrativa N.º 000064-2025-CE-PJ del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, se ha desactivado la Comisión de Justicia Intercultural y sus funciones han sido asumidas por la Unidad de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia Itinerante.

⁹ En noviembre de 2024, se realizó el XII Congreso de Justicia Intercultural del Poder Judicial en la ciudad de Cusco, con la participación de las autoridades de la jurisdicción comunal.

¹⁰ Se sostiene que existen casos de autoridades comunales y ronderas denunciadas penalmente por hacer uso de la facultad jurisdiccional, como precisamos más adelante.

IV. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

En el transcurso de más de treinta años de aprobado el texto constitucional, se han formulado diversas propuestas legislativas que intentaron desarrollar legislativamente el citado artículo constitucional. De este modo, solo en la década del noventa se aprecian siete proyectos de ley que siguieron el procedimiento parlamentario.

De estos proyectos, en cinco de ellos no se desprende «un desarrollo del derecho a la jurisdicción especial, sino por el contrario, buscan limitar el alcance la jurisdicción especial creando restricciones no contempladas en la Constitución» (Yrigoyen, 2001, p. 158). De allí que estos no hayan tenido mayores avances en el iter legislativo.

Posteriormente, en el año 2003 se presentó, por la bancada parlamentaria Perú Posible, el Proyecto de Ley 9160/2003-CR, el cual proponía desarrollar el artículo 149 de la Constitución Política, regulando el derecho consuetudinario y la función jurisdiccional de los pueblos originarios. Mucho después, en octubre de 2006 se presentó el Proyecto de Ley 0420/2006-CR de la bancada parlamentaria Nacionalista Unión por el Perú, que proponía desarrollar el artículo 149, regulando el derecho consuetudinario. Al poco tiempo, en mayo de 2007 ingresó el Proyecto de Ley 1265/2006-CR, también de la bancada nacionalista, en el cual se proponía una ley de coordinación de la jurisdicción especial de las rondas campesinas, comunidades campesinas y comunidades nativas con la jurisdicción ordinaria. Ninguno de estos proyectos de ley pudo ser dictaminado por alguna comisión parlamentaria.

Entre las características de estos proyectos que merecen relievase, señalamos que, salvo el último, lo que buscaban estos textos era regular el funcionamiento de la jurisdicción especial, estableciendo una serie de restricciones que incluso resultaban contrarias a la Constitución. Adicionalmente, ninguno de los proyectos había recogido las opiniones de los propios interesados —las comunidades y rondas— a través de sus organizaciones representativas, de allí que no contaran con mayor apoyo ni trascendencia en el debate legislativo.

Diferente fue el abordaje de este tema tras el retorno a la democracia en los primeros años del presente siglo. Así, durante las primeras décadas pueden identificarse dos momentos relevantes en lo que concierne al debate nacional. El primero tiene que ver con el incremento de la conflictividad social en territorio de las comunidades campesinas, inicialmente, y luego en las comunidades nativas. Mientras que el segundo momento corresponde a lo acontecido en los últimos seis años, cuando algunas de las propias organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios participan en el debate acerca de una ley de coordinación.

Respecto del primer momento, se puede identificar el período 2009-2011 como un hito o punto de inflexión en el proceso de reconocimiento de la necesaria coordinación entre sistemas de justicia (Bazán, 2006), específicamente desde el lado del Poder Judicial. Se trata de un punto de modulación, considerando el sentido de los debates previos, donde estaba en cuestión si se debía o no proponer un marco legislativo de coordinación, sobre todo porque se pensaba en el riesgo que suponía un desarrollo normativo del artículo 149 que, en vez de establecer pautas de relacionamiento entre la jurisdicción especial y la jurisdicción ordinaria, pretendiera subordinar una a la otra, o bien que se intentara establecer fueros absolutamente autónomos, en los que se deslindaran los marcos de actuación de los actores de ambas jurisdicciones, como si las comunidades o rondas fuesen entes autárquicos sin mayor conexión con las autoridades estatales.

En efecto, como señalamos en el punto anterior, existía el antecedente de que varios de los proyectos de ley presentados hasta ese momento habían tenido como característica su excesivo *reglamentarismo*¹¹, o fueron formulados desde perspectivas teóricas distanciadas de la realidad y sin mayor debate con los propios operadores jurisdiccionales sobre cómo debería darse la coordinación entre los sistemas de justicia existentes en el país, así como sobre los supuestos de confrontación y la forma de ser abordados. Adicionalmente, era notoria la mayor resistencia al ejercicio de la función jurisdiccional de las rondas campesinas autónomas, tal como demuestra el gran número de ronderos procesados por los delitos de usurpación de funciones o de secuestro¹².

54

Ante tal escenario, hubo quienes proponían que fuese el propio Poder Judicial quien desarrollase, a través de su jurisprudencia, las pautas y formas de relacionamiento entre los fueros jurisdiccionales. Se exponía como uno de los modelos a seguir el caso colombiano (Ariza, 2010, p. 19), donde un frondoso desarrollo jurisprudencial había establecido los mecanismos de coordinación y las vías de solución de los conflictos entre las jurisdicciones¹³.

Posteriormente, dicho debate se fue decantando. Contribuyó a ello que en el año 2009 se aprobara el Acuerdo Plenario 1-2009/CJ-116 sobre rondas campesinas y función jurisdiccional, emitido por las Salas Penales de la Corte Suprema de

¹¹ Por ejemplo, el predictamen de la Comisión de Constitución del Congreso recaído sobre los Proyectos de Ley N.º 420/2006-CR y N.º 1265/2006-CR.

¹² Para un análisis más detallado, sugerimos consultar Levaggi (2010).

¹³ Desde la conocida sentencia de la Corte Constitucional T-349 de 1996, que estableció las reglas de maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y de minimización de las restricciones a dicha autonomía a las absolutamente indispensables para salvaguardar los intereses de superior jerarquía.

Justicia de la República, dado que, a diferencia de Colombia, no existían antecedentes similares en el país. No olvidemos que la experiencia jurisprudencial peruana en la disciplina de la interculturalidad era incipiente y que su mejor exponente, el Tribunal Constitucional, se caracterizaba por sentencias varias veces contradictorias¹⁴.

Pero incluso con este aporte jurisprudencial, la opinión general observaba con mayor interés la necesidad de insistir en un desarrollo normativo que de manera clara dirimiera las controversias interlegales que pudiesen presentarse. Por ello, en las conclusiones del Tercer Congreso Internacional de Justicia Intercultural, organizado por el Poder Judicial en noviembre de 2011 en la ciudad de Huaraz (Poder Judicial, 2012), se acordó respaldar el proyecto de ley de coordinación intercultural de la justicia que meses antes había presentado la Corte Suprema de la República al Poder Legislativo.

De esta manera, es posible resaltar, dentro de este primer momento, el PL 313/2011-PJ, presentado por el presidente de la Corte Suprema en octubre del 2011, el cual alcanzó a ser dictaminado en noviembre de 2013 por la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos, Afroperuanos, Ambiente y Ecología, no ocurriendo lo mismo con la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, por lo que no pudo ser debatido en el Pleno del Congreso de la República.

Comentario especial merece esta iniciativa legislativa del Poder Judicial, que recogía una serie de debates internos y conclusiones de encuentros realizados en todo el país entre jueces ordinarios y autoridades de la jurisdicción comunal-rondera durante los últimos dos años previos, lo cual pudo ser sistematizado y adecuado como proyecto de ley¹⁵. Resulta interesante que se formulara una propuesta con alta legitimidad e incluso con apoyo de las propias organizaciones sociales. De allí que el dictamen aprobado en la Comisión de Pueblos recogiera buena parte del texto presentado y estableciera un contenido caracterizado por la formulación de principios y criterios orientadores para la coordinación, delegando en las cortes locales los espacios para dilucidar los posibles conflictos interjurisdiccionales y señalando que la jurisdicción comunal-rondera debía ser competente en aquellos asuntos en los que histórica y tradicionalmente siempre se había pronunciado.

En este dictamen se propuso, mediante un texto minimalista, tres objetivos: i) promover un debate nacional sobre el fuero comunal o indígena, expresado en la Constitución como jurisdicción especial, lo cual ayudaría a sensibilizar e ilustrar

¹⁴ Para un análisis más detallado, sugerimos consultar Verona (2014).

¹⁵ En un trabajo publicado en 2013 damos cuenta de esta experiencia: La Rosa y Levaggi (2013).

a los distintos operadores jurídicos sobre el contenido del pluralismo jurídico reconocido en la Constitución; ii) dotar de significado al desarrollo legislativo del artículo 149 de la Constitución a través de una norma que planteara principios y criterios interpretativos para su aplicación en la heterogénea realidad de la jurisdicción especial; y iii) enmendar una omisión legislativa que se prolongaba, en ese momento, por más de veinte años y que había generado una serie de complicaciones y afectaciones del derecho de acceso a la justicia de sectores significativos de la población que recurren a la jurisdicción comunal-rondera.

En el último periodo legislativo 2016-2021, es posible identificar dos proyectos de ley claramente diferenciados: por un lado, el PL 773/2016-CR y, por otro, el PL 7638/2020-CR, cada uno con distintos contenidos e importantes aspectos a dilucidar.

El primero de estos proyectos presentaba las siguientes características: planteaba un derrotero a seguir para promover formas de coordinación entre la jurisdicción ordinaria —desarrollada por el Poder Judicial, el Ministerio Público y la Policía Nacional— y la jurisdicción especial, constituida por las comunidades campesinas, comunidades nativas, rondas campesinas y otros pueblos indígenas, estableciendo las pautas y características que deberían orientar esta relación sobre la base, fundamentalmente, de la interculturalidad, entendida no solo como un diálogo en condiciones de igualdad, sino además como una interacción positiva orientada a transformar las relaciones entre estas jurisdicciones. Creemos que aquí radicaba el aporte más notable del texto aludido.

Asimismo, en sus disposiciones se establecía una competencia amplia para la jurisdicción especial, con algunas limitaciones razonables, las cuales se sustentaban en el principio de primacía de la realidad, es decir, aquellas materias que, por su propia naturaleza, deben ser abordadas por la jurisdicción ordinaria debido a su especialidad o complejidad.

También se señalaba que, en los casos de conflictos de competencia, debía prevalecer el diálogo de buena fe, descartándose que la jurisdicción ordinaria tuviera la última palabra. De esta manera, la propuesta legislativa resultaba coherente con la aspiración de búsqueda de consensos que tomaran en cuenta la diferencia cultural, sin imponer un criterio o punto de vista único, lo que no sería compatible con un enfoque intercultural.

En otro acápite se aseguraba la posibilidad de que cualquier persona o colectivo que se considere afectado en sus derechos fundamentales por la aplicación de la jurisdicción especial pudiera recurrir a los procesos constitucionales correspondientes, con lo cual se cautelaba que nadie quedara desprotegido en sus derechos.

Del mismo modo, se regulaban algunos actos de cooperación entre las jurisdicciones ordinaria y especial, de manera que se institucionalizara una amplia cooperación, incluida la participación de la Policía Nacional. Finalmente, se señalaba que todas las disposiciones debían aplicarse de conformidad con el denominado Bloque de Justicia Intercultural, conformado no solo por la Constitución Política, sino también por los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el país, como el Convenio 169 de la OIT y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

El segundo de los proyectos, el PL 7638/2000-CR, presentado en abril de 2021, es el que más adelante sería recogido en su totalidad en el PL 546/2021-CR, el cual se analizará más adelante.

V. BASE NORMATIVA

- La Constitución Política. Específicamente, el bloque normativo denominado *Constitución Cultural*¹⁶ que comprende el artículo 2, inciso 19 (Derecho a la identidad étnica y cultural); el artículo 17 referido a la educación intercultural bilingüe; el artículo 89 referido al reconocimiento de las comunidades campesinas y nativas; el artículo 149 referido a la jurisdicción especial, y el artículo 191 referido a la representación política de las comunidades y pueblos originarios en los consejos regionales.
- El Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales.
- La Ley 29785, Ley de del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios.
- El Decreto Supremo N.º 001-2012-MC, Reglamento de la Ley 29785.
- El Acuerdo Plenario de la Corte Suprema 1-2009/CJ-116, aprobado el 13 de noviembre de 2009.
- El Protocolo de Coordinación entre Sistemas de Justicia, aprobado mediante la Resolución Administrativa 333-2013-CE-PJ.
- La Declaración de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas.
- La Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.

¹⁶ Así denominado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 0042-2004-AI/TC, fundamento 1, en la cual se refiere a estas disposiciones como *parte del contenido cultural de nuestra Constitución*.

VI. CONSIDERACIONES SOBRE LA CONSULTA PREVIA LEGISLATIVA

Un aspecto previo, pero ineludible, para la iniciativa legislativa que se intenta desarrollar es que cualquier propuesta al respecto debe someterse a la consulta de los pueblos indígenas u originarios, conforme lo establecen el Convenio 169 de la OIT y la Ley 29785 (Ley de Consulta Previa).

No se trata de un asunto menor: el artículo 6, inciso 1, del Convenio 169 y el artículo 2 de la Ley 29785¹⁷ señalan que constituye un derecho de los pueblos indígenas u originarios ser consultados de forma previa respecto de las medidas legislativas que los afecten directamente. Por lo tanto, una ley que desarrolle el derecho colectivo de administrar justicia de las comunidades o pueblos indígenas se encuentra claramente dentro de uno de estos supuestos, por lo que la entidad estatal —en este caso el Congreso de la República— tendría la obligación de llevar a cabo la consulta correspondiente.

Adicionalmente, cabe señalar que someter a consulta previa la iniciativa legislativa dictaminada en una comisión del Congreso dotaría a la propuesta de una legitimidad mayor, en tanto permitiría recoger no solo las opiniones técnicas de los diversos sectores estatales y de los especialistas, sino también incorporar de modo directo las voces de las propias comunidades y pueblos en cuyo ámbito funciona esta jurisdicción, contribuyendo así a perfeccionar el texto consultado de la manera más cercana posible a la realidad. En este sentido, no resultaría suficiente señalar que un proyecto de ley ha surgido de «las propias bases», ya que la única forma de garantizar que efectivamente recoja las distintas posiciones de los colectivos y grupos culturales originarios es a través de un mecanismo ordenado y sistemático, como el previsto en el procedimiento de consulta previa¹⁸.

¹⁷ Ley 29785. «Artículo 2. Derecho a la Consulta. Es el derecho de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados de forma previa sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo. También corresponde efectuar la consulta respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente estos derechos».

¹⁸ Existe un antecedente parlamentario: la Ley 29763 (Ley Forestal y de Fauna Silvestre), que puede orientar los pasos a seguir en la actualidad. Ver en [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/CB8AC8347CFD5CFD0525841D00702DAC/\\$FILE/34.INFORTEMA38-2016-2017.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/CB8AC8347CFD5CFD0525841D00702DAC/$FILE/34.INFORTEMA38-2016-2017.pdf)

VII. ANÁLISIS DEL PROYECTO DE LEY 546/2021-CR (EN ADELANTE EL PROYECTO)

El PL 546/2021-CR es un texto de veinticuatro artículos y seis disposiciones complementarias. En principio, cabe señalar que se trata de una propuesta que parece querer abarcar todos los supuestos posibles del relacionamiento interjurisdiccional, incurriendo por ello en un excesivo reglamentarismo, con el riesgo de fracasar en este intento dada la heterogeneidad de los diversos sistemas jurídicos propios en las comunidades campesinas, rondas campesinas y pueblos indígenas. Adicionalmente, desarrolla otros contenidos que no se refieren directamente a la coordinación interjurisdiccional, como el derecho al autogobierno de los pueblos, los derechos de las personas indígenas cuando son procesadas ante la jurisdicción ordinaria, o propuestas de amnistía o archivamiento de autoridades de las comunidades o rondas por el ejercicio de la función jurisdiccional, con lo cual se desnaturaliza el objetivo de una ley que desarrolla legislativamente el artículo 149 de la Constitución. Consideramos que estos aspectos, de ser legislados, deberían desarrollarse en una norma independiente.

Respecto de las materias que tienen que ver con la finalidad propia de una norma de coordinación interjurisdiccional, cabe decir lo siguiente:

- **Sobre el sujeto titular de derechos.** El artículo 149 de la Constitución se refiere a las comunidades campesinas y comunidades nativas, a través de sus autoridades, como titulares del derecho a administrar justicia. Al respecto, consideramos que debería respetarse esta terminología, incorporando expresamente a las rondas campesinas, quienes, vía una interpretación sostenida de la Corte Suprema de la República y, parcialmente, del Tribunal Constitucional, ejercen válidamente la función jurisdiccional en los ámbitos territoriales donde se encuentran.
- **Respecto a los principios.** Si bien es cierto el proyecto incorpora quince principios, consideramos que la mayoría de ellos no se refieren propiamente a la coordinación interjurisdiccional; algunos resultan reiterativos y, al tener un carácter prescriptivo, desnaturalizan la finalidad orientadora que debería cumplir una norma de este tipo, dificultando su aplicación práctica por los operadores jurídicos.

Al respecto, existe un antecedente que se encuentra en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el cual señala, en la STC recaída en el Exp. 03158-2018-PA/TC, criterios o principios de diálogo intercultural:

- 1) Principio de Indemnidad: mediante el cual se establece que en el ejercicio de la función jurisdiccional existen mínimos indisponibles, como sería la disposición de vida humana o su cuerpo; la violencia física o coacción para lograr algún fin del proceso; el mero daño sin propósito.
- 2) Principio de Justificación: mediante el cual se requiere de un razonamiento que justifique la decisión jurisdiccional adoptada.
- 3) Principio de Reconocimiento: que implica que, en el tratamiento de una controversia, las partes sean tratadas de manera digna, debiendo las instancias resolutoras respetar las cosmovisiones o culturas diferentes. Asumiendo que dada la complejidad del relacionamiento entre las jurisdicciones, debe salvaguardarse situaciones específicas donde haya personas en situación de vulnerabilidad como mujeres, niños y ancianos.
- 4) Principio de Rehabilitación: en el sentido de reconocer que existen diversas formas de compensación y reparación que no tendrían a priori ser minusvaloradas. (f. j. 35)

Adicionalmente a estos principios establecidos jurisprudencialmente, y que son más propios de la forma en que la jurisdicción ordinaria valora a la jurisdicción especial, podría incorporarse un conjunto de principios más directamente vinculados a la coordinación interjurisdiccional, los que resultarían más pertinentes, como los principios de interculturalidad, de igualdad de género y protección a la niñez, de cooperación entre las jurisdicciones y de complementariedad en las resoluciones o decisiones adoptadas en la resolución de los casos.

- *Principio de interculturalidad.* Que asume que la relación entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción especial significa la creación de puentes de comunicación, comprensión y diálogo en condiciones de igualdad.
- *Principio de género y protección de la niñez.* Que asume que, en el marco de la coordinación interjurisdiccional, se tendrá especial atención en el respeto a los derechos de las mujeres y en la protección a los menores de edad.
- *Principio de cooperación entre las jurisdicciones.* Que asume que existen diversas formas de ejercicio de la jurisdicción especial, lo cual se evidencia en la justicia comunal, la justicia rondera y en la justicia de los pueblos indígenas u originarios.
- *Principio de complementariedad.* Que asume que las decisiones de un órgano de la jurisdicción especial o de un órgano de la jurisdicción ordinaria son respetadas y ejecutadas por las autoridades de la otra jurisdicción.

- *Principio de respeto a los derechos fundamentales.* Que asume que la relación entre ambas jurisdicciones debe, en todo momento, respetar los derechos fundamentales de las personas.
 - **Respecto a la competencia.** En coherencia con lo señalado en el artículo 149, la jurisdicción comunal-rondera debería ser competente respecto de los hechos o conflictos surgidos en su ámbito territorial, sin distinguir si la persona involucrada forma parte o no de la comunidad campesina, nativa o de la ronda campesina. En cuanto a los asuntos sobre los que podría intervenir (competencia material), somos de la opinión de que debe permitirse que esta jurisdicción especial actúe en todos los casos en los que histórica y tradicionalmente se ha venido pronunciando, es decir, en aquellos en los que, como sostiene Brandt (2017, p. 233), existan las aptitudes jurisdiccionales para resolver determinada controversia.
 - **Conflictos de competencia.** Somos de la opinión de que el proyecto de ley analizado propone una redacción que puede resultar confusa y de poca viabilidad. En este sentido, creemos que los casos en que se produzcan conflictos entre ambas jurisdicciones tendrían que ser abordados de manera local, en cada distrito judicial, vía un diálogo entre los representantes de ambas jurisdicciones.
 - **Coordinación con la justicia de paz.** El proyecto de ley omite toda mención al mandato establecido en el artículo 149 de la Constitución, en el sentido de que la jurisdicción especial debe coordinar con los jueces de paz, en tanto ambas instancias forman parte del sistema de justicia local. En este sentido, corresponde corregir dicha omisión.
 - **Afectación de derechos fundamentales.** Resulta necesario establecer en el articulado de una ley de coordinación la posibilidad de que el ciudadano que considere vulnerados o amenazados sus derechos fundamentales por la actuación de la jurisdicción comunal-rondera pueda recurrir a los procesos constitucionales que estime pertinentes.

VIII. CONCLUSIONES

Consideramos que este último proyecto de ley, el cual aún puede ser dictaminado y aprobado por corresponder al vigente período parlamentario, debe ajustarse a lo establecido en el marco normativo vigente, sujetándose al mandato legislativo señalado en el artículo 149 de la Constitución. Asimismo, a través de las instancias correspondientes, de ser dictaminado, tendría que someterse al procedimiento de

consulta previa, por tratarse de una medida legislativa que afecta los derechos colectivos de los pueblos indígenas, conforme lo regulado en el Convenio 169 de la OIT y en la Ley 29782.

Recomendamos, en tal sentido, llevar a cabo un proceso de diálogo con las organizaciones representativas de las comunidades y pueblos indígenas existentes en varias regiones, especialmente en aquellas donde existe una población que se autoidentifica mayoritariamente como perteneciente a un pueblo indígena u originario.

Además, consideramos que el desarrollo de una ley de coordinación no tiene por qué ser reglamentarista, siendo lo deseable que fije los criterios y principios de la coordinación. De este modo, en los distintos lugares del país donde funciona la jurisdicción comunal, rondera o de los pueblos indígenas, se podrían adaptar a estos lineamientos establecidos legislativamente y no quedarían desconectados de la variopinta realidad.

Finalmente, respecto de los posibles conflictos de competencia que puedan producirse entre la jurisdicción ordinaria y las distintas jurisdicciones comunales, ronderas o de los pueblos indígenas, recomendamos que se legisle un mecanismo de diálogo en cada región o distrito judicial, que permita dilucidar los cruces que puedan producirse y los resuelva de modo intercultural.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- Ariza, R. (2010). *Coordinación entre sistemas jurídicos y administración de justicia indígena en Colombia*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Bazán, J. F. (2006). *Rondas campesinas: la otra justicia*. Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA). <https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/2678/rondascampesinas.pdf>
- Bonilla, D. y Ariza, L. (2007). *Pluralismo jurídico*. Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana.
- Brandt, H. J. (2017). La justicia comunitaria y la lucha por una ley de coordinación de la justicia. *Derecho PUCP*, (78).
- La Rosa, J. y Levaggi, R. (2013). Hacia una ley de coordinación para la justicia: debates en torno a una propuesta de desarrollo del artículo 149 de la Constitución. En *Serie Justicia Comunitaria en los Andes* (vol. 5). Instituto de Defensa Legal.

- Levaggi, R. (2010). Situación de los casos de miembros de Comunidades Campesinas, Nativas y Rondas Campesinas denunciados ante Ministerio Público por ejercicio de su función jurisdiccional. En J. La Rosa y J. C. Ruiz (Eds.), *La facultad jurisdiccional de las rondas campesinas* (p. 23). Instituto de Defensa Legal. <https://cejamericas.org/wp-content/uploads/2020/09/29facultadjurisdiccionalrondas.pdf>
- Poder Judicial y Oficina Nacional de Justicia de Paz y Justicia Indígena (2013). *Protocolo de coordinación entre sistemas de justicia*. Programa Eurosocial.
- Ramírez, S. (2017). El pluralismo jurídico en el siglo XXI: ¿nuevas formas de Estado? En M. Ledezma (Coord.), *Justicia Intercultural. Análisis y pensamiento plural en América y Europa*. Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú.
- Verona, A. (2014). Los enfoques ético-políticos del Tribunal Constitucional peruano respecto de la diversidad cultural (1996-2012). *Boletín del Instituto Riva-Agüero*, 37.
- Yrigoyen, R. (2001). Retos para construir una juridicidad pluricultural (Balance de los proyectos de ley sobre el artículo 149 de la Constitución). *Boletín del Instituto Riva Agüero*, 28.

Recibido: 12-04-2025

Aprobado: 27-06-2025

Ordenación del uso de las tierras de la Comunidad Campesina de Ticlacayán, 2010-2020

Land use planning of the Comunidad Campesina de Ticlacayan, 2010-2020

 AMÉRICO DAVID MEZA SALCEDO*

 CLIFFORD KEVIN MALDONADO MIRANDA**

65

Resumen

El objetivo general de la investigación consiste en analizar la manera en la que se ordena el uso de tierras de la Comunidad Campesina de Ticlacayán, Pasco, 2010-2020. Esto responde al problema general de la investigación: ¿de qué manera se ordena el uso de tierras de la Comunidad Campesina de Ticlacayán, Pasco, 2010-2020? La hipótesis general comprende que el uso de tierras en la comunidad se ordena en torno al derecho de propiedad y miembro activo, y está acreditado por las normas legales vigentes. El periodo de investigación comprende de 2010 a 2020. El enfoque metodológico es cualitativo, y el diseño de investigación, etnográfico, narrativo y hermenéutico. El estudio tuvo como fuentes de información libros de actas y archivos, normatividades sobre ordenación de tierras. Los informantes fueron el presidente de la comunidad y los líderes de la comunidad. Los datos se recogieron a través de la entrevista a profundidad. La investigación concluye incidiendo en que, en la Comunidad Campesina de

* Doctor en Sociología. Docente principal de la Facultad de Sociología de la Universidad Nacional del Centro del Perú (UNCP), Huancayo, Perú. Código ORCID: 0000-0003-4095-2797. Correo electrónico: davidmezasalcedo@gmail.com

** Abogado y sociólogo, Maestro en Derecho Civil y Comercial. Juez Supernumerario del Tercer Juzgado de Paz Letrado Laboral Permanente. Corte Superior de Justicia de Pasco. Código ORCID: 0009-0007-1084-1259. Correo electrónico: kevin.maldonado.miranda@gmail.com

Tiلاعayán, la ordenación del uso de tierras responde a la función del gobierno comunal. Así, garantiza el acceso formal sobre las tierras, cuyo derecho radica en ser miembro activo de comunidad, pero este contexto presenta tensiones debido a que los dirigentes se disputan el control del acceso a la tierra, en particular, las concesiones a las mineras.

Palabra clave

recursos naturales, uso de los recursos naturales, ordenación de tierras, conflictos por la ordenación, conflicto de intereses, conflicto minera y comunidad.

Abstract

The general objective of this research is to analyze how land use is organized in the Comunidad Campesina de Tiلاعayan, Pasco, 2010-2020. This answers the general research question: How is land use organized in the Comunidad Campesina de Tiلاعayan, Pasco, 2010-2020? The general hypothesis is that land use in the Comunidad Campesina de Tiلاعayan is organized around the right to property and active membership, and is accredited by current legal norms. The research period runs from 2010 to 2020. The methodological approach is qualitative, and the research design is ethnographic, narrative, and hermeneutic. The study's sources of information were: minute books and archives, and regulations on land management. The informants were: the community president and community leaders. Data were collected through in-depth interviews. The research concludes by emphasizing that in the Comunidad Campesina de Tiلاعayan, land use management responds to the function of the communal government, guaranteeing formal access to land. The right to be an active member of the community is a priority. However, this context presents tensions due to leaders vying for control over access to land, particularly concessions to mining companies.

Keywords

natural resources, natural resource use, land management, land management conflicts, conflict of interest, mining conflict, and community.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. MATERIALES Y MÉTODO. 2.1. MÉTODO GENERAL. 2.2. MÉTODO PARTICULAR. 2.3. POBLACIÓN Y MUESTRA. 2.4. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN. 2.5. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOPIACIÓN DE DATOS. 2.6. PROCESAMIENTOS DE DATOS. III. RESULTADOS. IV. DISCUSIÓN. V. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

Las comunidades campesinas han constituido un eje central en los estudios de la antropología, la sociología peruana y el derecho, particularmente en este último ámbito, donde la costumbre ha sido considerada una fuente jurídica relevante. Desde la década de 1960 hasta la actualidad, estas investigaciones han aportado

de manera significativa a la comprensión de diversos procesos, entre ellos la migración del campo a la ciudad; los conflictos por la tierra, tanto entre comunidades como al interior de la organización comunal; la recuperación de tierras en el contexto de la reforma agraria; el reconocimiento de derechos colectivos sobre los recursos naturales; la violencia política; y las tensiones entre comunidades e industrias extractivas en torno al acceso y uso del territorio (Diez, 2012; Urrutia, 1992; Castillo y Urrutia, 2007, Meza, 2016, Burneo, y Ortiz 2015).

En estas investigaciones se resalta la necesidad de alejarnos de visiones esencialistas sobre las comunidades y de reconocer que la diversidad de procesos analizados complejiza su comprensión. En efecto, las comunidades han atravesado distintos procesos históricos que han incidido en el origen de la organización comunal, así como en sus momentos de crisis y en sus posteriores reconfiguraciones sociales y culturales.

Uno de los problemas principales en los que se enfoca la crisis del liderazgo en el gobierno de las comunidades campesinas es la ordenación del acceso al uso de los recursos naturales, en particular la tierra. Esta realidad evidencia que los dirigentes se disputan el control del empleo de las tierras, principalmente los recursos naturales, concesionadas a las industrias extractivas. La tensión fragmenta a la comunidad, ya que hay comuneros que apoyan a los dirigentes, quienes demandan indemnizaciones económicas a las mineras, lo cual se debe concretar en decisiones negociables. Otros comuneros se distancian de esta perspectiva y plantean la prioridad del desarrollo de proyectos productivos y la protección de los recursos naturales e hídricos. Por cierto, este tema ha generado mucha atención por parte del Estado, de la sociedad civil y de los medios de comunicación, pues los intereses del gobierno comunal se concentran en mercantilizar los recursos productivos. Para ello, utilizan sus facultades para gestionar la licencia social en favor de las mineras y, a cambio, obtienen ganancias monetarias.

El caso que motiva nuestro estudio en la Comunidad Campesina de Tíclacayán, Pasco, se basa en las ideas antes referidas. En este ámbito, la asamblea comunal delega la ordenación del uso de tierras al gobierno comunal; este órgano, a su vez, estructura la distribución de los recursos a los comuneros activos de la organización comunal. Este procedimiento se ha establecido desde el contexto de la reforma agraria (1968) y continúa hasta la actualidad.

No obstante, la expansión e intervención de la actividad minera en propiedades de la Comunidad Campesina de Tíclacayán ha generado tensiones entre el gobierno comunal y la asamblea comunal. En consecuencia, el interés de los dirigentes por participar en la concesión de tierras para uso de extracción minera

desvirtúa la razón del bien común que se practica en esta comunidad y da paso a un fin propiamente individual: obtener ganancias personales.

Efectivamente, la disputa de los dirigentes por participar en la ordenación del acceso de las mineras a las propiedades de la comunidad distancia el logro del bienestar social en la comunidad: mejorar la calidad de vida, las necesidades y las privaciones sociales y económicas. Este propósito quiebra el ser de la comunidad, una organización que busca un bien común basado en compromisos éticos que fortalezcan la identidad colectiva y el sentido de pertenencia.

Para comprender esta realidad, la investigación comprende el periodo de estudio de 2004 a 2014. En este contexto, la Comunidad Campesina de Tíclacayán negocia un proceso de conflicto con la minera Milpo, ahora Nexa SAA, por el acceso al uso de sus tierras agrícolas, cuyo fin consiste en el empleo de depósito de relaves y la exploración de una composición mineralizada.

El conflicto, el diálogo y la negociación tienen tres etapas. Primera etapa, de 2002 a 2004, el diálogo y el acuerdo se enfocan en el uso de tierras para el depósito de relaves, pero el proceso no se concreta. Segunda etapa, de 2004 a 2008, se procesa y concluye con el ingreso de la minera a la exploración de una zona mineralizada, donde hubo actividad en la década de 1970. Por ello, se evidencia una dimensión consistente de yacimientos de minerales. Tercera etapa, de 2008 a 2014, la empresa minera y el gobierno de la Comunidad Campesina de Tíclacayán en el proceso de negociación resuelven una agenda de beneficios para el inicio de la explotación minera.

68

Si bien los acuerdos concluyen en buenos términos, la minera retrasa los pactos que se debían efectuar en el plazo diseñado. Esto retrotrae el debate, en tanto que la intención de los dirigentes es celebrar pactos con la empresa minera, acceder a un beneficio privado y prolongar la concesión del uso de las tierras de la comunidad. Por lo tanto, el nuevo conflicto estalla teniendo el siguiente problema: ¿quién debe liderar la ordenación del acceso al uso de tierras? En este sentido, la asamblea comunal resuelve ratificar a los dirigentes para procesar la ordenación de tierras, pero condiciona su participación a que sean fiscalizados y vigilados por un comité. Este mecanismo de intervención contribuye en beneficio de la comunidad.

Al provenir de esta comunidad, además de conocer y haber participado en los procesos de conflictos sociales antes mencionados, ha sido de mucho interés analizar esta realidad a partir del diálogo con los dirigentes de la Comunidad Campesina de Tíclacayán, así como con la autoridad edil del distrito y con los representantes de la minera. Sus perspectivas ayudarán a entender el gobierno comunal en el control y en la ordenación de los recursos naturales.

La investigación responde las siguientes preguntas:

- ¿De qué recursos naturales dispone la Comunidad Campesina de Ticlacayán para uso productivo?
- ¿Qué actores determinan la ordenación del uso de tierra en la Comunidad Campesina de Ticlacayán?
- ¿Por qué la ordenación del uso de tierras genera conflictos en la organización comunal?

II. MATERIALES Y MÉTODO

2.1. Método general

El método utilizado en esta investigación es el científico. En este horizonte se describe y se sustenta la ordenación de tierras y las tensiones que genera este proceso entre los dirigentes y la asamblea comunal en la Comunidad Campesina de Ticlacayán, Pasco. Explicar estos hechos ha sido producto del trabajo de campo, basado en informaciones relevantes de los principales actores que han participado en la realidad: líderes comunales y el presidente de la comunidad.

69

2.2. Método particular

En esta investigación se ha empleado el método lógico de análisis y síntesis. Conformado por procesos cognoscitivos que cumplen funciones muy importantes en la investigación científica. Asimismo, tiene una base objetiva en la realidad social en la que se enfoca la investigación.

2.3. Población y muestra

a. Población

Según el padrón del libro oficial del gobierno de la Comunidad Campesina de Ticlacayán, comprende 500 comuneros activos.

b. Muestra

En la investigación, consideramos que los siguientes actores son claves para entender el problema en estudio, de quienes se obtuvo información pertinente para el estudio:

- 2 dirigentes del gobierno comunal de la Comunidad Campesina de Ticlacayán

- Presidente del gobierno comunal de la Comunidad Campesina de Ticlacayán
- 6 comuneros y líderes influyentes en la comunidad.

2.4. Diseño de investigación

Es etnográfico, narrativo y hermenéutico, en tanto que el interés en la investigación ha sido recoger las opiniones de los principales actores de la comunidad en relación con la ordenación del uso de tierras y las tensiones que genera este proceso.

2.5. Técnicas e instrumentos de recopilación de datos

En campo, se han utilizado los instrumentos y técnicas:

- **Etnográfico.** Observación y el instrumento ficha de observación. Se obtuvieron datos sobre el contexto de las decisiones que asumen los comuneros y dirigentes sobre la ordenación de tierras en la asamblea comunal.
- **Narrativo.** La entrevista a profundidad, instrumento guía de entrevista. Se recogieron datos acerca de las opiniones de dirigentes y líderes comunales en torno a la ordenación del uso de tierras y al conflicto de intereses presente en este contexto.
- **Hermenéutica.** Análisis documental, instrumento ficha de análisis documental. El análisis consistió en revisar las diversas normatividades sobre la ordenación de tierras y el derecho de propiedad.

2.6. Procesamientos de datos

Se analizó el procesamiento de las informaciones recogidas en el campo a través de dos técnicas: la codificación y la triangulación de datos. Para ello, se tomaron en cuenta los datos codificados de documentos (leyes y normas). Asimismo, se necesitaron entrevistas y antecedentes para aproximarnos al objeto de estudio y, de esta manera, presuponer nuevos conocimientos que requiere replantear las conjeturas propuestas.

III. RESULTADOS

Previo a abordar la problemática que nos compete, nos aproximaremos a la naturaleza y concepción de lo que implica ser una comunidad campesina.

Algunas definiciones legales son como la que nos brinda el primer párrafo del artículo 2 de la Ley General de Comunidades Campesinas, Ley 24656:

Las Comunidades Campesinas son organizaciones de interés público, con existencia legal y personería jurídica, integrados por familias que habitan y controlan determinados territorios, ligadas por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad comunal de la tierra, el trabajo comunal, la ayuda mutua, el gobierno democrático y el desarrollo de actividades multisectoriales, cuyos fines se orientan a la realización plena de sus miembros y del país.

Este concepto concuerda con lo señalado en el primer párrafo del artículo 134 del Código Civil:

Las comunidades campesinas y nativas son organizaciones tradicionales y estables de interés público, constituidas por personas naturales y cuyos fines se orientan al mejor aprovechamiento de su patrimonio, para beneficio general y equitativo de los comuneros, promoviendo su desarrollo integral.

Ahora, desde una aproximación histórica, Ravina, 2022, señala lo siguiente:

La existencia de la Comunidad data de la época pre-inca, el ayllu se constituye como forma de organización primitiva de los primeros pobladores de nuestro territorio, base de la organización económica de los reinos del antiguo Perú y posteriormente del Imperio del Tahuantinsuyo (p. 120).

Villalobos, 2024, manifiesta que «se trata de una organización tutelar de los campesinos del Perú» (p. 58), lo cual, asociado a la característica de esta, se señala que:

son agrupaciones de campesinos que habitan una porción de territorio, que poseen vínculos de costumbres, tradiciones, de trabajo y hasta de sangre. Son instituciones complejas de contenido social, económico y cultural. Tienen un origen remoto. La base de las actuales comunidades campesinas deviene del ayllu incaico y de la reducción española (p. 59).

Al respecto, cabe establecer, entonces, que las comunidades campesinas son organizaciones de personas naturales que tienen cierto grado de afinidad (cultural, social, etcétera) y se desarrollan en un determinado territorio, denominado comunal.

En relación con la tenencia y ordenación de tierras, los líderes comunales se amparan en la Ley General de Comunidades Campesinas, Ley 24656, la cual norma y regula la organización de las comunidades campesinas y el régimen de tenencia de sus tierras. En particular, en el artículo 11, se especifica que las

comunidades llevan un padrón de uso de tierras donde se registran las parcelas familiares y sus usuarios.

Asimismo, se amparan en la Constitución Política de 1993, tales como los artículos 70 y 88. En este último, se refiere que el Estado «garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra (en forma privada o comunal) y su inviolabilidad» (p. 12). En este sentido, debemos afirmar que el acceso a la tenencia de tierra está asegurado, así como su autonomía en el trabajo comunal, y en el uso y la libre disposición de sus tierras.

Cabe agregar que, en nuestro sistema jurídico, solo se reconocen tres tipos de propiedad: la propiedad privada, la propiedad estatal y la propiedad comunal, siendo esta última la que nos interesa. Se dice que en esta:

el bien pertenece en conjunto a un grupo que comparte el derecho a explotar el referido bien e implica al menos a nivel conceptual, el libre acceso de los miembros del grupo al bien común. Normalmente, la propiedad común o comunal se da al interior de grupos de personas que, comparten un espacio físico, una historia y una cultura, y realizan la explotación de la tierra en forma conjunta (p. 87).

72

En la revisión de las normas vigentes —la Constitución Política del Perú de 1993, la Ley General de las Comunidades Campesinas (Ley 24656)—, hallamos que el derecho al acceso de tierras está resguardado por el Estado, y se ejerce en conformidad con el bien común y en el marco de la formalidad. Al ser el Estado el principal garante de este derecho, el gobierno comunal asume funciones para regular de forma orgánica el régimen del uso de tierras a nivel familiar y comunal.

Al respecto, en el segundo párrafo del artículo 89 de la Constitución, se señala que las comunidades campesinas «son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras». Resulta importante destacar esta característica debido a que este amparo constitucional garantiza que las comunidades campesinas puedan disponer y gravar sus territorios comunales.

En las normas mencionadas, se reconoce la titularidad sobre el uso de tierras a nivel familiar y comunal. En efecto, el gobierno comunal establece formas de posesión. *Una primera forma* es otorgar a los comuneros el uso permanente de los recursos con fines productivos y, en el proceso, reciben la posesión definitiva. Esto no los convierte en propietarios; sin embargo, sus características se asemejan al de la propiedad. Esto los faculta para decidir su alquiler o venta, o seguir incentivando su utilización para vincular la producción agraria al mercado local. Este sistema de

posesión garantiza el sustento de las familias y sus miembros, así como sus diversas necesidades. Cabe señalar que la venta a la cual nos referimos —de propiedad— carece de validez si no se ha procedido conforme a las normas legales, esto es, que la disposición se realice con la aprobación de no menos de los dos tercios de comuneros calificados. En caso contrario, no se vendería la propiedad del suelo, sino que se efectuaría una transferencia de posesión o usufructo.

Una segunda forma, de posesión, se trata del uso temporal de las tierras. En préstamos reciben las propiedades de la comunidad por necesidades económicas. Los comuneros se acogen a este beneficio cuando lo requieran y el gobierno comunal lo dispone. Una vez concluido el plazo del préstamo, el comunero devuelve la posesión. La comunidad recibe por este uso una parte de la cosecha, producto que se debe vender para los fondos de contingencia de la organización comunal.

Al respecto, Ravina (2022) manifiesta lo siguiente:

[...] consideramos que se produce una situación especial, pues un mismo predio es «consumido» de forma colectiva entre los miembros de la comunidad. En ese sentido, la propiedad comunal funciona «hacia fuera» como una propiedad privada y «hacia adentro» como un espacio de consumo colectivo, sin exclusión (p. 90).

73

Entonces, lo manifestado en el párrafo precedente encaja perfectamente con la naturaleza del predio comunal; ya que algunas veces se otorga su uso a favor de los comuneros para determinada actividad y, posteriormente, se devuelve a la comunidad para que esta lo utilice directamente o se lo brinde a otro comunero.

Según Malpartida:

Cuando la tierra está descansando y un comunero la necesita, la transferimos en alquiler para que la produzca. La necesidad de los comuneros es primero. Prestamos o alquilamos, eso depende de lo que decida la asamblea comunal. El uso de la tierra está regulado y, para acceder, tienen que ser comuneros activos. Algunos se han afiliado siendo hijos de comuneros, porque tenían necesidad; la familia y los hijos lo exigían. En otros casos, pasan a ser propietarios por compra, eso lo garantiza la comunidad. En esta comunidad, no tiene derecho al uso de las tierras los que no son comuneros inscritos en el padrón. Por ejemplo, como hijos, pueden hacer uso de las propiedades que ha dejado su padre, pero tiene que pasar a ser miembro de la comunidad. Ser miembro le da muchos derechos, no solo el derecho al uso de las propiedades, sino también a ser dirigente. En mi caso, aprendí mucho de mi

padre, también fue dirigente, participó en muchas historias de lucha en la comunidad. Ahora, como dirigente, debo ser justo en la gestión del desarrollo comunal, mas no generar conflicto como lo han hecho muchos dirigentes (comunicación personal, diciembre de 2019).

Sin embargo, con la expansión de la economía de libre mercado, la concentración de tierras en la Comunidad Campesina San Pablo de Ticlacayán ha variado la ordenación del uso de las tierras.

La prioridad se ha concentrado en cuatro actividades. La *primera actividad* se orienta a la concesión de las tierras a las empresas mineras. Efectivamente, la expansión de la minería en comunidades adyacentes a Ticlacayán ha despertado las expectativas de sus comuneros a negociar con los empresarios para concesionar sus tierras, cuyo fin consiste en obtener utilidades económicas que sirvan de fondo para dinamizar la gestión del desarrollo comunal.

Según los líderes comunales:

Actualmente, los comuneros quieren que las propiedades de la comunidad sean productivas. Para ellos, si no se siembra o produce, es mejor concesionarla a alguna empresa privada. Esta idea ha primado en los dirigentes que han representado a la comunidad desde la época de 1990. Además, las empresas mineras satisfacen demandas que las comunidades proponen. Eso lo sé porque, siendo miembro del Sindicato Minero de Atacocha, nos enteramos que la empresa quería cerrar el trato con la Comunidad Campesina de Ticlacayán sobre el uso de sus tierras para depositar su relave. Al poco tiempo, me enteré de que se había concretado. Entonces, la comunidad invirtió el dinero obtenido en la construcción del local comunal y otras actividades (Meza, comunicación personal, enero de 2020).

Esta realidad cambia las expectativas de los comuneros en relación con la ordenación de tierras. En este contexto, prevalecen intereses personales, es decir, sacarle provecho al pacto con los empresarios para exigirles otros beneficios no considerados en el marco del acuerdo establecido. Esto explica que la minería y sus necesidades cambien la posición y la ética del gobierno comunal en torno a la ordenación de tierras, y pacten la concesión siempre y cuando satisfagan necesidades. Finalmente, en el proceso de diálogo entre la comunidad y los representantes de las empresas mineras, lo importante es la utilidad de los ingresos para la comunidad y sus miembros.

Cabe mencionar que existen normas que regulan la forma de adoptar los acuerdos de las comunidades campesinas, como la Ley 24656, la cual en el artículo 7 señala que las tierras de las comunidades «por excepción podrán ser enajenadas, previo acuerdo de por lo menos dos tercios de los miembros calificados de la comunidad, reunidos en asamblea general convocada expresa y únicamente con tal finalidad». Sin embargo, en ese párrafo, también se precisa que esta es una excepción al régimen de inalienabilidad del territorio comunal. Esto concuerda con lo indicado en la Directiva 10-2013-SUNARP-SN, «Directiva que regula la inscripción de los actos y derechos de las comunidades campesinas», en la cual se establecen las formalidades para la inscripción en el Registro de Personas Jurídicas de la Sunarp, con la finalidad de que se publiciten los actos, contratos y derechos que las comunidades campesinas otorgaron. Específicamente, el numeral 6.8 se denomina «Actos de disposición y gravamen sobre el territorio comunal», en el cual se precisa que

para efectos de disponer, gravar, arrendar o ejercer cualquier otro acto sobre las tierras comunales, se requerirá del acuerdo de la asamblea general con el voto favorable según lo dispuesto en los artículos 10 y 11 de la Ley N° 26505. En tal sentido, a fin de acreditar que los representantes de la comunidad campesina cuentan con poder para efectuar los actos referidos en el párrafo precedente, resulta exigible la inscripción previa del otorgamiento de poderes en el Registro de Personas Jurídicas.

Así, queda asentado que, según norma, se requiere que la comunidad campesina celebre una asamblea general en la cual se otorgue poder al representante o a los representantes de la comunidad para que puedan suscribir los diversos documentos (constancias, minutas y escrituras públicas) que contendrán los acuerdos, tales como ventas, donaciones, arrendamientos, servidumbres, derechos de usufructo, derechos de superficie, etcétera.

Esa es la vía legal preestablecida; sin embargo, lo que sucede en la realidad es mucho más simplista. Cada comunero, posesionario o usufructuario de una determinada parcela toma la iniciativa de negociar directamente con la empresa privada con tal de otorgar derechos sobre el terreno superficial, pero del cual no es propietario. Por otra parte, la empresa minera, ya sea por desconocimiento o por evitar acudir a la asamblea general —en la cual muchas veces no llegan a acuerdos fructíferos—, es decir, evitar la formalidad, pactan directamente con los mencionados. Con posterioridad, esto genera beneficios para algunos y no para todos los comuneros, lo cual provoca, a su vez, conflictos entre los comuneros.

La *segunda actividad* se refiere al uso de tierras para sembrar pasto destinado al consumo del ganado vacuno, ovino y vicuña. Esta actividad ha evolucionado en los últimos cinco años, y el apoyo de la minería ha potenciado su producción. En este proceso, se ha involucrado también el municipio a través de asistencia técnica y apoyo logístico.

La *tercera actividad* se enfoca en el aprovechamiento de las tierras para la agricultura. En este caso, la población combina la agricultura con la ganadería, cuyos productos se envían al mercado. Para los comuneros, estas oportunidades han sido apoyadas por las autoridades del gobierno local con financiamientos para la asistencia técnica.

Según Burneo (2012), «las anteriores formas de ordenación comunales (la tradición forma de control) pierden peso y son desplazadas en un contexto en el que las nuevas formas de trabajo y nuevas actividades surgen en la comunidad» (p. 34). Entonces, definitivamente, prevalece el establecimiento de nexos con el mercado. Para ello, deben extender la producción y el uso de recursos para alquilar o comprar propiedades, cuya acción concierne más al desarrollo económico individual.

Con respecto a la *cuarta actividad*, las tierras también han sido potenciadas para la plantación de eucaliptos. La comunidad, en su afán de aprovechar la forestación y expandir este recurso, ha recuperado tierras abandonadas y no en uso por sus propietarios para ampliar el proyecto de forestación. Su producción ha sido planificada para venderse en el mercado. Los ingresos servirán como fondo económico para el gobierno comunal y dinamizar diversas actividades que se requieren en la comunidad.

Siendo la comunidad campesina un órgano legal, reconocido por la legislación peruana, mediante normatividades vigentes como la Ley de las Comunidades Campesinas y la Constitución de 1993, define la estructura del gobierno comunal. Esta representación gestiona el desarrollo comunal, teniendo como capital económico los recursos naturales. Las decisiones sobre su uso y ordenación las determina la asamblea comunal, integrada por comuneros activos de la comunidad campesina. La normatividad peruana otorga autonomía a las comunidades campesinas con respecto a su decisión del uso y ordenación de tierras, pero sin que esto se aleje del espíritu de la ley.

Por lo tanto, según lo establecido por la normatividad y lo referido por los comuneros, la asamblea general determina los mecanismos de ordenación de los recursos naturales en la comunidad. En efecto, la asamblea comunal, en virtud de fortalecer la vigilancia del buen uso de las tierras, delega esta responsabilidad a los miembros del gobierno comunal.

Para Torres:

la designación de los comuneros para participar en el control del uso de las tierras está facultada por la asamblea comunal, eso lo sabemos y lo conoce la comunidad. Además, esta decisión debe ser un privilegio para los comuneros que conforman esta comisión, porque en sus manos está el trabajo de establecer las demandas de la comunidad, así como negociar los acuerdos debatidos en la asamblea comunal. En este grupo, encontramos las capacidades para llegar a pactar con la empresa minera y poner fin a los acuerdos en caso de incumplimiento. Pero los dirigentes siempre tienen intenciones personales y quieren obtener ganancias. Eso es perjudicial no solo para la comunidad, sino para los dirigentes, porque la gente ya no quiere confiar en nadie (comunicación personal, enero de 2020).

Según la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO, 2014), «ofrecer acceso seguro a la tierra es un elemento importante para abordar las necesidades humanitarias de urgencia, así como para la estabilidad económica y social a más largo plazo» (p. 37). En consecuencia, el acceso seguro a la tierra ayuda a tener un lugar donde se puede vivir, cultivar alimentos y obtener ingresos para brindarle beneficios a la familia.

Desde 2015, en la Comunidad Campesina de Tíclacayán, la asamblea comunal ha decidido reorientar la actividad económica de los campesinos a la producción ganadera de vacunos y alpacas: otros ganados como ovinos y llamas, que también se crían, han sido actividades vinculadas al desarrollo agrario a partir de la década de 1950. En este sentido, la asamblea comunal, como ente regulador de la tierra, ha otorgado en préstamo a los comuneros tierras comunales para la siembra de pastos y la cosecha del agua para abastecer la alimentación de sus ganados. Algunas propiedades en uso para la producción agrícola han sido preparadas y priorizadas para expandir el sembrado de pastos con riegos de agua suministrada a través de canales construidos artesanalmente.

Cuando se trata de adquirir tierras o propiedades, corresponde al órgano supremo de la comunidad decidir sobre este propósito. Precisamente, en el artículo 18, inciso «c», de la ley general de las comunidades campesinas, se menciona que son atribuciones de la asamblea general «solicitar la adjudicación de tierras conforme a la legislación vigente sobre la materia, así como a autorizar las adquisiciones de tierras a título oneroso y las transacciones y conciliaciones sobre tierras que pretenda la Comunidad» (p. 5). Esta facultad es negada en el contexto en el que un sector de dirigentes y un grupo de comuneros decide pactar

la adjudicación de tierras de forma ilegal, sin la aprobación de la asamblea general, a las empresas mineras. Estas prácticas generan un vacío de poder. Precisamente, ahí donde se requiere la intervención del gobierno comunal y la asamblea comunal para aquietar estas acciones informales, hay ausencia del orden; su intervención se da, pero cuando los responsables se retiran de la comunidad.

Por cierto, el principal actor del conflicto, entre las comunidades campesinas y las empresas mineras, es el Estado, por concesionar la explotación de recursos naturales al margen de las normas vigentes. Este proceso se debe determinar a través de la Ley 29785, sobre el derecho a la consulta previa. Esta norma refiere, en el artículo 2, que los pueblos indígenas u originarios tienen derecho a la consulta previa «sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo».

Precisamente, este dispositivo promovido por el Estado es aprovechado por dirigentes de las comunidades campesinas para articular demandas personales en las etapas de negociación con las empresas mineras como si fuera una acción colectiva.

78

En la Comunidad Campesina de Tíclacayán, las tensiones por la ordenación de tierras tienen dos dimensiones. *Primera tensión*, todo conflicto nace en la distribución de tierras a los comuneros como titular o propietario, y el uso de las propiedades de la comunidad por los dirigentes para alquilar o vender sin autorización de la asamblea general. Los comuneros conocen esta realidad, pero a la asamblea le corresponde imponer la sanción. Esta referencia, justamente, la menciona uno de los comuneros dirigentes para explicar que, en la comunidad, la autoridad comunal la constituye la asamblea comunal.

En este proceso, los dirigentes usufructúan las tierras en vínculo con un grupo de comuneros para desarrollar actividades agrícolas y ganaderas con miras al mercado local. No hay aprobación de la asamblea comunal ni consentimiento del gobierno comunal, la intención es concentrar propiedades para generar utilidades personales. Con las evidencias de que los dirigentes trafican con las propiedades de la comunidad, en el pueblo de Tíclacayán, se ha generado una incertidumbre en torno al gobierno comunal. La población desconfía de aquellos que quieren asumir cargos solo por intereses personales.

Una *segunda tensión* que propicia la crisis de representación en la comunidad, incluso más penetrante, es la participación de los dirigentes en la ordenación de las tierras en el marco de concesión de los recursos a las mineras. El problema no se sitúa en la posición de las mineras de negociar el uso de tierras comunales, sino en las demandas que ponen en debate los dirigentes mientras se resuelve la negociación.

En el proceso de concertación sobre el uso de tierras entre la Comunidad Campesina de Tíclacayán y la minera NEXA SAA, en 2004, han prevalecido dos demandas, las de la comunidad y los «bonos» que exigían los dirigentes por derecho de negociación. El presidente comunal expresó su desacuerdo con estas políticas de negociación, pero es una práctica actualmente presente en la actitud de los dirigentes más jóvenes.

Esta forma de participar atenta contra los derechos de la comunidad. Hay la idea en algunos dirigentes a concesionar que responde a intereses personales. Estos dirigentes actúan al margen de la constitución política, porque genera vicios el derecho real que tiene la comunidad al momento de negociar la concesión. En una acción como lo decidido por los dirigentes, no se puede valer de ciertas facultades para actuar en nombre de todos, pero está claro que buscan una conveniencia personal y de grupos. Quieren quebrar el estatuto y la figura del líder comunal (Malpartida, comunicación personal, diciembre de 2019).

En conclusión, los dirigentes que, aprovechando el cargo, han usufructuado tierras de la comunidad para ganar utilidades, así como han participado en el proceso de concesión de tierras a las mineras anteponiendo comisiones pactadas con los representantes de la entidad privada, quiebran el sentido de las políticas del bien común para reafirmar utilidades privadas, y prescindir del compromiso con la comunidad y el fortalecimiento de las relaciones comunitarias.

IV. DISCUSIÓN

El gobierno comunal tiene la potestad de distribuir las tierras entre los comuneros de acuerdo con sus necesidades; sin embargo, en la práctica, estas funciones han sido asumidas de manera inadecuada. Su ejercicio político se ha orientado a conceder tierras para el uso permanente de un sector específico de comuneros y, en algunos casos, a su venta con el propósito de obtener ganancias destinadas a la inversión en capitales productivos. Según Diez (2000), «hemos transitado del conflicto en el poder interno vinculados al manejo y reparto de recursos (particularmente la división de terrenos), a tensiones entre jóvenes y mayores, en menor medida, a conflictos con los vecinos» (p. 403).

En nuestra legislación, desde la perspectiva constitucional actual, se establece que, en el régimen comunal, se mantiene la integridad del dominio del territorio comunal a favor de la persona jurídica, siendo esta ejercida a plenitud por la asamblea general, y no así a favor de forma individual de cada integrante de la comunidad; es decir, las decisiones respecto a las tierras tienen que ser ejercidas de manera mancomunada.

Claramente, el objetivo de estos dirigentes radica en aprovechar las demandas del mercado, tal como lo afirman los comuneros: «La productividad se articula entre la compra de propiedades y la producción agrícola rentable para el mercado» (Salcedo, comunicación personal, enero de 2020). Por ello, «dinamizan el proceso productivo comprando tierras a la comunidad en la representación de sus dirigentes; en otros casos, solo invaden o cercan propiedades que no son suyas, sino de aquellos comuneros que migran durante el conflicto armado» (Valqui, comunicación personal, enero de 2020). Estas experiencias se institucionalizan como un orden en las actividades económicas que emprenden los dirigentes.

Si bien el Estado apoya el desarrollo agrario, es el órgano de gobierno de las comunidades el que regula el uso de los recursos. En Ticlacayán, este proceso lo controla de forma permanente el gobierno comunal para mejorar los procesos del uso ordenado de los recursos y para sancionar el acaparamiento de tierras amparado en las normas vigentes. No obstante, en la práctica, los dirigentes omiten esta disposición y actúan inusualmente disponiendo a sus «anchas» de las tierras de la comunidad en provecho de su propia comodidad.

Además, otras de las fuentes económicas es concesionar las tierras a las empresas mineras. Esta actividad, al haberse concretado en diversos periodos (en las décadas de 1990 y 2000), se procesa con ciertos vicios y conflictos. Precisamente, una etapa en la que el conflicto llega a su clímax corresponde al control del uso de activos por las mineras. Este proceso se inicia en la década de 1980, pero las incidencias que evidencian los intereses de los dirigentes y las familias de negociar y obtener bonos de las mineras se presentan en 1994 y en 2004. En este periodo, la ordenación de tierras, usufructuadas por la comunidad, se enfoca en la adjudicación de las tierras a la minera Milpo.

80

Para la FAO (2014):

Los conflictos surgen cuando se presentan nuevas necesidades, más aún cuando se compran tierras de la comunidad, pero sin autorización de la asamblea general. Mientras los comuneros sesionan, los dirigentes ya han negociado las tierras comunales en provecho de sí mismo y algunos comuneros que quieren concentrar propiedades (p. 38).

En los testimonios de los comuneros, se corrobora lo manifestado anteriormente: «El acaparamiento de tierras se inicia en 1970 con [las] llamadas familias emergentes y algunos dirigentes que quieren más tierras y más ganancias» (Meza, comunicación personal, febrero de 2020). Asimismo, «en la comunidad, se sentaron las bases para aprovechar las tierras de forma colectiva y siempre se luchó

contra el usufructo» (Rímac, comunicación personal, enero de 2020), pero «esta práctica fue voluntad de la comunidad porque no pusieron orden. Antes y ahora, los dirigentes siguen haciendo de la suya» (Trujillo, comunicación personal, enero de 2020). Por lo tanto, «ahora con más razón la minería ha modificado el control del acceso a los recursos, sobre todo en quien participa y quien no» (Salcedo, comunicación personal, enero de 2020).

Al actuar de forma independiente en las tratativas o negociaciones, sin la autorización de la asamblea general, los dirigentes o autoridades, clara e indefectiblemente, atentan contra lo advertido en el artículo 60 del Reglamento de la Ley General de Comunidades Campesinas, en el cual se establecen las funciones de la directiva comunal. Así, en el literal «k», se prescribe que la directiva comunal debe o puede «solicitar a la asamblea general, autorización expresa para disponer o gravar los bienes y rentas de la comunidad, así como para celebrar transacciones y actos para los que se requiera autorización especial». Entonces, de no hacerlo con las formalidades de ley, les sería aplicable lo prescrito en el artículo 21 de la Ley General de Comunidades Campesinas:

Los miembros de la directiva comunal son responsables individualmente de los actos violatorios de la presente ley y del estatuto de la comunidad, practicados en el ejercicio de su cargo; y solidariamente por las resoluciones y acuerdos adoptados, a menos que salven expresamente su voto, lo que debe constar en acta.

Además, las autoridades que contravengan las normas comunales y demás formalidades podrán ser pasibles de que se les apliquen sanciones, siendo las más graves la revocatoria de cargo o mandato (literal «e») y la pérdida de la condición de comunero calificado (literal «g»), de acuerdo con el artículo 33 del Reglamento de la Ley, ya que sus actuaciones se podrían considerar contrarias a los intereses de la comunidad.

Según Díez (2013), cabe precisar lo siguiente:

En el contexto de presión sobre el territorio, las áreas comunales empiezan a ser sujeto de disputas entre comuneros ya no solo por el acceso a la tierra para cultivarla o producirla, sino para, eventualmente, realizar transacciones con capitales privados que ingresan a invertir en territorio comunal o porque implican el acceso a la extracción de recursos del subsuelo (p. 183).

Lo dicho por los autores y los resultados en campo implican que el conflicto propiciado por los dirigentes al usufructuar activos para ganar utilidades desborda el control que tiene la organización comunal sobre el acceso al uso de las tierras.

En consecuencia, los dirigentes pierden legitimidad, pues sus propósitos no sintonizan con el desarrollo de la gestión comunitaria (control del uso de los recursos y relaciones horizontales entre comuneros para aprovechar los recursos con fines productivos); más bien, en ellos se reflejan propósitos individuales: obtener prerrogativas económicas.

Ahora, en toda actividad, ya sea exploratoria o de explotación, el concesionario de un derecho minero no basta con que tenga este derecho, sino que, antes de realizar cualquiera de dichas actividades, necesariamente tiene que obtener la licencia social, es decir, la autorización por parte del titular del predio del suelo superficial sobre el cual recaerán las actividades.

El mecanismo que permite cautelar los derechos de los pueblos indígenas y tribales es la consulta previa, ¿previa a qué?, previa a los proyectos que el Estado vaya a aprobar que les puedan afectar directamente. Según la Ley 29785, «Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)», y su reglamento, dicha posibilidad es un imperativo a fin de evitar conflictos entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios. Se trata de un derecho que tiene reconocimiento legal.

82

Por otro lado, la licencia social previa a las operaciones de cualquier actividad no tiene un asidero propiamente legal, pero esto no le resta valía. Esta consiste en que la encargada de las actividades debe tener la aceptación por parte de los titulares de los derechos, tales como comunidades campesinas, para el inicio de sus operaciones. No se trata propiamente de un imperativo legal, aunque sin esta el proyecto que se pretende desarrollar podría no concretarse por falta de la aprobación social.

En la Comunidad Campesina de Ticlacayán, si solo unos cuantos negocian los territorios a favor de concesiones, no se efectivizaría dicha consulta previa, pues no se cuenta con la participación de la asamblea general en pleno.

En síntesis, debemos decir que en «las comunidades campesinas la tierra sigue siendo un tema que concita mucha atención y constituye fuente de conflictos» (del Castillo, 2004, p. 79). Esta perspectiva, como se explica en párrafos anteriores, se relaciona, sin duda, con el acceso al control del uso de tierras, siendo los dirigentes los actores principales de esta controversia. En este sentido, muchas veces, el gobierno comunal puede funcionar como una entidad privada que celebre pactos y negociaciones sobre el uso de tierras con fines económicos, y no ajustar el ejercicio de sus funciones al provecho de la comunidad.

Consideramos que el fin de los dirigentes de buscar un provecho personal en la concesión de tierras a las mineras quiebra el vínculo de confianza en los comuneros; finalmente, la comunidad se fragmenta y, a futuro, hay pérdidas. Por ello, para Burneo y Ortiz de Zevallos (2015), los comuneros «quieren recuperar la autoridad, denuncian los hechos, y destituyen a los dirigentes de su cargo, pero dejan abierta la posibilidad de que en el futuro otros dirigentes se ajusten a estas reglas de juego, porque sus facultades están en cuestión» (p. 23).

Cabe agregar que, según el artículo 15 de la Ley 24656, las comunidades campesinas por sí mismas pueden tramitar y explotar concesiones mineras, así como desarrollar múltiples actividades para aprovechar los recursos naturales, bosques, agua y otros, que existan en el territorio de las comunidades. Así, se posibilita, en efecto de lo anterior, la actividad empresarial conjuntamente con terceros. Esto de acuerdo con lo establecido en el segundo párrafo del artículo 35, en el cual se señala que las entidades del sector público tienen la obligatoriedad de promover «el aprovechamiento prioritario por las comunidades campesinas de los recursos naturales existentes en el territorio comunal». Entonces, normativamente, existe la apertura para que las comunidades campesinas incursionen directamente o con la ayuda de terceros en la explotación de los recursos, entre los cuales se incluye la minera.

V. CONCLUSIONES

Los actores que participan en la ordenación del acceso a las tierras son los dirigentes, fiscalizados por líderes (exdirigentes del gobierno comunal), amparados en normas vigentes: Ley 24656, Ley General de Comunidades Campesinas; la Constitución Política del Perú de 1993; Ley 26505, «Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas»; y Ley 26821, «Ley orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales». Este proceso se ajusta también a las políticas que rigen en la comunidad posreforma agraria.

El acceso al uso de las tierras, posreforma agraria, en esta comunidad está ligado a su aprovechamiento y se estructuró en dos fases. La primera fase (1970-1980) se destina a la actividad agrícola. En la segunda fase (1990-2000), las propiedades están asignadas, en una primera etapa (1990-1995), a la producción de la papa, pero se reduce por la migración de los comuneros (por la violencia política) y su acceso a otras actividades: comercio, empleo público y privado (minería). En una segunda etapa (1995-2015), hay mayor accesibilidad a la ganadería y a la concesión a la minería. Ambas actividades generan tensiones en la comunidad.

Estas tensiones se presentan porque los dirigentes se disputan la participación en la ordenación del uso de las tierras destinadas principalmente a la industria extractiva en los procesos concertados entre la Minera Milpo, actualmente llamada Nexa SAA, de 2004 a 2014. En efecto, su concesión tiene como propósito concentrar utilidades y obtener beneficios individuales. Estas prácticas son resultado de la reconfiguración de la gestión del desarrollo comunitario y su relación con el mercado, lo cual establece que el dirigente proyecte su individualidad e influya sobre el control del acceso a la tierra.

BIBLIOGRAFÍA

- Burneo, M. (2012). Elementos para volver a pensar lo comunal: nuevas formas de acceso a la tierra y presión sobre el recurso en las comunidades campesinas de Colán y Catacaos. *Anthropologica*, 31(31), 16-41.
- Burneo, M. y Ortiz de Zevallos, A. (2015). *Poder, comunidades campesinas e industria minera: el gobierno comunal y el acceso a los recursos en el caso de Michiquillay*. Cepes.
- Castillo, M. y Urrutia, J. (2007). *Participación de las comunidades campesinas en el gobierno local: un desafío político. Aporte de los casos Anta (Cusco) y Zona Centro (Huancavelica)*. Grupo Propuesta Ciudadana.
- Congreso de la República del Perú. (1993). Constitución Política del Perú. <https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2021/05/Constitucion-Politica-del-Peru-1993.pdf>
- Del Castillo, L. (2004). Conflictos en tierras de comunidades campesinas y legislación. En A. Laos, *Las comunidades campesinas en el siglo XXI: situación actual y cambios normativos*. Allpa.
- Diez, A. (2000). *Motivaciones y dinámicas de los tipos de organización de la población rural andina peruana*. PUCP.
- Diez, A. (2012). *Tensiones y transformaciones en comunidades campesinas*. PUCP.
- Diez, A. (2013). Comunidades campesinas: nuevos contextos, nuevos procesos. Presentación. *Anthropologica*, 31(31), 5-14. <https://doi.org/10.18800/anthropologica.201301.001> Directiva 10-2013-SUNARP-SN [Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (Sunarp)]. Directiva que regula la inscripción de los actos y derechos de las comunidades campesinas. 2013.

- Ley 26505. Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas. 26 de junio de 1977.
- Ley 24656. Ley General de Comunidades Campesinas. 14 de abril de 1987.
- Ley 26821. Ley orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales. 10 de junio de 1997.
- Ley 29785. Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). 31 de agosto de 2011.
- Meza, A. (2016). *Memorias e identidades en conflicto: el sentido del recuerdo y del olvido en las comunidades rurales de Cerro de Pasco a principios del siglo XXI*. Edit. Punto Com.
- Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO). (2014). *Directrices voluntarias sobre la gobernanza de la tenencia en breve*. FAO.
- Ravina, R. (2022). *Entre lo común y lo privado: derecho de propiedad de las comunidades campesinas, problemática y propuestas*. Normas Jurídicas Ediciones.
- Urrutia, J. (2007). *Los estudios sobre comunidades y la perspectiva de género*. En P. Castillo, A. Diez, Z. Burneo, J. Urrutia y P. del Valle (ed), *¿Qué sabemos de las comunidades campesinas? (p. 259-290)*. Grupo Allpa, *¿Qué sabemos de las comunidades campesinas?* Grupo Allpa.
- Villalobos, A. (2024). *La justicia comunal en las comunidades campesinas*. Instituciones, instrumentos y jurisprudencia. Jurista Editores.

Recibido: 15-04-2025

Aprobado: 02-07-2025

Organización y funcionamiento en la administración de justicia de las rondas campesinas de Carabaya (Puno): estudio de caso Rosa Mendoza Ccaza

*Organization and functioning in the administration
of justice of the peasant patrols of Carabaya (Puno):
case study Rosa Mendoza Ccaza*

87

 MIRIAN IBETH HUILLCAHUARI HUILLCAHUARI*

Resumen

Este artículo analiza la organización y el funcionamiento en la administración de justicia de las rondas campesinas en la provincia de Carabaya a través de un estudio de caso de feminicidio asumido por la Central Única Provincial de Rondas Campesinas de Carabaya (CUPROC-C). El objetivo es comprender cómo se relaciona la estructura organizativa de las rondas campesinas en Carabaya con la justicia, así como su interacción con el sistema estatal en un contexto de pluralismo jurídico. Se adopta una metodología cualitativa basada en la experiencia directa de la autora, la revisión documental y el análisis de información disponible sobre el caso en referencia. Por último, se concluye que el reconocimiento legal y constitucional de las rondas campesinas, así como su coordinación intercultural con el Estado, refuerzan el pluralismo jurídico en el Perú.

* Bachiller en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Código ORCID: 0009-0003-2774-6662. Correo electrónico: mirian.ihh.23@gmail.com

Palabras clave:

rondas campesinas, Estado constitucional, pluralismo jurídico, justicia comunal.

Abstract

This article analyzes the organization and functioning in the administration of justice of the peasant patrols in the province of Carabaya through a case study of femicide assumed by the Central Única Provincial de Rondas Campesinas de Carabaya (CUPROC-C). The objective is to understand how the organizational structure of the peasant patrols in Carabaya relates to justice, as well as their interaction with the state system in a context of legal pluralism. A qualitative methodology is adopted based on the author's direct experience, documentary review and analysis of available information on the case in question. Finally, it is concluded that the legal and constitutional recognition of the peasant patrols, as well as their intercultural coordination with the State, reinforce legal pluralism in Peru.

Keywords

peasant patrols, constitutional state, legal pluralism, communal justice.

Sumario

88

I. INTRODUCCIÓN. II. MATERIALES Y MÉTODO. 2.1. MÉTODO GENERAL. 2.2. MÉTODO PARTICULAR. 2.3. POBLACIÓN Y MUESTRA. 2.4. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN. 2.5. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOPIACIÓN DE DATOS. 2.6. PROCESAMIENTOS DE DATOS. III. RESULTADOS. IV. DISCUSIÓN. V. CONCLUSIONES.

I. ANTECEDENTES

Quizá el surgimiento de las rondas campesinas en Cajamarca como lugar primigenio de esta organización colectiva en 1976 ha conducido a un cuantioso número de académicos a dirigir sus estudios a Cuyumalca y, en general, a Cajamarca. En este artículo, proponemos dirigir nuestra mirada al surgimiento de las rondas campesinas en Carabaya (Puno) para comprender la organización ronderil actual y su vínculo con el ejercicio de las funciones jurisdiccionales.

La organización ronderil en Puno no dista del contexto social y político del norte del país. Tanto la concentración de tierras en el norte por los gamonales como de latifundios en el sur apresuraron las aspiraciones de una distribución de la tierra y la lucha de muchas comunidades por su reconocimiento¹. Al respecto, durante

¹ De acuerdo con Caballero (1992), la década del 60 sería el año donde se produjeron las movilizaciones comuneras por tierras, los conflictos por linderos y el incremento de la demanda de

su estadía en Puno en el periodo 1951-1953, Bourricaud (2012) nos muestra el escenario entre hacendados y comuneros:

El propietario y los comuneros mantienen malas relaciones: predomina la hostilidad. Hemos visto cómo el hacendado constantemente se encuentra en conflicto con sus pastores indígenas; por la concesión de tierras o por la cesión de productos se reserva un medio de explotar su trabajo, pero el control que ejerce sobre la explotación de su patrimonio es tan vago que permanentemente teme la ruina. La misma combinación de astucia, violencia y temor marcan las relaciones del hacendado con las comunidades; la mayor parte del tiempo la tensión es latente (p. 69).

Con la promulgación del Decreto Ley 17716, la Reforma Agraria prometía transformar radicalmente esta estructura agraria del país, sustituyendo el latifundio por un sistema más equitativo de propiedad y tenencia de la tierra. Sin embargo, en el altiplano puneño, esta reforma resultó en la creación de empresas asociativas que, en muchos casos, no beneficiaron directamente a las comunidades campesinas tradicionales.

Según Rénique (1991), en Puno, la reforma agraria expropió 1103 haciendas, pero solo 67 de las 583 comunidades campesinas existentes se beneficiaron con la distribución de estas tierras. La mayor parte de las haciendas expropiadas, alrededor de 740, se agruparon en 42 empresas asociativas que favorecieron principalmente a los antiguos trabajadores de las haciendas, conocidos como feudatarios. Estos últimos terminaron controlando aproximadamente el 88% de la tierra expropiada, mientras que los comuneros solo recibieron el 11%.

Para Rénique (2004), «esta reconcentración antes que distribución de la tierra» condujo a un permanente cuestionamiento por las fuerzas gremiales y sindicales de la región (p. 85). Este descontento llevó a la Federación Departamental de Campesinos de Puno (FDCP) a movilizarse en la lucha por la tierra. En las provincias de Carabaya, Sandía y Azángaro, se constituyó la Federación Unitaria de Campesinos de Aricoma (FUCA), conformada por alrededor de 35 comunidades campesinas. Liderada por Porfirio Suni Quispe y con el apoyo del sacerdote de Carabaya, Berto Muriel Pino, la FUCA se constituyó como fuerza clave en la defensa de las comunidades campesinas e impulsó la toma de tierras

grupos campesinos por ser reconocidos como comunidad (p. 109). Esto se vería reflejado en el reconocimiento oficial de 124 comunidades en Puno en el período 1960-1969, de acuerdo con el Ministerio de Trabajo y Promoción Social INDEC «Directorio de comunidades campesinas» 1991, citado por Caballero (1992).

de la SAIS Aricoma, sociedad agraria constituida en la provincia de Carabaya y beneficiaria del reparto de tierras con una extensión de 80, 000 hectáreas (CVR, 2003, pp. 511-512).

La FUCA promovió la toma de tierras como una medida para presionar por la reestructuración y garantizar el acceso a la tierra para las comunidades excluidas. Así, con el objeto de proteger las tierras tomadas y enfrentar la violencia y represión estatal, las comunidades campesinas formaron «guardias campesinas».

Estas guardias campesinas, integradas por comuneros y comuneras, tenían la tarea de vigilar los linderos de las tierras y alertar sobre la presencia de ladrones, abigeos y policías antiterroristas (sinchis). De acuerdo con Rodríguez (2007), las rondas campesinas como experiencias colectivas surgidas en el norte del país se difundieron en el sur por medio de las escuelas comunales de las bases de la Confederación Campesina del Perú (CCP). De este modo, la FDCP y FUCA como base regional y provincial, respectivamente, de la CCP habrían sido los espacios por los cuales la ronda campesina fue difundida en el sur peruano.

Alejandro Soncco Cutipa y Sabino Soncco Mamani, en su libro testimonial *Chaninchay* (2023), sostienen que, en la Comunidad de Urinsaya, ubicada en el distrito de Crucero, se organizó la primera guardia campesina en mayo de 1986. La comunidad campesina de Urinsaya reunida en el Centro Educativo Primaria 72205, tras una asamblea extraordinaria, acordó la toma de tierras para el 19 de mayo:

90

[...] Y también se organiza un grupo de Ronda Campesina que la conforman los siguientes comuneros.

Biviano Soncco Leqqe

Magno Huisa Leqqe

Narciso Huisa Vargas

Liborio Parra Ajra

Víctor Condori Quispe

Agripino Soncco Soncco

Agustín Leqqe Soncco

Julián Cutipa Leqqe

Siguiendo en la organización de recuperación de tierras los comuneros

Biviano Soncco Leqqe y Magno Huisa lo posesionarán los sectores Pillco Apacheta y Jaico con 22 familias de la comunidad y también conformado

con sus guardias femeninas que son las siguientes comuneras:

Brígida Soncco Soncco

María Surco Machacca

Inocencia Mamani Surco (pp. 75-76)

De lo expuesto, se observa que la toma de tierras y la organización de guardias campesinas en Urinsaya fueron acciones interconectadas que buscaban garantizar el control y la seguridad de las tierras recuperadas. Con ello, la posesión, el control y la seguridad de las familias que se asentaron en las tierras recuperadas fueron asumidos integralmente por la guardia campesina conformada en cada sector. Asimismo, la participación de las mujeres resultó fundamental en estas guardias, asumiendo roles activos en la vigilancia y protección de la comunidad.

A partir de la conformación de la primera guardia campesina en Urinsaya, Alejandro Soncco Cutipa (2023) sostiene que «las demás comunidades de Crucero, integrantes de la FUCA, también constituyeron sus primeras Rondas o Guardias Campesinas en esos mismos años, juntos para emprender la toma de tierras y protegerse de la amenaza de los sinchis acantonados» (p. 78). No obstante, al mismo tiempo que la organización ronderil se expandía como un proceso colectivo de defensa territorial, la intensificación del conflicto armado interno a fines de la década de 1980 marcó una nueva etapa.

Para 1988, ya se habían desplegado acciones terroristas en Puno con 77 ataques y 20 ajusticiamientos, entre ellos, en Crucero las acciones terroristas habrían acabado con la muerte de seis policías y un juez de paz tras dinamitar un puesto policial (Rénique, 1991, p. 101). Según el testimonio de Sabino Soncco (2023), «en esos años ya no se mantenían autoridades en el distrito de Crucero. Los alcaldes, jueces, gobernadores y los guardias civiles murieron, desaparecieron, se escondieron o renunciaron a sus cargos» (pp. 80-81). Es durante estos años cuando la guardia campesina se consolida y difunde como una forma de organización propia, que además de proteger las tierras tomadas, garantizaba la seguridad de las comunidades en un contexto de conflicto social y violencia política.

Aunque las rondas campesinas ya existían como una forma de organización autónoma dentro de las comunidades², con el Decreto Legislativo 741 de 1991, estas se asimilaron como comités de autodefensa. Este decreto los reconoció oficialmente como organizaciones de la población para desarrollar actividades de autodefensa contra el terrorismo. Este tránsito, que implicó pasar de una organización autónoma a estar subordinada bajo las fuerzas armadas, supuso la pérdida de su autonomía; sin embargo, Sabino Soncco (2023) sostiene que aun cuando en el cuartel de Huanané les decían que «no podían administrar justicia», ellos continuaron resolviendo casos en sus comunidades. Además, aunque como comités

² Ley N.º 24571, «Ley que reconocen a las rondas campesinas pacíficas, democráticas y autónomas», publicada el 6 noviembre de 1986 en el Diario Oficial El Peruano.

de autodefensa se encontraban obligados a informar todos los actos que realizaban, éstos no llegaban a informar la resolución de casos de sus comunidades para evitar ser criminalizados (p. 93).

A fines del año 1990, se volvía cada vez más imperiosa y frecuente la resolución de conflictos por las rondas campesinas, y su asimilación como autodefensas limitaba sus funciones. En palabras de Soncco Mamani (2023), «el rol verdadero de las rondas campesinas rondaba fuera de la ley, pero al agrado y con respaldo de las comunidades campesinas» (p. 88). Así, con el apoyo de la Defensoría del Pueblo, mediante cabildeos, reuniones de trabajo y hasta muestras representativas del desempeño ronderil, se logró la dación de la Ley 27908, Ley de Rondas Campesinas en el año 2003.

Con la ley, se inauguraba una nueva relación entre las rondas campesinas y el Estado. Las relaciones de coordinación con entidades públicas y privadas, la fiscalización de proyectos de desarrollo locales y la administración de justicia eran reconocidas a las rondas campesinas. En palabras de Gitlitz (2013), la comunidad tomaba en sus manos lo que siempre había sido privilegio del Estado: la administración de la justicia (Gitlitz, 2013, como se citó en Vazelesk, 2017).

Posteriormente, con el amparo de la ley, las rondas campesinas empezaron a incrementar y a consolidar su estructura, pues aparecieron las federaciones provinciales y regionales de rondas campesinas. Si bien durante muchos años se distinguieron como una forma de defensa frente a los vacíos de justicia en las comunidades, caseríos o centros poblados, ahora han superado «la ausencia del Estado» como un requisito para su conformación. Las rondas campesinas han surgido y surgen también allá donde hay Estado administrando justicia y desempeñando funciones de fiscalización para garantizar un buen funcionamiento de la administración pública³.

II. ESTRUCTURA ORGÁNICA DE LAS RONDAS CAMPESINAS DE CARABAYA

La organización de las rondas campesinas, actualmente, se encuentra establecida bajo una *estructura orgánica*, de acuerdo con el Estatuto de la Central Única Nacional de Rondas Campesinas del Perú (CUNARC-P). Según este, las rondas campesinas presentan los siguientes niveles:

³ En Carabaya, las rondas campesinas ejercen un rol fiscalizador como mecanismo de control social sobre la gestión pública. Así, se han dado casos como la conformación de una comisión ronderil para identificar presuntas irregularidades en el manejo presupuestal de la Municipalidad Provincial (Radio Onda Azul, 2021) y han advertido presuntas irregularidades en la UGEL Carabaya respecto de la contratación de personal y deficiente utilización de fondos para mantenimiento de la infraestructura educativa (Radio Onda Azul, 2020).

1. Comité de anexo, base o caserío, centro poblado, comunidad campesina o comunidad nativa, elegido para un período de 1 año por la Asamblea General de su respectivo ámbito territorial.
2. Comité zonal, sectorial, central elegido por un período de 2 años por la Asamblea General de su respectivo ámbito territorial.
3. Federación Distrital o Central Distrital, cuyo comité ejecutivo es elegido para un período de 2 años en su respectivo congreso.
4. Federación Provincial o Central Provincial, cuyo comité ejecutivo es elegido para un período de 2 años en su respectivo congreso.
5. Federación Regional o Central Regional, cuyo comité ejecutivo es elegido para un período de 3 años en su respectivo congreso.
6. Central Única Nacional de Rondas Campesinas del Perú, cuyo Comité Ejecutivo Nacional es renovado y elegido por un período de 3 años en cada congreso nacional.

Su nivel organizativo es escalonado e inicia con la conformación de rondas de base. Estas se ubican en unidades territoriales mínimas como los caseríos, los anexos, los centros poblados, y la comunidad nativa o campesina. Su categorización se encuentra determinada por la organización territorial.

93

El nivel conocido como comité zonal o sectorial consiste en rondas situadas, en su mayoría, en el norte del país. Por la geografía de las zonas norteñas, se ubican sectoriales, zonales y sectores como formas intermedias entre un caserío o centro poblado y un distrito.

La organización de las rondas campesinas, a partir de las federaciones o centrales distritales hasta la organización nacional, está circunscrita a las unidades territoriales del país. Esto es, donde haya rondas campesinas de base en el distrito de Crucero que quieran conformar una instancia superior de rondas campesinas, esta será conformada como la Central Única de Rondas Campesinas del distrito de Crucero. Y así en los siguientes niveles de la estructura orgánica.

Según la información brindada por el Ministerio de Cultura (Mincul), a 2022 la estructura orgánica de las rondas campesinas estuvo conformada por 11 centrales regionales, 54 rondas provinciales, 205 rondas distritales, 115 rondas multisectoriales y 789 rondas de base. Nos referimos como rondas multisectoriales a aquellas constituidas por las rondas zonales y sectoriales.

En Puno, la estructura orgánica de las rondas campesinas cuenta con 12 rondas provinciales, 43 rondas distritales y 300 rondas de base⁴. De manera particular, la ronda campesina provincial de Carabaya está constituida por la Central Única Provincial de Rondas Campesinas de Carabaya (CUPROC-C). De acuerdo con la base de datos del Mincul y la información recopilada en el campo, la CUPROC-C está conformada por 10 rondas distritales y 54 rondas de base.

Carabaya es una provincia que cuenta con diez distritos, por lo que las diez bases ronderiles de la CUPROC-C indican que la presencia ronderil se extiende en toda la provincia. Así, en la tabla 1, se pueden observar las bases distritales que componen la CUPROC-C.

Tabla 1
Listado de las rondas de base distrital de la CUPROC-C, 2021-2022

Nivel de estructura orgánica	Región	Provincia	Distrito	Nombre de la ronda campesina	Presidente
Distrital	Puno	Carabaya	Ajoyani	Central Única Distrital de Rondas Campesinas de Ajoyani	Wilber Ortega Tapia
Distrital	Puno	Carabaya	Ayapata	Central Única Distrital de Rondas Campesinas de Ayapata	Teodoro Quispe Quispe
Distrital	Puno	Carabaya	Coasa	Rondas Campesinas Base Coasa de Carabaya	Sabino Huarsocca Narezo
Distrital	Puno	Carabaya	Corani	Central Única Distrital de Rondas Campesinas de Corani	Ignacio Cáceres Ccoyto
Distrital	Puno	Carabaya	Crucero	Central Única Distrital de Rondas Campesinas de Crucero	Fredy Portillo Cutipa
Distrital	Puno	Carabaya	Ituata	Central Única Distrital de Rondas Campesinas del Distrito de Ituata	Armando Alan Calsina Chusi
Distrital	Puno	Carabaya	Macusani	Central Única Distrital de Rondas Campesinas de Macusani	Jorge Calsina Huamán
Distrital	Puno	Carabaya	Ollachea	No indica	No indica
Distrital	Puno	Carabaya	Usicayos	Central Única de Rondas Campesinas del Distrito de Usicayos	Ignacio Víctor Mayta Mamani

Fuente: Datos brindados por el Ministerio de Cultura (2022).

Nota. Respecto a la ronda distrital de Ollachea no se tiene información sobre su estructura orgánica distrital.

⁴ Información brindada por el Mincul en atención al Expediente 0140791-2024.

Cada una de las centrales distritales tiene, a su vez, rondas campesinas de base que pueden estar conformadas por anexos, centros poblados, sectores, comunidades campesinas, parcialidades, entre otros núcleos territoriales. De las 54 rondas de base que posee la CUPROC-C, en la tabla 2, se observa que 33 bases ronderiles se han constituido dentro de comunidades campesinas; y el resto, en anexos, sectores, centros poblados, barrios, caseríos, parcialidades y urbanización. Al respecto:

Tabla 2
Categorías de las rondas de base en la CUPROC-C, 2021-2022

Categorías	N.º
Comunidad campesina	33
Base	6
Anexo	4
Sector	4
Centro poblado	3
Barrio	1
Caserío	1
Parcialidad	1
Urbanización	1
Total	54

Nota. El término «base» indica a aquella ronda constituida en un núcleo territorial no establecido.

La constitución de rondas campesinas en estas unidades territoriales destaca por la jerarquía de su posición. En comunidades campesinas, de acuerdo con la Ley 27908, la ronda está subordinada a las decisiones de la asamblea comunal. A esto la Sunarp reconoce como «ronda subordinada». Mientras que, las rondas ubicadas en unidades territoriales no comunales se constituyen en rondas campesinas independientes. Así, en la CUPROC-C, 33 rondas campesinas son subordinadas, y 21, rondas autónomas o independientes, donde el comité ronderil representa el máximo órgano dentro de cada localidad.

Pero ¿cómo se relaciona la estructura organizativa de las rondas campesinas en Carabaya con la justicia comunitaria? En específico, ¿cuáles son las funciones de la CUPROC-C en la administración de justicia en Carabaya? Proponemos analizar un caso de feminicidio ocurrido en enero de 2022 en Carabaya para una comprensión holística y descriptiva del rol y de las funciones asumidas por la CUPROC-C en el ejercicio de la administración de justicia.

III. ESTUDIO A PARTIR DEL CASO ROSA MENDOZA CCAZA

En el sector Cumbre Tantamayo, distrito de San Gabán, provincia de Carabaya (Puno), el domingo 9 de enero de 2022, Richard Roger García Chislla denunció la desaparición de su esposa Rosa Mendoza Ccaza, una madre de familia de 33 años. La Central Distrital de Rondas Campesinas de Macusani, presidida por el rondero Jorge Calsina, asumió el caso a solicitud de las rondas campesinas de Olla-cha, quienes entregaron a García Chislla para la investigación correspondiente. Según el testimonio del presidente distrital de Macusani (ReporteAndo, 2022), la actuación de la ronda distrital fue inmediata. En menos de 24 horas, se organizó un encuentro distrital y se iniciaron las diligencias en el lugar de los hechos, con la participación del denunciante y Walter Churata, presidente de la CUPROC-C (ReporteAndo, 2022).

Durante las diligencias iniciales, las rondas campesinas detectaron inconsistencias (diario *Sin Fronteras*, 2022) en las declaraciones de Richard García Chislla. Como resultado de los interrogatorios realizados por la Central Distrital de Macusani, García Chislla confesó planificar y ejecutar el asesinato de su esposa en complicidad con un tercero identificado como Juvenal Ochicua Omonte. La confesión obtenida por las autoridades ronderiles permitió localizar el cuerpo sin vida de Rosa Mendoza Ccaza el 15 de enero de 2022 en el sector Tantamayo, presentando signos de haber sido incinerada (diario *Sin Fronteras*, 2022).

En el interrogatorio (Radio Qampaq, 2022), García Chislla detalló la participación de Juvenal en el crimen, el uso de armas de fuego y el pago de la suma de dinero de 5000 soles como parte del acuerdo para cometer el delito. Asimismo, reconoció que la motivación del acto obedecía a su relación sentimental con Agustina Sucapuca, quien también fue retenida por las rondas campesinas como presunta cómplice. Tras la confesión, ambos quedaron bajo custodia.

Con la confesión obtenida, las labores de la Central Distrital culminaron con el traslado de la competencia a la Central Provincial para la continuación del proceso y la imposición de las sanciones correspondientes. «A nivel del distrito, nosotros hemos descubierto todo [el caso], y lo ponemos a disposición de la central provincial de las rondas. Luego se ha puesto en cadena ronderil», manifestó Jorge Calsina, presidente distrital de Macusani (ReporteAndo, 2022). La cadena ronderil es una de las medidas más recurrentes de las rondas campesinas frente a delitos graves y consiste en el traslado de los acusados por los diez distritos de la provincia de Carabaya.

El primer distrito en aplicar la cadena ronderil fue el distrito de Ayapata, donde el acusado del crimen ratificó su confesión:

Yo no maté, hice matar con Juvenal, era nuestro trato, pagué 5 mil soles. Yo llevé con engaños a mi esposa hasta la chacra donde Juvenal mató con dos armas y yo agarré. Luego Juvenal cortó con cuchillo y hemos quemado el cuerpo (*Diario Correo*, 2022, párr. 3).

Finalizada la cadena ronderil de García Chislla y Agustina Sucapuca, la CUPROC-C convocó a un encuentro provincial de emergencia para resolver el caso. Con base a los actuados y las declaraciones recopiladas por las rondas distritales y la CUPROC-C, se acordó elevar el caso al Ministerio Público para la prosecución del proceso penal.

El 26 de enero de 2022, la CUPROC-C trasladó a Roger García Chislla, confeso autor del delito de feminicidio, a las instalaciones del Ministerio Público en Macusani. La diligencia, que contó con la presencia de autoridades ronderiles, miembros de la comunidad y representantes del Ministerio Público, tenía como propósito formalizar la entrega del detenido al sistema de justicia ordinario.

Durante el acto, Walter Churata, presidente de la CUPROC-C, expresó la disposición de las rondas campesinas de colaborar con la justicia ordinaria y exigió el reconocimiento formal de las actuaciones ronderiles en la investigación del caso por parte del Ministerio Público, advirtiendo que, de no ser así, se abstendrían de entregar a García Chislla. Enfatizó lo siguiente:

Para hoy estaba programado, previamente, poner a disposición del Ministerio Público al autor del crimen que es Richard García Chislla. En ese entender, pido al fiscal que se pronuncie acá en acto público y que nos muestre la resolución que ha salido por el Poder Judicial para la sentencia preliminar para este señor. Pero voy a pedir que [la resolución] esté acompañado de los actuados por las rondas campesinas (*ReporteAndo*, 2022).

Posteriormente, el fiscal adjunto provincial de la Fiscalía Provincial Penal de Carabaya, Johan Tomás Pomari Orozco, comunicó que existía una detención preliminar, mas no comunicó el contenido de la resolución de acuerdo con los requerimientos de las rondas campesinas. Por otro lado, explicó que el arresto ciudadano sería la figura jurídica por la cual las actuaciones de las rondas campesinas se incorporarían como diligencias preliminares. Dicho arresto ciudadano se formalizaría entre las rondas campesinas y la policía nacional, bajo supervisión del Ministerio Público (*ReporteAndo*, 2022).

Como acto posterior, las rondas campesinas procedieron con la lectura de la resolución judicial que disponía la detención preliminar de Richard Roger García Chislla. Tras su lectura, diversas autoridades ronderiles manifestaron su inconformi-

dad al constatar que la resolución solo hacía referencia a las actuaciones policiales y no incorporaba las diligencias realizadas por las rondas campesinas. Además, Walter Churata advirtió que parte de la declaración del investigado incluida en la resolución no coincidía con el testimonio que Richard García declaró frente a las rondas campesinas; mientras que Sabino Soncco, rondero de Crucero, expresó su malestar: «Nosotros somos autoridades. La ronda cuánto sacrificio ha hecho para llegar al lugar de los hechos, ha hecho sus actas, ha hecho sus declaraciones y acá solo figura el presidente como testigo⁵» (ReporteAndo, 2022). Por otro lado, Juan Pillco, apelando a los instrumentos de coordinación entre ambas justicias, expresó: «Nosotros [íbamos] a entregar en protocolo de coordinación a la justicia ordinaria, pero lastimosamente no nos han considerado como autoridades jurisdiccionales» (ReporteAndo, 2022).

El desconocimiento de las actuaciones ronderiles, la inexactitud de la declaración del feminicida recogida por el Ministerio Público y el hecho de que el investigado tuviera 62 horas de detención preliminar (*La República*, 2022a) condujeron a que la CUPROC-C desistiera de entregar a los presuntos culpables a la justicia ordinaria. Al respecto, la Defensoría del Pueblo, mediante el jefe defensorial de Puno, Jacinto Ticona Mamani, consideró que «se cometió un grave error de falta de coordinación con los ronderos» y precisó que «el Ministerio Público es la entidad más reticente en entender a las rondas campesinas y la justicia comunal⁶».

98

Tras la frustración de la entrega de los investigados, se solicitó la intervención del Centro de Asuntos Interculturales, Comunidades y Rondas Campesinas del Ministerio Público (CAIMP) para la coordinación intercultural entre ambas justicias. Así, a raíz del diálogo entre el Ministerio Público y la CUPROC-C, se procedió con la entrega de los detenidos mediante la transferencia de competencia al Ministerio Público el 7 de febrero de 2022 (Ministerio Público, 2022).

IV. ANÁLISIS DEL CASO

De los hechos expuestos, analicemos el caso desde la organización y las funciones realizadas por la CUPROC-C en la administración de justicia en el caso Rosa Mendoza Ccaza.

⁵ Dentro de los actuados mencionados por la fiscalía, solamente figura la declaración del presidente provincial, Walter Churata. No obstante, de haberse requerido que se incorpore la declaración de García Chislla brindada ante las rondas campesinas. Véase: <https://www.facebook.com/somosReporteAndo/videos/carabaya-macusani-se-frustra-entrega-del-presunto-asesino-al-ministerio-p%C3%BAblico-/1049042898987452/>

⁶ *La República* (23 de enero de 2022). Puno: ronderos retienen a feminicida, le hacen confesar crimen y piden juicio público. <https://larepublica.pe/sociedad/2022/01/28/puno-choque-entre-justicia-ronderil-y-ordinaria-en-feminicidio-lrsd>

4.1. Rol de la CUPROC-C

El caso del feminicidio de Rosa Mendoza Ccaza, en la provincia de Carabaya, ofrece una visión detallada sobre el rol que desempeña la CUPROC-C en la administración de justicia.

En primer lugar, se observa que, a pesar de que el feminicidio ocurrió en el distrito de San Gabán, la gravedad del delito llevó a que la CUPROC-C asumiera el caso tras la confesión obtenida del presunto feminicida por la Central Distrital de Macusani. Al respecto, la necesidad de asegurar la obtención de pruebas, la aplicación de una sanción por la gravedad de los hechos y la posible transferencia de competencia a la justicia ordinaria resultaron factores determinantes para que la CUPROC-C asumiera la responsabilidad del proceso. Esto en la medida en que la CUPROC-C tiene presencia provincial y más recursos para la coordinación con el Ministerio Público, el Poder Judicial, la Defensoría del Pueblo y otras instituciones cooperantes en el caso.

En efecto, el rol de la CUPROC-C consistió en su capacidad para negociar la transferencia de competencias entre la justicia ronderil y la justicia ordinaria. Dada la resistencia inicial del Ministerio Público a reconocer la confesión obtenida por las rondas, la CUPROC-C decidió no entregar a los detenidos hasta asegurarse de que el proceso judicial garantice el tratamiento probatorio de las diligencias ronderiles. Este proceder subraya la importancia de la CUPROC-C como ente tutelar de las decisiones y procedimientos ronderiles ante el sistema de justicia ordinario, evitando que estas sean ignoradas o desestimadas. En ese entender, la declaración de Walter Churata (*La República*, 2022a) toma relevancia al evidenciar la contribución de las rondas campesinas en la resolución del caso:

Hay que ser cautelosos, hermanos. Lo que quiero pedir es que se lea esa resolución que ha salido. A mí me [ha costado], día y noche, actuar en el lugar [de los hechos]. Acá el hermano Jorge [ojalá esté] considerado en la resolución lo que está actuado con la ronda. Si no fuera así, pediremos otra resolución que salga porque no [podemos dar] de plato servido el caso [a la fiscalía] (ReporteAndo, 2022).

Walter Churata, en su calidad de presidente provincial, defiende la autonomía y el papel activo de las rondas campesinas en la administración de justicia al pedir que no se entregue el caso «de plato servido». Su insistencia en la lectura de la resolución demuestra su interés en evitar que la contribución de las rondas campesinas sea ignorada o minimizada.

Por otro lado, la CUPROC-C presenta la capacidad de gestionar relaciones interinstitucionales, lo cual permite que las rondas campesinas tengan acceso a espacios de diálogo con entidades como el Ministerio Público, el Poder Judicial y la Defensoría del Pueblo. En este caso, la CUPROC-C, representada por su presidente Walter Churata, se encargó de presentar a los autores del crimen ante el Ministerio Público y de gestionar la entrega de los retenidos. Asimismo, una vez frustrado el acto de entrega de los retenidos, las diligencias realizadas por la CUPROC-C para el reconocimiento de las actuaciones ronderiles frente al CAIMP hicieron viable la transferencia de competencia con las actuaciones ronderiles reconocidas. En este sentido, la exigencia del presidente provincial Walter Churata se manifestó de la siguiente manera: «Pido al fiscal que se pronuncie acá en acto público y que nos muestre la resolución que ha salido por el Poder Judicial [...]. Pero siempre los actuados voy a pedir que estén acompañados de los actuados por las rondas campesinas» (ReporteAndo, 2022).

Es plausible sostener que, sin la intervención de la CUPROC-C, las rondas distritales habrían enfrentado mayores dificultades para el reconocimiento de sus actuaciones ronderiles; por ello, el rol mediador de la CUPROC-C es una pieza fundamental en la administración de justicia frente a casos que requieran coordinar con el sistema de justicia ordinario. De hecho, los mismos ronderos reconocen la capacidad de la CUPROC-C para la gestión de labores de coordinación que garanticen el reconocimiento de sus actuaciones ronderiles. En este sentido, consciente de dicho rol, Juan Pillco, expresidente de las rondas campesinas de Crucero manifestó lo siguiente:

100

A mi sugerencia personal, no se entrega y sugiero al presidente provincial que se convoque a un encuentro provincial, y participemos y entreguemos en protocolo de coordinación invitando, si es posible, al presidente de la Junta de Fiscales y a las demás autoridades de la región de Puno (ReporteAndo, 2022).

De las declaraciones de Juan Pillco y las exigencias de Walter Churata en el reconocimiento de las actuaciones ronderiles, se observa que la ronda no se reconoce como un actor pasivo en el ejercicio de la administración de justicia en Carabaya. Por el contrario, se percibe como un actor con capacidad decisoria. Sabino Soncco, líder rondero de Crucero señala lo siguiente:

Yo creo que aquí la ley, la norma es clara y precisa. Nosotros somos autoridades [...]. No es justo que el trabajo de las rondas esté reemplazado por otros y todavía el presidente provincial ha dicho que la declaración del feminicida no está como tal. Yo creo que se dé otro plazo para hacer la entrega corres-

pondiente. Porque las rondas campesinas es una autoridad jurisdiccional. Y si es no es así, asumamos nosotros el caso (ReporteAndo, 2022).

En este contexto, la CUPROC-C no solo actúa como un ente articulador entre las rondas campesinas distritales y las entidades del sistema de justicia ordinario, sino que asume la responsabilidad de garantizar que las actuaciones ronderiles sean respetadas y reconocidas. Su rol de representación respecto de las rondas distritales en la administración de justicia se manifiesta al ser un nexo con las entidades del sistema de justicia, defendiendo los procedimientos ronderiles y promoviendo la coordinación intercultural.

Esta capacidad de articulación ha sido destacada por Arenas Barchi (2010) en su estudio sobre la organización de rondas campesinas en la provincia de Carabaya como espacio de representación que trasciende el ámbito comunal para constituirse en un actor colectivo con presencia en los espacios de poder distrital y provincial. Si bien este autor aún no identificó la organización ronderil como *estructura orgánica*, describe el rol que juegan las rondas a nivel provincial.

Para el autor, las rondas campesinas de Carabaya operan como una «red, primero distrital, y luego provincial», donde la contribución principal de las rondas campesinas radica en la articulación e integración de los distritos con una presencia campesina destacada y articulada en el espacio público. Para Arenas Barchi (2010):

Las rondas campesinas de Carabaya son un «proyecto» producido en las comunidades de altura de la provincia, entre los campesinos alpaqueros donde las rondas de Corani tienen un lugar clave, reconocido por todos los carabaynos. Lo que esta organización superó en relación con las comunidades es el aislamiento de estas. Construyó por medio de sus acciones, un espacio para que se produzca una especie de identidad imaginada de pertenencia supracomunal, en la cual el campesino podía reconocerse a sí mismo como agente de su posicionamiento en los espacios del poder local distrital y provincial. La ronda logra esto por medio de una actividad sostenida y prolongada de articulación, y de presencia en la vida de los distritos y la provincia (pp. 59-60).

Con ello, Arenas Barchi (2010) logra identificar a las rondas campesinas de Carabaya, a través de su organización, como un «espacio de representación supracomunal» cuya articulación les permite posicionarse en los espacios de poder local, distrital y provincial. Asimismo, señala que, además de que el rol de la estructura provincial consiste en facilitar la comunicación y acción coordinada entre las bases

ronderiles, es relevante destacar cómo estas contribuyen al fortalecimiento de la interlocución con autoridades municipales y otros actores provinciales, participando activamente en la gestión de conflictos sociales⁷.

En concreto, comprender la estructura orgánica de las rondas campesinas permite comprender que el rol de representación de las rondas campesinas es bifocal: a nivel interno, la representación que ejerce respecto de sus bases ronderiles; y, a nivel externo, mediante las relaciones de coordinación con el sistema de justicia, fiscalización y gestión para el desarrollo provincial de Carabaya ante los distintos niveles de gobierno, en ejercicio del artículo 8 y 9 de la Ley 27908, Ley de las Rondas Campesinas.

4.2. Administración de justicia por la CUPROC-C

De lo expuesto, ¿cómo se relaciona la estructura organizativa de las rondas campesinas en Carabaya con la justicia comunitaria? Y, en específico, ¿cuáles son las funciones de la CUPROC-C en la administración de justicia en Carabaya?

En el artículo 149 de la Constitución, se reconoce el pluralismo jurídico en el Perú, por el cual se ampara el ejercicio de las funciones jurisdiccionales ejercidas por las comunidades campesinas, comunidades nativas y rondas campesinas. A tenor:

Las autoridades de las comunidades campesinas y nativas, *con el apoyo de las rondas campesinas*, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona [...].

De este precepto, diversas son las interpretaciones que han generado debates sobre el alcance del ejercicio de las funciones jurisdiccionales de las rondas campesinas⁸. Según una interpretación literal del artículo 149 de la Constitución, algunos autores sostienen que las rondas campesinas solo brindan «apoyo» a

⁷ Según Arenas Barchi (2010), las rondas campesinas de Carabaya participan en espacios del poder local y distrital, interactuando con autoridades municipales, empresas privadas y otros actores sociales. Su rol incluye la representación campesina, la gestión de conflictos sociales y la contribución a la institucionalización democrática y construcción de ciudadanía en las zonas rurales del sur andino peruano.

⁸ En particular, se ha señalado que una interpretación restrictiva o literalista del artículo 149 puede conducir a juzgamientos injustos y a la deslegitimación de las autoridades comunales que ejercen justicia comunal, como ocurre en algunos procesos contra rondas campesinas autónomas que no encajan plenamente en la definición constitucional. Ver más en < <https://institut-gouvernance.org/es/chapitriage/fiche-chapitriage-10.html> >.

las autoridades de las comunidades campesinas y nativas, sin ejercer funciones jurisdiccionales de manera independiente. Esta visión restrictiva ha sido reflejada en diversas interpretaciones, incluso dentro del Tribunal Constitucional (TC). En la Sentencia 468/2020, el Tribunal (2020) adoptó una postura limitada, desconociendo el ejercicio autónomo de funciones jurisdiccionales por parte de las rondas campesinas: «La Constitución reconoce como únicos titulares de la jurisdicción comunal a las Comunidades Campesinas y Nativas, no a las rondas campesinas» (fundamento 22).

No obstante, la jurisprudencia constitucional no es homogénea en esta materia. Mientras algunas sentencias mantienen una interpretación restrictiva, otras, como la Sentencia 154/2021, reconocen expresamente la titularidad de la potestad jurisdiccional de las rondas campesinas porque, como sostiene el TC, «entender lo contrario supondría tener que colocarse de espaldas a la realidad comunal, es decir, a una situación de hecho imposible de eludir como es la impartición de justicia que vienen realizando desde hace varias décadas las rondas campesinas» (Tribunal Constitucional, 2021, fundamento 43).

Aunque la discusión sobre el ejercicio de funciones jurisdiccionales de las rondas campesinas es de larga data, el Acuerdo Plenario 1-2009/CJ-116 de la Corte Suprema precisó que las rondas campesinas de caseríos, centros poblados y otras localidades que no fueran constituidas dentro de una «comunidad campesina» también ejercen funciones jurisdiccionales de acuerdo con su derecho consuetudinario, pues estas son «formas autónomas y democráticas de organización comunal». Al respecto, sostiene lo siguiente:

En vía de integración y según los parámetros constitucionales ya abordados, ha de entenderse que las funciones referidas al control del orden y a la impartición de justicia son ínsitas a las Rondas Campesinas tanto si éstas se originan en el seno de las citadas Comunidades y son expresión de ellas en la medida que sus normas internas lo autoricen, cuanto si surgen en aquellos espacios geográficos rurales en los que no existe Comunidades Campesinas, puesto que, como el propio artículo 1.º preceptúa, son formas autónomas y democráticas de organización comunal [...] (párr. 8).

Con ello, la validación de la jurisdicción ronderil como una expresión dentro del pluralismo jurídico supera, al mismo tiempo, «la idea de que solo es derecho el sistema de normas producido por los órganos soberanos del Estado» (Yrigoyen, 2012, p. 175). Como manifiesta Peña Jumpa (2012), «si no existiese pluralidad o diversidad étnica y cultural en el Perú, no hubiese sido necesario ocuparnos de

la presente discusión y no habría sido necesario la propia regulación del artículo 149» (p. 282). En este contexto, el reconocimiento de una jurisdicción ronderil implica también el reconocimiento de su autoridad y derecho propio como manifestaciones legítimas de su autogobierno. Al respecto, el Tribunal Constitucional señala lo siguiente:

Toda jurisdicción indígena o comunal en nuestro país, para ser reconocida como tal, debe contar con: (i) autoridades comunales que ejerzan el poder jurisdiccional, (ii) la competencia para resolver los conflictos jurídicos que surjan en su territorio, de conformidad con su desarrollo histórico-cultural, su derecho consuetudinario y su particular sistema normativo, (iii) procedimientos que permitan una mínima garantía a los derechos fundamentales de los procesados y agraviados; y (iv) la potestad para hacer efectiva sus decisiones y que estas sean definitivas (Tribunal Constitucional, 2017, fundamento 54).

Así, con la jurisdicción ronderil reconocida a las rondas campesinas dentro de su territorio también se circunscribe el reconocimiento de la autoridad ronderil y el derecho propio. En este sentido, el TC ha señalado que la autonomía jurisdiccional otorgada a las comunidades campesinas y nativas refleja la «coexistencia diversos órdenes jurídicos dentro del Estado peruano, que interactúan y pueden entrar en conflicto» (Tribunal Constitucional, 2021, párr. 19).

104

Raúl Llasag (2006) se aproxima al reconocimiento del sistema jurídico de los pueblos indígenas mediante la teoría clásica del derecho procesal sobre los elementos de la jurisdicción: «*Notio* la facultad de citar a las partes, recaudar pruebas, hacer notificaciones; *iudicium*, la facultad de resolver los asuntos sometidos a su conocimiento; *e imperium* la potestad de usar la fuerza pública para hacer efectivas sus decisiones» (p. 753). El autor concluye: «Si la Constitución Política reconoce la jurisdicción a los pueblos indígenas, debe entenderse que estos elementos también son constitutivos de ella» (Llasag, 2006, p. 753).

Para Sánchez Botero (2009), el pluralismo jurídico oficial y legal parte del reconocimiento de espacios marcados por nuevos referentes ligados a la inclusión que habrán de hacer otras autoridades y que son la base para superar modelos absolutistas (p. 40). En escenarios como Carabaya, estos nuevos referentes están representados por las autoridades ronderiles (CUPROC-C), quienes no solo suponen una figura de autoridad con labores de seguridad y ejercicio de funciones jurisdiccionales, sino que también se constituyen como un nexo entre la justicia especial y ordinaria. Este rol de las autoridades jurisdiccionales por las rondas

campesinas lo observamos en el caso Rosa Mendoza Ccaza en dos escenarios: (i) donde no hay presencia estatal⁹ y las autoridades ronderiles, por medio de la Central Única Distrital de Rondas Campesinas de Macusani, asumió el caso; y (ii) donde hay presencia estatal y las autoridades ronderiles de la CUPROC-C administraron justicia y establecieron relaciones de coordinación con el Estado para la resolución de conflictos de competencia.

Este reconocimiento de nuevos actores y las funciones que ejercen reflejan una dinámica de pluralismo jurídico que trasciende la coexistencia de sistemas jurídicos para articularse en formas de justicia legítimas y efectivas. Esto se evidencia en el acto de entrega de García Chislla y Agustina Sucapuca por la CUPROC-C al Ministerio Público, el cual dependió del reconocimiento de las actuaciones ronderiles en el requerimiento fiscal y la resolución judicial que ordenó la detención preliminar del presunto feminicida.

Como señala Hoekema (2009), las reglas de conflicto no son tan rígidas como para impedir el ejercicio de una justicia propia (*semi*)autónoma, en la medida en que la justicia comunal se legitima en dos niveles: por un lado, bajo una legitimidad local basada en la aceptación comunitaria; y, por otro lado, bajo una legitimidad nacional, al reconocerse formalmente en el orden legal del Estado. Esta doble legitimidad resulta clave para entender cómo las rondas campesinas y, en específico, la CUPROC-C administran justicia en territorios con o sin presencia estatal, manteniendo su autonomía y al mismo tiempo interactuando con el sistema judicial ordinario. En este contexto, Sabino Soncco, líder rondero de Crucero, sostiene lo siguiente:

Yo creo que aquí la ley, la norma es clara y precisa. Nosotros somos autoridades que bonito hubiera sido que esta resolución se emita recogiendo la actuación de ambas partes. La ronda cuanto sacrificio ha hecho para llegar al lugar de los hechos, ha hecho sus actas, ha hecho sus declaraciones y acá solo figura el presidente como testigo. Y los demás no hay nada. No es justo que el trabajo de las rondas esté reemplazado por otros y todavía el presidente provincial ha dicho que la declaración del feminicida no está como tal. Yo creo que se dé otro plazo para hacer la entrega correspondiente. Porque las rondas campesinas es una autoridad jurisdiccional. Y si es no es así, asumamos nosotros el caso (ReporteAndo, 2022).

⁹ El Sector Cumbe Tantamayo, donde ocurrieron los hechos del caso descrito, carece de un puesto policial.

De lo expuesto hasta aquí, podemos sostener que su manifestación evidencia que el sistema jurídico de las rondas campesinas no solo opera conforme a normas propias, sino que también responde a criterios de efectividad (por medio de la localización de la víctima, la confesión del feminicida), eficacia (imposición de la cadena ronderil como sanción) y en su reconocimiento legítimo como autoridades jurisdiccionales (exigencia del reconocimiento de las actuaciones ronderiles por el Ministerio Público).

Así las cosas, resulta imperativo analizar si el reconocimiento de las actuaciones ronderiles exigidas por la CUPROC-C contó con sustento normativo. El Poder Judicial, mediante la Resolución Administrativa 333-2013-CE-PJ, establece el Protocolo de Coordinación entre Sistemas de Justicia. Este instrumento jurídico se encarga de establecer reglas para la solución de conflictos entre jurisdicciones y principios que garanticen las relaciones de coordinación ya existentes.

Por encima del debate académico sobre los límites de competencia de la jurisdicción especial, el protocolo sostiene que la jurisdicción especial tiene facultad de resolver «todas las ramas del derecho» (Poder Judicial, 2013, p. 25). No obstante, cabe resaltar que, aun cuando el protocolo reconoce a la jurisdicción indígena, mediante el factor de congruencia establece que, para el sistema constitucional peruano, no existen «zonas exentas de algún tipo de control constitucional, tanto en el ámbito público como en el ámbito de las comunidades campesinas, comunidades nativas y rondas campesinas» (Poder Judicial, 2013, p. 28).

106

De acuerdo con el Protocolo de Coordinación, las relaciones de coordinación se rigen por el principio de respeto mutuo entre ambas jurisdicciones «para que junto a la cooperación se conviertan en factores de equidad, poniendo la justicia por encima de la autoridad» (Poder Judicial, 2013, p. 26). Asimismo, frente a los conflictos de competencia de jurisdicciones, el principio de coordinación y cooperación busca «garantizar la tutela jurisdiccional efectiva de la población y a disminuir la conflictividad interforal» (Poder Judicial, 2013, p. 27).

El protocolo establece que la resolución de conflictos de competencia entre jurisdicciones se resuelve mediante el «diálogo permanente en reuniones de trato directo», con el objetivo de llegar a un «consenso entre las autoridades» (Poder Judicial, 2013, p. 29-30).

De manera específica, el protocolo señala que el funcionamiento de la coordinación opera en la resolución de conflictos, reconocimiento mutuo de actuaciones y reconocimiento mutuo de decisiones, mecanismos de apoyo institucional, actos de cooperación y coordinación entre la justicia ordinaria, justicia de paz y la justicia

especial, según sea el caso. Respecto al reconocimiento mutuo de actuaciones, el protocolo dispone lo siguiente:

En virtud de tal reconocimiento, se establece un principio de respeto mutuo por el cual se reconocen las actuaciones de la jurisdicción ordinaria, la Justicia de Paz y la jurisdicción especial, su independencia para actuar y se prohíbe la intromisión de otros sistemas de justicia cuando uno de ellos haya comenzado a actuar, salvo en aquellos supuestos en los que sea necesario dirimir la competencia para juzgar.

Entre las acciones sobre las que se recae dicho reconocimiento, destacan el reconocimiento de *pruebas*, los peritajes antropológicos-jurídicos, las conciliaciones o la *realización de diligencias* (Poder Judicial, 2013, p. 30).

De ello, la exigencia formulada por la CUPROC-C respecto del reconocimiento de las actuaciones ronderiles en la resolución judicial que dispuso la detención preliminar contra García Chislla resultó jurídicamente exigible. El Protocolo de Coordinación establece que el reconocimiento mutuo abarca acciones concretas como el reconocimiento de pruebas, conciliaciones y diligencias realizadas. En ese contexto, la exclusión de la confesión obtenida por las rondas campesinas y las diligencias levantadas en sus actas representa una vulneración directa a ese mandato normativo.

Al privilegiar únicamente las actuaciones policiales y fiscales en la resolución judicial, y desconocer las diligencias ronderiles, la justicia ordinaria incumple dos principios fundamentales del pluralismo jurídico y la justicia intercultural: el principio de respeto mutuo y el principio de coordinación.

La resistencia del Ministerio Público a reconocer las actuaciones ronderiles —proponiendo su calificación como «arresto ciudadano»— desnaturalizó su carácter jurisdiccional y evidenció una falta de internalización del principio de respeto mutuo entre sistemas de justicia. Así, frente a ello, son los mismos actores, como Juan Pillco, expresidente distrital de Crucero, quienes exigen la aplicación del Protocolo, requiriendo que los mecanismos de coordinación se traduzcan en acciones:

Nosotros [íbamos] a entregar en protocolo de coordinación a la justicia ordinaria, pero lastimosamente **no nos han considerado como autoridades jurisdiccionales**. Inclusive le decía al doctor [fiscal adjunto]: **No solamente hay que leer el Protocolo de Coordinación sino también el Protocolo de Actuación [en procesos judiciales que involucren a comuneros y ronderos]. No solamente la Ley N° 27908, sino también el artículo 149 de**

la Constitución. Si no nos reconocen, entonces estamos en nada. **¿En qué sentido estamos haciendo el protocolo de coordinación?** A mi sugerencia personal, no se entrega [al culpable] y **sugiero al presidente provincial que se convoque a un encuentro provincial, y participemos y entreguemos en protocolo de coordinación invitando**, si es posible, a la junta de fiscales y a las demás autoridades de la región de Puno. (ReporteAndo, 2022)

El planteamiento realizado por Juan Pillco evidencia una tensión persistente en la implementación práctica del Protocolo de Coordinación entre Sistemas de Justicia. Aunque este instrumento jurídico establece un marco normativo claro para el reconocimiento mutuo de actuaciones entre la jurisdicción ordinaria y especial, la falta de reconocimiento efectivo en casos concretos, como el presente, revela desafíos en su aplicación por los operadores de justicia.

Las consecuencias derivadas de su incumplimiento son significativas. La CUPROC-C decidió abstenerse de entregar a los detenidos a la justicia ordinaria, generando un clima de desconfianza institucional y poniendo en evidencia la insuficiencia de los mecanismos internos para resolver estas controversias. La intervención de la Defensoría del Pueblo y del CAIMP fue necesaria para restablecer el diálogo y la coordinación. Quizás la falta de mecanismos sancionadores frente a su incumplimiento permite que el «diálogo permanente» y el «consenso» entre autoridades, como herramientas para resolver conflictos interforales, sean insuficientes y carezcan de aplicación efectiva.

Finalmente, el caso Rosa Mendoza Ccaza refleja las limitaciones en la aplicación efectiva del Protocolo de Coordinación en dos niveles. A nivel sustantivo, previa a la intervención del CAIMP, no se aplicó el reconocimiento mutuo de pruebas y diligencias, pese a su relevancia probatoria; y, a nivel procedimental, durante el conflicto interforal, se careció de mecanismos efectivos para el diálogo y la búsqueda de consensos entre las autoridades involucradas.

En balance, el caso Rosa Mendoza Ccaza refleja tanto los logros como los desafíos del pluralismo jurídico en el Perú. Por un lado, destaca la eficacia y la legitimidad de las rondas campesinas a través de su estructura orgánica para abordar casos complejos; por otro lado, evidencia las limitaciones en el reconocimiento formal y la coordinación con el sistema ordinario. El protocolo establece principios fundamentales como el respeto mutuo y la protección de la jurisdicción especial, pero su implementación aún enfrenta obstáculos prácticos que dificultan una colaboración fluida. Ante esa realidad, ¿no resulta acaso imperativo consolidar un diálogo intercultural y jurídico que integre ambos sistemas de justicia, y que contribuya a una justicia más inclusiva y efectiva en el Perú?

V. CONCLUSIONES

- Las rondas campesinas en Carabaya, Puno, han evolucionado desde sus orígenes como guardias campesinas encargadas de proteger tierras recuperadas hasta convertirse en un sistema de administración de justicia reconocido legal y constitucionalmente. Su organización se basa en la estructura comunal, con autoridades electas democráticamente que ejercen funciones jurisdiccionales en sus territorios. La vinculación con la administración de justicia se establece a través de la coordinación intercultural con el Estado, buscando resolver conflictos y garantizar el acceso a la justicia en un marco de pluralismo jurídico.
- Las rondas campesinas, como expresión del sistema de justicia especial, demuestran una interacción dinámica y compleja con el Estado. En el ejercicio de sus funciones, se relaciona con el sistema de justicia ordinario, revelando cómo estas interacciones pueden fortalecer o complementar el modelo de justicia pluralista reconocido constitucionalmente.
- La estructura orgánica provincial de las rondas campesinas, mediante la CUPROC-C, refleja su grado de organización y representatividad. Como instancia provincial, permite una coordinación efectiva entre las bases distritales, garantiza su participación en la toma de decisiones y vela por el reconocimiento de las actuaciones ronderiles frente a la justicia ordinaria.
- En el caso Rosa Mendoza Ccaza, la CUPROC-C desempeñó un papel fundamental en la imposición de la cadena ronderil a los retenidos, la exigencia del reconocimiento mutuo de actuaciones y la transferencia de competencia al Ministerio Público. Asimismo, su ámbito de acción abarcó la coordinación con las rondas de base para la búsqueda de la víctima, la realización de interrogatorios y la recolección de pruebas.
- Por último, el feminicidio en Cumbre Tantamayo ilustra la capacidad de las rondas campesinas de intervenir en casos complejos, pero también resalta la necesidad de garantizar que las resoluciones, requerimientos o cualquier instrumento legal refleje el reconocimiento de las actuaciones y decisiones de la jurisdicción ronderil.

I BIBLIOGRAFÍA

- Arenas, F. (2007). *Institucionalización democrática de los conflictos sociales en el sur andino: el caso de las rondas campesinas de la provincia de Carabaya*. Consorcio de Investigación Económica y Social.
<https://cies.org.pe/investigacion/institucionalizacion-democratica-de-los/>

- Bourricaud, F. (2012). *Cambios en Puno: estudios de sociología andina*. Instituto Francés de Estudios Andinos.
- Caballero, V. (1992). Urbanización de la sociedad rural puneña, crecimiento y cambios en las comunidades campesinas. *Debate Agrario*, 14 (junio-setiembre), 107-120. https://cepes.org.pe/wp-content/uploads/2019/03/d1407_articulo.pdf
- Comisión de la Verdad y Reconciliación. (2003). *Los sindicatos, los gremios empresariales y las organizaciones de mujeres*. <https://www.cverdad.org.pe/ifinal/zip/TOMO%20III/CAPITULO%203%20-%20Org%20Sociales%20frente%20al%20conflicto/3.2.%20LOS%20SINDICATOS%20LOS%20GREMIOS.zip>
- Corte Suprema de Justicia de la República. (2009). Acuerdo Plenario N.º 1-2009/CJ-116, 13 de febrero de 2009. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2023/04/AP-1-2009-CJ-116-LPDerecho.pdf>
- Diario Correo. (10 de febrero de 2022). Puno: la confesión de Richard García que mandó matar a su pareja para vivir con su amante en Puno (Carabaya). *Diario Correo*. <https://diariocorreo.pe/edicion/puno/la-confesion-de-richard-garcia-que-mando-matar-a-su-pareja-para-vivir-con-su-amante-en-puno-carabaya-noticia/?ref=dcr>
- Diario Sin Fronteras. (17 de enero de 2022). ¡Macabro! Esposo asesinó a su pareja en Carabaya: quería ocultar crimen. *Diario Sin Fronteras*. <https://diariosinfronteras.com.pe/2022/01/17/mujeres-asesinada-por-su-esposo/>
- Hoekema, A. (2009). Conflictos multiculturales y jueces nacionales: una visión general. *Themis*, 57, 19-32. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9142/9554>
- Jürgen Brandt, H. (2017). La justicia comunitaria y la lucha por una ley de coordinación de la justicia. *Derecho PUCP*, (78), 215-247. <https://dx.doi.org/10.18800/derechopucp.201701.009>
- La República. (8 de febrero de 2022a). Puno: ronderos entregaron al Ministerio Público a presunto feminicida. *La República*. <https://larepublica.pe/sociedad/2022/02/08/puno-ronderos-entregaron-al-ministerio-publico-a-presunto-feminicida-lrsd>
- La República. (23 de enero de 2022b). Puno: ronderos retienen a feminicida, le hacen confesar crimen y piden juicio público. *La República*. <https://larepublica.pe/sociedad/2022/01/23/puno-ronderos-retienen-a-feminicida-le-hacen-confesar-crimen-y-piden-juicio-publico-lrsd>

- La República. (28 de enero de 2022). Choque entre justicia ronderil y ordinaria en feminicidio de Puno. *La República*. <https://larepublica.pe/sociedad/2022/01/28/puno-choque-entre-justicia-ronderil-y-ordinaria-en-feminicidio-lrsd>
- Llasag Fernández, R. (2006). Jurisdicción y competencia en el derecho indígena o consuetudinario. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 12, 750-763. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/R08047-2.pdf>
- Ministerio Público. (2022, 9 de febrero). *Centro de Asuntos Interculturales del Ministerio Público intervino durante conflicto con rondas campesinas en Carabaya* [Nota informativa]. Ministerio Público. <https://www.gob.pe/institucion/mpfn/noticias/582412-centro-de-asuntos-interculturales-del-ministerio-publico-intervino-durante-conflicto-con-rondas-campesinas-en-carabaya>
- Peña Jumba, A. (2009). Derechos fundamentales y justicia comunal: la aplicación del artículo 149 y el artículo 2, inciso 19 de la Constitución Política del Perú. *IUS ET VERITAS*, 19(39), 276–285. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12180>
- Poder Judicial. (2013). Protocolo de Coordinación entre Sistemas de Justicia. <https://centroderecursos.cultura.pe/sites/default/files/rb/pdf/Protocolo%20de%20coordinacion%20entre%20sistemas%20de%20justicia.pdf>
- Radio Onda Azul. (13 de enero de 2020). Puno: Más de 50 ronderos protestan en la UGEL exigiendo la renuncia del director de dicha institución. *Radio Onda Azul*. <https://radioondaazul.com/puno-mas-de-50-ronderos-protestan-en-la-ugel-carabaya-exigiendo-la-renuncia-del-director-de-dicha-institucion/>
- Radio Onda Azul. (1 de mayo de 2021). Carabaya: Conforman comisión revisora de rondas campesinas para investigar las presuntas irregularidades en la municipalidad. *Radio Onda Azul*. <https://radioondaazul.com/carabaya-conforman-comision-revisora-de-rondas-campesinas-para-investigar-las-presuntas-irregularidades-en-la-municipalidad/>
- Radio Qampaq. (13 de enero de 2022). *Confesión de terror: sujeto cuenta cómo asesinaron a la madre de sus hijos* [Video]. Facebook. https://www.facebook.com/radioQampaq/videos/confesi%C3%B3n-de-terrorsujeto-cuenta-como-asesinaron-a-la-madre-de-sus-hijos/476226254096775/?locale=hi_IN
- Rénique, J. (1991). La batalla por Puno: violencia y democracia en la sierra sur. *Debate agrario*, 10, 83-108. https://cepes.org.pe/wp-content/uploads/2019/03/d1005_articulo.pdf

- ReporteAndo. (26 de enero de 2022). *Se frustra entrega del presunto asesino al ministerio público del caso de feminicidio en Macusani* [Video en vivo]. Facebook. https://www.facebook.com/watch/live/?ref=watch_permalink&v=1049042898987452
- Ruiz Molleda, J.C. (2011). La interpretación del artículo 149 de la Constitución Política del Perú. En Institut Gouvernance et Légitimité (Ed.), *La legitimidad del poder en los países andino-amazónicos: Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú* (pp. 225-234). Instituto de Investigación y Debate sobre la Gobernanza. <https://institut-gouvernance.org/es/chapitrage/fiche-chapitrage-10.html>
- Sánchez Botero, E. (2011). La realización del pluralismo jurídico de tipo igualitario en Colombia. *Nómadas*, 22(71), 31-45. <https://www.scielo.org.mx/pdf/na/v22n71/v22n71a3.pdf>
- Soncco Cutipa, A. & Soncco Mamani, S. (2023). *Chaninchay: rondando en los pueblos por justicia, seguridad y buen vivir*. Instituto Internacional de Derecho y Sociedad.
- Tribunal Constitucional del Perú. (2020). Sentencia 468/2020 (Exp. 04417-2016-HC), 11 de septiembre de 2020. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/04417-2016-HC.pdf>
- Tribunal Constitucional del Perú. (2021). Sentencia 154/2024 (Exp. 03158-2018-PA/TC), 23 de julio de 2021. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/03158-2018-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional del Perú. (2017). Sentencia del expediente 02765-2014-AA/TC, 18 de abril de 2017. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2017/02765-2014-AA.pdf>
- Vazelesk, V. (2017). De la lucha por la tierra a la protección de la Pachamama: los caminos de la Confederación Campesina del Perú (1947-2016), *Polis*, (47), 1-17. <http://journals.openedition.org/polis/12508>
- Yrigoyen, R. (2012). Pluralismo jurídico y jurisdicción indígena en el horizonte del constitucionalismo pluralista. En *El Estado de derecho hoy en América Latina* (pp. 171-188). Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3740/15.pdf>

Derecho a la consulta previa: Conceptos, alcances, características y jurisprudencia sobre la materia

*Right to prior consultation: concepts, scope, characteristics
and jurisprudence on the matter*

 LUIS ANDRÉS ROEL ALVA*

 WALTER J. ESTRELLA PAITA**

113

-
- * Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho Constitucional por la misma casa de estudios. Máster en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla–La Mancha (España). Maestro en Gestión Pública en Universidad de San Martín de Porres. Con diploma en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario por la American University Washington College of Law (EE. UU.), en su Programa de Estudios Avanzados en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. Asimismo, con diploma de Especialización en Justicia Constitucional, Interpretación y Tutela de los Derechos Fundamentales por la Universidad de Castilla–La Mancha (España). Director fundador de la *Revista Estado Constitucional*. Docente universitario. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Autor y coautor de diversos artículos de derecho constitucional, derecho procesal constitucional y derechos humanos. Árbitro en diferentes Centros de Arbitrajes. Congresista de la República y segundo vicepresidente del Congreso de la República del Perú en el período 2020–2021. Presidente de la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales durante el año 2020. Código ORCID: 0000-0002-9784-137X. Correo electrónico: luis.roelalva@gmail.com.
- ** Bachiller en Derecho por la Universidad de Lima. Con curso de Especialización en Derecho Internacional de los Derechos Humanos por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), en su Programa de Maestría en Derechos Humanos. Asistente de investigación y cátedra en la maestría de Derecho Constitucional de la Universidad de San de Martín de Porres (USMP) y en la maestría de Derecho en Gestión Pública de la Universidad San Ignacio de Loyola (USIL). Autor y coautor de artículos de derecho constitucional y derechos humanos. Código ORCID: 0009-0007-4474-3518. Correo electrónico: walter.estrella10@gmail.com.

Resumen

El presente artículo aborda el alcance del derecho a la consulta previa en el marco del ordenamiento jurídico peruano, destacando su relevancia como mecanismo legal para el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas y las comunidades campesinas. No obstante, la regulación e implementación de este derecho enfrenta importantes desafíos que deben ser superados para garantizar la participación efectiva de dichas comunidades en las decisiones que impactan directamente sus territorios, sus recursos naturales y sus modos de vida tradicionales. El objetivo es enmarcar el alcance, los avances normativos y jurisprudenciales, y, fundamentalmente, los retos que debe afrontar el Estado peruano para fortalecer la aplicación del derecho a la consulta previa en el contexto nacional.

Palabras clave

Consulta previa, pueblos indígenas, comunidades campesinas, derechos colectivos.

Abstract

This article examines the scope of the right to prior consultation within the Peruvian legal framework, emphasizing its role as a legal mechanism for recognizing the collective rights of indigenous peoples and peasant communities. However, its regulation and implementation encounter significant challenges regarding the guarantee of effective participation in decisions that directly affect their territories, natural resources, and traditional lifestyles. The objective is to outline the scope, regulatory and jurisprudential progress, and, importantly, the challenges the Peruvian State must overcome to enhance the application of the right to prior consultation throughout the national territory.

Keywords

Prior consultation, indigenous peoples, peasant communities, collective rights.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. DERECHO A LA CONSULTA PREVIA. III. FUNDAMENTO NORMATIVO Y DESARROLLO LEGAL. IV. CARACTERÍSTICAS EN EL ÁMBITO CONSTITUCIONAL PERUANO. V. ALCANCE EN LA PARTICIPACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. VI. ALCANCE EN LA PROTECCIÓN DE DERECHOS COLECTIVOS ANTE ACTIVIDADES EXTRACTIVAS. VII. REGULACIÓN EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. VIII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho a la consulta previa constituye una institución fundamental reconocida a nivel internacional, destinada a garantizar la participación efectiva de los pueblos indígenas y comunidades campesinas en las decisiones que afectan sus

territorios, recursos naturales y estilos de vida tradicionales. A pesar de su reconocimiento tardío (Alva, 2014, p. 17), su difusión en el ámbito internacional y nacional ha sido significativa, destacándose en el contexto jurídico de varios países de la región. En particular, este derecho se encuentra consagrado en instrumentos legales reconocidos internacionalmente, como el Convenio N.º 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales, y respaldado por diversas disposiciones, declaraciones y jurisprudencia de diversas entidades.

Este diálogo entre el Estado y los pueblos indígenas es imprescindible para alcanzar un acuerdo basado en el libre, previo e informado consentimiento, respecto a la implementación de actividades, proyectos, políticas o medidas que puedan impactar de manera directa en los intereses de estas comunidades. Del mismo modo, actúa como un mecanismo de protección que promueve la justicia social y el respeto por la diversidad cultural, constituyéndose, así, como un deber fundamental del Estado.

Igualmente, es fundamental señalar que la concreción de este derecho a nivel nacional refleja que nos encontramos ante «una forma en la que los pueblos indígenas ejercen el derecho a participar, pero sus características especiales hacen de ella un derecho diferente y único» (Alva, 2010, p. 2601). Ahora bien, en la legislación peruana, se han presentado distintos desafíos para hacer efectivos sus mandatos, siendo la falta de voluntad política y la ausencia de mecanismos regulatorios alineados con estándares internacionales los principales obstáculos, lo cual genera preocupación en el ámbito académico y, en particular, en lo relativo con el respeto de los derechos humanos y el desarrollo sostenible de las comunidades indígenas implicadas.

Así, el presente artículo tiene como finalidad enmarcar los alcances, desafíos y jurisprudencia pertinente, con el propósito de que el Estado refuerce la aplicación de este derecho a nivel nacional, garantizando, con ello, la efectiva protección de los derechos de aquellos pueblos y comunidades indígenas que requieren una atención especial.

II. DERECHO A LA CONSULTA PREVIA

El derecho a la consulta previa se enmarca como un principio fundamental que articula diversos mecanismos orientados a la protección y preservación de las comunidades indígenas y originarias, amparados, a su vez, por la legislación peruana y por los tratados internacionales de derechos humanos. Al respecto, el Ministerio de Cultura señala lo siguiente:

La consulta previa es el derecho fundamental que tienen los pueblos indígenas y demás grupos étnicos, cada vez que se vaya a tomar una decisión que pueda afectarles directamente o cuando se pretenda realizar proyectos, obras o actividades dentro de sus territorios. (Rodríguez, 2017, p. 8)

Es importante hacer hincapié en que cualquier propuesta de medidas legislativas o administrativas debe ser sometida a la consulta previa, especialmente si se determina que esta puede impactar los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios. Se entiende que tal afectación ocurre cuando dichas medidas alteran el ejercicio o la situación jurídica de estos derechos.

Entre las medidas legislativas que requieren consulta, se encuentran las leyes, las ordenanzas regionales y municipales, así como los decretos legislativos. Las medidas administrativas incluyen decretos supremos y resoluciones. Además, «deben ser objeto de consulta los planes, programas y proyectos del Estado relacionados al desarrollo de estas comunidades» (Ministerio de Cultura, (s. f.), párr. 4).

La fundamentación de este derecho radica en el Convenio N.º 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en el cual se menciona lo siguiente:

116

[...] Para el caso de los proyectos de inversión la oportunidad en que se debe realizar la consulta previa es antes de que se emita el acto administrativo que faculte el inicio de la actividad o proyecto, o la suscripción de contratos con dichos fines, lo que comprende también cualquier programa de prospección o explotación de recursos.

La entidad promotora antes de emitir la medida administrativa materia de consulta deberá consultar con los pueblos indígenas; debiendo para ello tener en cuenta la Base de Datos y proceder con la identificación de los mismos en campo y en caso de requerir asistencia técnica durante el proceso pedir el apoyo al Viceministerio de Interculturalidad. (OIT, 2021, pp. 11-12)

Este tratado internacional sobre derechos humanos —el Convenio N.º 169 de la OIT— fue aprobado por el Estado peruano a través de la Resolución Legislativa N.º 26253 en 1993, donde se estipula que los gobiernos «deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad» (ONU, 1993, p. 3).

En el contexto de este tratado internacional, se plantean las siguientes medidas fundamentales que los gobiernos deben implementar. Por un lado, se tiene que garantizar la igualdad de derechos y oportunidades, toda vez que los pueblos

indígenas puedan acceder a los mismos beneficios que el resto de la población, previniendo cualquier forma de discriminación.

Por otro lado, se tiene que promover el reconocimiento efectivo de los derechos sociales, económicos y culturales, priorizando el respeto por su identidad, costumbres, tradiciones e instituciones, lo que les permite conservar sus tradicionales estilos de vida y desarrollo humano. Por último, es sumamente importante reducir las desigualdades socioeconómicas a través de políticas que contribuyan a cerrar la brecha entre los pueblos indígenas y el resto de la sociedad, sin imponer modificaciones contrarias a sus valores y aspiraciones.

Mientras tanto, en el contexto peruano, se busca fortalecer el derecho a la consulta previa, asegurando que las medidas a llevarse a cabo y que perjudiquen a los pueblos indígenas sean adoptadas con una participación efectiva y consentimiento informado. Para lograr este objetivo, es elemental que los funcionarios públicos integren verdaderamente la decisión asumida por estos pueblos indígenas en los procesos de toma de decisiones gubernamentales, tarea que sigue siendo un desafío en el Perú.

Actualmente, ante esta necesidad, el Estado peruano ha puesto en práctica políticas públicas inclusivas destinadas a fomentar la diversidad cultural y proteger los derechos colectivos de estas comunidades. De igual manera, el Tribunal Constitucional, a través de su extensa y variada jurisprudencia, ha hecho énfasis en este derecho; así lo evidencian las sentencias recaídas en los Expedientes N.º 00002-2024-PI/TC, N.º 00003-2024-PI/TC y N.º 00005-2024-PI/TC (f. j. 37), en las cuales se señala que «la Constitución reconoce un régimen especial de la propiedad para las comunidades campesinas y nativas, y les otorga existencia legal y personería jurídica erga omnes de forma directa».

En síntesis, la consulta previa está orientada a los pueblos indígenas u originarios, quienes participan a través de sus organizaciones representativas. Para determinar qué comunidades deben ser convocadas en este proceso, se aplican criterios objetivos y subjetivos conforme a las normativas establecidas en el ordenamiento jurídico nacional e internacional. En este sentido, pueden considerarse pueblos indígenas aquellos cuya existencia se remonta a antes de la formación de los Estados actuales y que han preservado, total o parcialmente, sus propias instituciones, manteniendo una identidad colectiva.

Por ende, se sostiene que la consulta previa no debe ser vista como un mero procedimiento administrativo, sino como un espacio de diálogo intercultural, cuyo propósito es garantizar que las decisiones del Estado se adopten con la participación activa de los pueblos indígenas y con pleno respeto a sus derechos colectivos.

En esta línea, cabe destacar que el colegiado del supremo intérprete ha delimitado el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta previa, al señalar lo siguiente:

37. El contenido constitucionalmente protegido de este derecho importa; i) el acceso a la consulta, ii) el respeto de las características esenciales del proceso de consulta; y, iii) la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta. No forma parte del contenido de este derecho el veto a la medida legislativa o administrativa o la negativa de los pueblos indígenas a realizar la consulta.

38. En lo que al primer supuesto importa, resulta evidente que, si se cumple la condición establecida en el convenio, esto es, si se prevé que una medida legislativa o administrativa será susceptible de afectar directamente a algún pueblo indígena y no se realiza la consulta, es manifiesto que el derecho de consulta sería pasible de ser afectado. (Exp. N.º 00022-2009-PI/TC, ff. jj. 37-38)

Por lo tanto, el derecho a la consulta previa es reconocido dentro del marco jurídico peruano y en los tratados internacionales suscritos por el Perú como un derecho fundamental. Es importante señalar que «ningún otro sector, además del minero energético, ha regulado el derecho a la consulta previa para las medidas administrativas que autorizan la realización de una actividad o proyecto» (OIT, 2021, p. 3).

118

Este derecho, entonces, presenta características centrales que aseguran su eficacia y que, a su vez, se alinean con los principios rectores del Estado constitucional de derecho.

A continuación, en la regulación peruana, podemos identificar las siguientes características de la consulta previa:

a. Libre

La consulta previa tiene que llevarse a cabo dentro de un entorno libre de coerción, presión o interferencias, ya sea de parte del Estado como de terceros. Es necesario asegurar la libertad durante el proceso, hecho que implica que las comunidades campesinas tengan la posibilidad de expresarse de manera voluntaria sin ningún tipo de restricciones ni temor a sufrir represalias por hacerlo.

Esta característica encuentra sustento en el inciso 19 del artículo 2 de la Constitución Política de 1993, la cual establece que el Estado tiene como obligación proteger y preservar la diversidad étnica y cultural. Dicha disposición constitu-

cional favorece en gran medida a aquellos pueblos que históricamente han sido marginados, generando que su inclusión positiva en un mandato constitucional pueda erradicar la discriminación. En el contexto, es adecuado destacar que la importancia de la consulta previa radica en establecer un mecanismo adecuado para que los pueblos indígenas, como colectivo, participen en los procesos de toma de decisiones que les afectan (Morris et al., 2009, p. 43).

De esta forma, ante las diferencias lingüísticas, culturales o étnicas, es el Estado quien tiene la responsabilidad de abordarlas a través de acciones que aseguren el efectivo cumplimiento y promoción de la interculturalidad, con énfasis en la participación colectiva.

b. Previa

La consulta previa tiene que realizarse con anterioridad a la aprobación de cualquier medida legislativa o administrativa que pueda generar un impacto evidente y directo en los pueblos indígenas. Por ende, no es permisible realizarla con posterioridad a la toma de decisiones, ya que su propósito elemental es asegurar la participación de las comunidades en la formulación de actos que les afecten.

Por su parte, el Convenio N.º 169 de la OIT, en su artículo 6, menciona que «[e]s obligación del Estado Peruano consultar a los pueblos indígenas que podrían verse afectados directamente en sus derechos colectivos antes de aprobar la medida administrativa que faculte el inicio de la actividad de exploración o explotación de dichos recursos naturales» (OIT, 2021, p. 11).

Esta característica es un pilar clave que busca garantizar la participación y el involucramiento de los pueblos indígenas en las decisiones que pueden generar afectaciones directas en sus recursos y territorios. En tal sentido, el proceso de consulta previa debe realizarse de forma anticipada, previo a cualquier decisión de parte del Estado y sus instituciones públicas, de tal forma que se evite una posible vulneración de los derechos de estos pueblos indígenas (Roel et al., 2011, p. 16).

c. Informada

Las comunidades indígenas tienen el derecho a que las medidas que podrían afectar su bienestar o estilo de vida sean informadas no solo con antelación, sino que también posean ciertas características particulares como que sean exactas, completas y sobre todo accesibles, es decir, en su lengua nativa, siendo vital para

que puedan participar en la construcción de su propio futuro (Hillón, 2014, p. 107).

Dicha información debe incluir con detalle los posibles impactos sociales, medioambientales, económicos y culturales. Así, el inciso h) del artículo 4 de la Ley N.º 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa, menciona lo siguiente:

Artículo 4. Los principios rectores del derecho a la consulta son los siguientes:

- a) Información oportuna. Los pueblos indígenas u originarios tienen derecho a recibir por parte de las entidades estatales toda la información que sea necesaria para que puedan manifestar su punto de vista, debidamente informados, sobre la medida legislativa o administrativa a ser consultada. El Estado tiene la obligación de brindar esta información desde el inicio del proceso de consulta y con la debida anticipación. (Congreso de la República del Perú, 2011, pp. 1-2)

En esencia, este principio garantiza que los pueblos indígenas u originarios cuenten con la información completa para que puedan participar en las tomas de decisión. Asimismo, es fundamental que las comunidades conozcan los aspectos claves a deliberar a fin de tomar una decisión de manera informada.

120

En síntesis, este principio garantiza la transparencia del proceso de consulta previa, permitiendo tener conocimiento sobre los temas de relevancia para los pueblos indígenas, también que estos mismos puedan participar correctamente del debate previo a una decisión. No es menos importante señalar también que, en esta línea, dicha actuación acerca y fortalece el respeto mutuo entre las comunidades y el Estado.

d. De buena fe y con participación colectiva

Este principio implica que el Estado deba realizar una consulta de manera transparente, promoviendo un diálogo real y auténtico orientado a alcanzar un tipo de entendimiento con las comunidades campesinas. Además, la participación de estas comunidades debe llevarse a cabo en todas las etapas del proceso de consulta, pues así también lo señala el artículo 3 previamente citado.

El inicio de este proceso debe configurarse con una apertura al diálogo que contenga características idóneas básicas como la buena fe, que garanticen la participación e inclusión de estos pueblos a participar de forma correcta y con el respeto de sus derechos.

Actuar bajo el principio de buena fe (AGNU, 2007), entonces, no solo implica cumplir con los requisitos establecidos en el ordenamiento, sino que además

es esencial para construir relaciones de confianza y equidad entre el Estado y las comunidades indígenas. Recordemos que, históricamente, estos pueblos han sido marginados y excluidos de las decisiones que impactan sus territorios. La ley, alineada con estándares internacionales, tiene como objetivo transformar esta dinámica, priorizando el respeto y la adecuada inclusión de los pueblos originarios en las decisiones estatales.

e. Adaptada al contexto cultural de los pueblos indígenas

El proceso de consulta debe ser adecuado a las costumbres, tradiciones y estructuras organizativas que rigen a los pueblos indígenas, asegurando así que no se vulnere su situación jurídica, su calidad de vida, su desarrollo, sus derechos colectivos ni su identidad cultural (Sanborn & Ramírez, 2016, p. 23).

Es fundamental garantizar el uso de sus lenguas originarias y adaptar los métodos de consulta a su contexto sociocultural. De acuerdo con el artículo 5 de la Ley N.º 29785, se menciona que son sujetos del derecho a la consulta «[l]os titulares del derecho a la consulta son los pueblos indígenas u originarios cuyos derechos colectivos pueden verse afectados de forma directa por una medida legislativa o administrativa» (Congreso de la República del Perú, 2011, p. 2).

121

Esto implica que son las poblaciones indígenas quienes ostentan el derecho a la consulta previa, dado que pueden verse impactadas por las medidas que el Estado adopte, tanto en el plano legislativo como administrativo. La relevancia del presente artículo radica en el reconocimiento expreso de la necesidad de proteger y garantizar los derechos de estos pueblos indígenas, priorizando la adaptación del Estado a su realidad, es decir, a su contexto social y cultural, siempre con respeto a su identidad, sus territorios y sus estilos de vida tradicionales.

Por ende, reconocer la importancia de la consulta previa es un paso fundamental para comprender que es un proceso que requiere la adecuación de los recursos del Estado con el fin de entablar un acercamiento y organizar mesas de diálogo con la población indígena. Además, empodera a estos pueblos, pues se les permite participar de manera activa en las decisiones que influirán de manera directa en sus territorios y estilos de vida.

III. FUNDAMENTO NORMATIVO Y DESARROLLO LEGAL

En la perspectiva jurídica, el derecho a la consulta previa es reconocido como un derecho fundamental, tanto a nivel constitucional —en el plano interno— como en el ámbito internacional, siendo garantizado por el Convenio N.º

169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y los múltiples tratados internacionales sobre derechos humanos.

Así, en atención al artículo 55 de nuestra carta fundamental, se establece que «[l]os tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional». En consecuencia, la Ley de Consulta Previa es respaldada y garantizada por un tratado internacional que aborda derechos humanos. Esto, entonces, cobra particular relevancia en el derecho interno de nuestro país, donde dicha protección requiere atención especial.

En este contexto, los tratados vigentes firmados por el Estado forman parte del ordenamiento jurídico nacional, incluyendo el Convenio N.º 169 de la OIT, que afirma y garantiza el derecho a la consulta previa. Este derecho está estrechamente vinculado a la «protección de la identidad cultural, al derecho a la participación y la autodeterminación de los pueblos indígenas» (Tribunal Constitucional, 2023, párr. 2). Su reconocimiento implica que cualquier medida legislativa o administrativa que pueda impactar directamente a una comunidad debe ser sometida a un proceso de consulta previa a su implementación. De esta manera, el Tribunal Constitucional menciona lo siguiente:

122

23. [...] En el caso peruano, tomando en consideración la normativa legal de desarrollo constitucional, son diversas las denominaciones en torno a la existencia jurídica de las comunidades campesinas y nativas, reconocidas así en la Constitución. Verbigracia, en el artículo 2, literal a) de la Ley 27811, Ley que establece el Régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos, publicada el 10 de agosto de 2002, se estableció que las comunidades campesinas y nativas eran pueblos indígenas u originarios. En el artículo 7 de la Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), Ley 29785 («Ley de Consulta Previa»), publicada el 7 de septiembre de 2011, además de los mecanismos para llevar a cabo este procedimiento, se establecieron los criterios de identificación de pueblos indígenas u originarios, y se precisó que las «comunidades campesinas o andinas» pueden ser identificadas como pueblos indígenas u originarios. (Exp. N.º 03326-2017-PA/TC, f. j. 23)

En este marco, nuestro Tribunal subraya la validez jurídica de las comunidades campesinas y nativas, reconociéndolas como pueblos indígenas u originarios, lo que les otorga un régimen de protección especial en el ordenamiento legal pe-

ruano. De este modo, se garantiza el respeto por su identidad cultural, su derecho a participar en decisiones que les afecten y su autonomía, elementos fundamentales para la protección de sus territorios, tradiciones y formas de vida.

En Perú, la consulta previa es reconocida como un derecho fundamental regulado por la Ley N.º 29785 y su respectivo Reglamento, establecido en el Decreto Supremo N.º 001-2012-MC. Según el artículo 4 de dicha ley, el proceso de consulta debe regirse por siete principios fundamentales:

Artículo 4. Principios

Los principios rectores del derecho a la consulta son los siguientes.

- a) Oportunidad. El proceso de consulta se realiza de forma previa a la medida legislativa o administrativa a ser adoptada por las entidades estatales.
- b) Interculturalidad. El proceso de consulta se desarrolla reconociendo, respetando y adaptándose a las diferencias existentes entre las culturas y contribuyendo al reconocimiento y valor de cada una de ellas.
- c) Buena fe. Las entidades estatales analizan y valoran la posición de los pueblos indígenas u originarios durante el proceso de consulta, en un clima de confianza, colaboración y respeto mutuo. El Estado y los representantes de las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios tienen el deber de actuar de buena fe, estando prohibidos de todo proselitismo partidario y conductas antidemocráticas.
- d) Flexibilidad. La consulta debe desarrollarse mediante procedimientos apropiados al tipo de medida legislativa o administrativa que se busca adoptar, así como tomando en cuenta las circunstancias y características especiales de los pueblos indígenas originarios involucrados.
- e) Plazo razonable. El proceso de consulta se lleva a cabo considerando plazos razonables que permitan a las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios conocer, reflexionar y realizar propuestas concretas sobre la medida legislativa o administrativa objeto de consulta.
- f) Ausencia de coacción o condicionamiento. La participación de los pueblos indígenas u originarios en el proceso de consulta debe ser realizada sin coacción o condicionamiento alguno.
- g) Información oportuna. Los pueblos indígenas u originarios tienen derecho a recibir por parte de las entidades estatales toda la información que sea necesaria para que puedan manifestar su punto de vista, debidamente

informados, sobre la medida legislativa o administrativa a ser consultada. El Estado tiene la obligación de brindar esta información desde el inicio del proceso de consulta y con la debida anticipación. (Pleno del Congreso de la República, 2011, pp. 1-2)

Estos principios tienen como finalidad asegurar que los procesos de consulta se desarrollen de manera equitativa, transparente y respetuosa, facilitando así la participación de estas comunidades en las decisiones que pretende adoptar el Estado. En este sentido, es esencial que la consulta se realice en el momento oportuno, es decir, antes de la adopción de cualquier medida, sea legislativa o administrativa, para que la participación de estas comunidades influya en su contenido y aplicación. Asimismo, se resalta la necesidad de reconocer y respetar las culturas diversas, adaptando los procesos a las costumbres y formas de organización previamente establecidas en dichas comunidades.

Adicionalmente, esta participación requiere del Estado, a través de sus representantes, cuyo accionar se base en la buena fe, promoviendo un actuar diligente y transparente, así como fomentando un diálogo basado en la confianza mutua, para que el consenso alcanzado se ajuste a los variados escenarios en los que operan estas comunidades.

En este sentido, se menciona lo siguiente:

El Ministerio de Cultura, a través del Viceministerio de Interculturalidad, es el órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo. Su misión es concertar, articular y coordinar la política de implementación del derecho a la consulta previa. Brinda asesoría, asistencia técnica y capacitación a las entidades promotoras de procesos de consulta previa y a los pueblos indígenas u originarios, tiene a su cargo la Base de Datos de los Pueblos Indígenas u Originarios y un Registro de Intérpretes y Facilitadores, registra los resultados de las consultas realizadas y resuelve en última instancia administrativa los recursos que formulen los pueblos indígenas en ejercicio del derecho de petición, cuando se trata de entidades del poder ejecutivo. (Ministerio de Cultura, s. f., p. 1)

Es fundamental resaltar que este proceso de consulta debe realizarse dentro de un plazo razonable, permitiendo a las comunidades interiorizar, analizar y comprender el alcance de las propuestas y temas sometidos a consulta, los cuales deben desarrollarse sin ningún tipo de condicionamiento que comprometa la participación libre y voluntaria de estas comunidades. Además, esta serie de principios impone al Estado la obligación de proporcionar toda la información relevante respecto a la propuesta en consulta, asegurando que las decisiones resultantes estén debidamente fundamentadas.

A modo de síntesis, debemos señalar que el artículo 4 de la Ley N.º 29785 establece un marco normativo que pretende asegurar la efectividad del derecho a la consulta previa, dicho de otro modo, pretende que se garantice el respeto a los derechos y a la diversidad cultural de las comunidades campesinas.

IV. CARACTERÍSTICAS EN EL ÁMBITO CONSTITUCIONAL PERUANO

La consulta previa en el Perú cobra especial relevancia porque es un derecho fundamental cuyo propósito es garantizar la participación adecuada y efectiva de los pueblos indígenas en las tomas de decisión gubernamentales, que precisamente puedan generar un impacto en sus territorios, sus estilos de vida y sus recursos naturales. Este derecho, por tanto, goza de un respaldo normativo, a nivel interno, en la Constitución Política del Perú de 1993, mientras que, en el plano internacional, se ve garantizado por el Convenio N.º 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ratificado por el Estado peruano en 1994¹.

En este entendido, el inciso 19 del artículo 2 de la Constitución Política indica lo siguiente:

Artículo 2. Toda persona tiene derecho: [...]

19. A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación.

Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad.

Asimismo, el artículo 89 de la Constitución Política enfatiza la autonomía de las comunidades campesinas y nativas:

Artículo 89. Comunidades campesinas y nativas

Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y

¹ Aprobado por el Estado peruano mediante la Resolución Legislativa N.º 26253, el 5 de diciembre de 1993, instrumento ratificado en 1994. [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/1081EE0AA5C9A39605257DCC006AFD3D/\\$FILE/13_Aprueban_Convenio_169_OIT_pueblos_ind%C3%ADgenas_26253.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/1081EE0AA5C9A39605257DCC006AFD3D/$FILE/13_Aprueban_Convenio_169_OIT_pueblos_ind%C3%ADgenas_26253.pdf)

administrativo, dentro del marco que la ley establece.

La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior.

El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas, Nativas y del Pueblo Afroperuano.

Adicionalmente, la normativa relevante en materia de consulta previa incluye la Ley N.º 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, aprobada por el Congreso de la República en 2011. Esta ley detalla los contenidos, principios y procedimientos relacionados con dicho derecho en el Perú. Es pertinente recordar que esta ley define la finalidad de la consulta en su artículo 3, mencionado anteriormente en esta investigación. Asimismo, el Decreto Supremo N.º 001-2012-MC, que aprueba el Reglamento de la Ley N.º 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocidos en el Convenio N.º 169 de la OIT, promulgado el 3 de abril de 2012, establece aspectos generales del proceso de consulta y las funciones del Viceministerio de Interculturalidad en relación con el derecho a la consulta previa.

126

En este entendimiento, se puede afirmar que el derecho a la consulta previa en el Perú presenta un sólido fundamento normativo que establece las bases para su desarrollo y aplicación en el sistema jurídico nacional. Sin embargo, es relevante destacar que su efectividad y aplicación aún enfrentan diversos desafíos a nivel estatal y privado, por lo cual requiere la colaboración de actores sociales clave para garantizar relaciones de apoyo y bienestar futuro.

Desde la perspectiva constitucional, el derecho a la consulta previa encuentra respaldo en la Constitución Política de 1993, el Convenio N.º 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y en la Ley N.º 29785. Así, representan regulaciones que obligan al Estado peruano a implementar medidas jurídicas absolutamente necesarias para la protección efectiva de este derecho de los pueblos indígenas.

Las principales características son las siguientes:

- a) **Obligatoriedad:** El Estado debe llevar a cabo dicha consulta antes de tomar una decisión que genere afectaciones reales a los pueblos indígenas.
- b) **Carácter previo:** Implica que la consulta sea realizada con antelación a la adopción de cualquier tipo de medida.

- c) **Buena fe:** El proceso de consulta tiene que, necesariamente, ser **transparente, auténtico y dirigido al logro de acuerdos.**
- d) **Interculturalidad:** Es fundamental que el Estado respete la cosmovisión y rasgos culturales de los pueblos indígenas.
- e) **No vinculante:** Pese a que la decisión final corresponde al Estado, este debe considerar los resultados del proceso de consulta y justificar su decisión.

Lo que hacen estas características previamente enumeradas es favorecer la participación de las comunidades en decisiones que pueden generar algún tipo de impacto en su territorio o estilo de vida. Asimismo, debemos destacar la participación del Tribunal Constitucional peruano, que, a través de la vía jurisprudencial, ha venido dotando de un análisis exhaustivo relacionado con la protección del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios, reflejando una tendencia positiva y garantista en la protección de este derecho.

En síntesis, el derecho a la consulta previa, por su origen inicial plasmado en un tratado internacional sobre derechos humanos, tiene una categoría de especial protección, toda vez que, al menos dentro de nuestro ordenamiento jurídico peruano, dicho derecho posee «un rango constitucional con aplicabilidad inmediata, lo que implica que los poderes públicos no pueden justificar la falta de desarrollo legislativo para llevar a cabo el proceso de consulta debiendo cumplir con su obligación de protección» (La Rosa Calle, 2012, p. 198).

V. ALCANCE EN LA PARTICIPACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

El derecho a la consulta previa asegura la participación constante de los pueblos indígenas en aquellas decisiones que puedan afectar sus estilos de vida, territorios o recursos naturales, y que, además, parten de decisiones tomadas por el Estado. Dicho sea de paso, podemos destacar que «este mecanismo de participación es un derecho constitucional colectivo que requiere la realización de un proceso público que debe ser transparente y obligatorio antes de adoptar cualquier decisión» (Rodríguez, 2005, p. 115).

En relación con ello, el Tribunal Constitucional resalta lo siguiente:

5. El derecho a la consulta previa ha sido posteriormente reforzado por la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas, aprobada en el año 2007, que constituye un referente en el derecho

internacional sobre el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas.

7. Asimismo, el derecho fundamental de la consulta previa está directamente relacionado con el precitado derecho fundamental de toda persona, en forma individual o asociada, a participar en la vida económica y social de la nación. (Exp. N.º 02783-2021-AA/TC, f. j. 5-7)

En la misma sentencia, se hace referencia al Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2008, f. j. 17) afirmó que la violación del derecho a la consulta previa, evidenciada por la falta de acciones esenciales para garantizar su cumplimiento, fue determinante para reconocer la vulneración del derecho a la propiedad comunal. En este sentido, en el punto resolutivo 8 de la sentencia se indica:

El Estado tiene el deber, desde el inicio de la actividad que se propone, de consultar activamente con el pueblo Saramaka, de buena fe, y con el objetivo de llegar a un acuerdo, lo cual a su vez requiere que el Estado acepte y brinde información al respecto en un formato entendible y públicamente accesible. Además, dependiendo del nivel de impacto que tendrá la actividad que se propone, el Estado podría ser requerido a obtener el consentimiento del pueblo Saramaka. (Exp. N.º 02783-2021-AA/TC, f. j. 8)

128

En este contexto, las comunidades tienen el derecho de acceder a información clara y comprensible en sus lenguas nativas, así como de expresar sus inquietudes y presentar propuestas en el marco del proceso consultivo. Se busca asegurar que esta participación sea genuina y efectiva, evitando que se reduzca a un mero formalismo.

VI. ALCANCE EN LA PROTECCIÓN DE DERECHOS COLECTIVOS FRENTE A ACTIVIDADES EXTRACTIVAS

El derecho a la consulta previa está estrechamente relacionado con la protección de los derechos colectivos de las comunidades indígenas, especialmente en lo que respecta a su espacio territorial y sus recursos naturales. Este mecanismo tiene como objetivo prevenir decisiones que puedan amenazar la continuidad de sus culturas y limitar aspectos económicos que sustentan a dichas comunidades.

Por lo tanto, el Estado tiene la obligación de considerar vinculantes los acuerdos alcanzados durante este proceso de consulta, a fin de garantizar una protección efectiva de los derechos. Como señala la Constitución en su artículo 89,

las comunidades campesinas y nativas son autónomas y el Estado debe respetar su identidad cultural en el marco de las decisiones que puedan afectar sus territorios o formas de vida.

De este modo, se reconoce la validez legal y la personalidad jurídica de las comunidades campesinas y nativas, garantizando su derecho a la libre disposición de sus tierras, entre otros aspectos. En este sentido, nuestro Tribunal Constitucional menciona lo siguiente:

15. [...] El derecho de consulta previa e informada establecido en el artículo 6 del Convenio N.º 169 de la OIT, que es una de las herramientas más importantes que tienen los pueblos indígenas. Es en realidad una verdadera garantía jurídica que permite en muchos sentidos tutelar a los intereses de los pueblos indígenas. En dicha disposición se indica lo siguiente:

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:
 - a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; [...].
2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberá efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. (Exp. N.º 0022-2009-PI/TC, f. j. 15)

El Tribunal reconoce, entonces, que la consulta previa opera como un derecho fundamental orientado a proteger la identidad cultural y los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

Un aspecto clave de la consulta previa en el Perú es su rol en la regulación de actividades extractivas, como la minería, y en distintos proyectos de infraestructura. Según la normativa vigente, las comunidades indígenas deben ser consultadas inicialmente, permitiéndose el otorgamiento de concesiones o permisos que puedan influir en sus territorios únicamente tras dicha consulta. Sin embargo, el Estado conserva la autoridad final para decidir sobre estos proyectos y su implementación, siempre que dichas decisiones se fundamenten adecuadamente y respeten los derechos fundamentales de los pueblos indígenas.

En este contexto, la concesión minera sobre recursos naturales como medida administrativa encuentra respaldo en el artículo 66 de la Constitución, donde establece lo siguiente:

Artículo 66. Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.

Además, se reconoce que los recursos naturales, sean renovables o no renovables, forman parte del patrimonio de la Nación y su explotación está sujeta a la soberanía del Estado. En ese marco, el máximo intérprete de la Constitución menciona:

Las concesiones mineras sí son susceptibles de afectar directamente los derechos de los pueblos indígenas, en tanto generan un derecho real a favor del concesionario sobre la superficie de las tierras de las comunidades indígenas, puesto que el peticionario sólo puede ejercer su derecho sobre los minerales ubicados en el subsuelo y acceder a ellos a través del terreno superficial, que es territorio comunal. Por ello, la concesión minera otorga materialmente un derecho efectivo, mas no *expectatio* sobre el territorio comunal. (Exp. N.º 03326-2017-PA/TC, f. j. 3)

130

Así, el Tribunal aclara que, aunque la concesión minera no implica automáticamente la autorización para ejecutar actividades de exploración o explotación, debe estar sujeta a consulta previa si impacta directamente a un pueblo indígena u originario.

Sobre esta potestad del Estado cabe hacer una precisión, pues el Tribunal Constitucional, vía jurisprudencial, ha destacado que «la concesión [no] es un acto administrativo que constituya en sí mismo un acto de afectación directa que *ope legis* deba ser consultada previamente» (Exp. N.º 03326-2017-PA/TC, f. j. 70).

Siguiendo esta línea jurisprudencial, el colegiado del supremo intérprete ha reiterado su posición en un nuevo y reciente pronunciamiento, donde ha puesto de manifiesto lo siguiente:

En el ámbito del sector minero, el solo otorgamiento de la concesión no activa el deber estatal de someter la referida medida a la consulta previa. En todo caso, se ha precisado que ello solamente ocurriría en el caso particular de

que dicho acto suponga una afectación directa a los pueblos involucrados. (Exp. N.º 02608-2023-PA/TC, f. j. 36)

A la luz de lo analizado, podemos establecer que la consulta previa es un mecanismo que no rige de manera automática en todos los casos en los que se realice el otorgamiento de una concesión minera, sino únicamente cuando dicha decisión tomada por el Estado, a través del otorgamiento de una concesión (como una medida administrativa), implique necesariamente la afectación inminente y razonable del estilo de vida, las costumbres, el espacio territorial o de una degradación medioambiental que afecte de manera directa a las comunidades indígenas u originarias.

VII. REGULACIÓN EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

El derecho a la consulta previa tiene, evidentemente, un carácter colectivo, pero también se encuentra intrínsecamente vinculado a los derechos individuales anteriormente reconocidos, los cuales encuentran especial protección en el derecho internacional, puesto que son elementos culturales de especial relevancia. En consecuencia, la consulta previa como derecho ha sido reconocido y ampliamente desarrollado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (Figueroa & Ortiz, 2019, p. 61).

131

a. Instrumentos Interamericanos

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) ha sido un espacio importante para el fortalecimiento del marco normativo en la región, pues se han implementado tratados y convenios internacionales que garantizan la protección de los derechos humanos, con especial énfasis en los derechos de los pueblos indígenas. En tal sentido, se han podido establecer parámetros claros y altos estándares para el cumplimiento obligatorio para los Estados parte, destacando los siguientes instrumentos²:

- **Convención Americana sobre Derechos Humanos:** Establece derechos y libertades fundamentales aplicables también a los pueblos indígenas.
- **Convenio N.º 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT):** Instrumento más importante que estableció el marco para la consulta previa.

² Instrumentos que forman parte del SIDH y del bloque de convencionalidad. Para más información, se sugiere revisar el artículo de Cubides Cárdenas y Vivas Lloreda (2019).

- **Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007):** Reafirma el derecho de los pueblos indígenas a participar en la toma de decisiones que les conciernen.
- **Jurisprudencia de la Corte IDH:** A través de casos emblemáticos como *Saramaka vs. Surinam* (2007) y *Pueblo Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* (2012), establecen estándares sobre la consulta previa.

La aplicación de estos instrumentos internacionales es esencial para la efectiva protección de los derechos de los pueblos indígenas, promoviendo un avance sistemático en aquellos Estados que los han suscrito y reconocido expresamente, lo cual impacta en sus ordenamientos jurídicos.

A su vez, la jurisprudencia de organismos creados para la protección de estos instrumentos, como la Corte IDH, ha reforzado el carácter obligatorio de las normas, siendo sus sentencias evidencia clara de que, a nivel regional, existen estándares definidos que promueven la correcta protección de los pueblos indígenas. En conclusión, la suscripción y posterior ratificación de estos instrumentos internacionales han generado en el Estado peruano la obligación y responsabilidad internacional de adoptar medidas efectivas orientadas a prevenir y sancionar conductas atípicas, de modo que podamos garantizar la protección y promoción de los derechos de los pueblos indígenas, incluyendo el derecho a la autodeterminación, al territorio y el derecho a la consulta previa, que son pilares esenciales para su desarrollo en armonía con el Estado.

b. Principios en el Sistema Interamericano

Dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), el derecho a la consulta previa ha experimentado una evolución importante, pues la ha dotado de principios que aseguran su aplicación efectiva. Dichos principios en gran medida fueron postulados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), los cuales encuentran sus argumentos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y otros tratados internacionales de relevancia como la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Así, podemos destacar las siguientes:

- **Consulta informada y culturalmente adecuada:** Este procedimiento exige que la información se proporcione a los pueblos indígenas en su idioma y conforme a sus costumbres.

- **Consentimiento libre, previo e informado (CLPI):** En situaciones que puedan afectar de manera significativa, se exige el **consentimiento** de los pueblos indígenas (*Saramaka vs. Surinam*).
- **Supervisión judicial:** Es responsabilidad de los Estados garantizar que la consulta cumpla con los estándares por la Corte IDH.

Estos principios constituyen un elemento esencial para la interpretación y materialización de los derechos de los pueblos indígenas en los fueros jurisdiccionales.

Con estos lineamientos, los Estados pueden orientar sus políticas legislativas y normativas, promoviendo un espacio de análisis e interpretación más dinámico que asegure su adaptación a las realidades sociales, jurídicas y legislativas de cada Estado, con la premisa fundamental de garantizar la correcta aplicación de los derechos de los pueblos indígenas.

c. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte IDH ha desempeñado un papel crucial en el reconocimiento y fortalecimiento del derecho a la consulta previa en la región. A través de sus fallos, ha establecido un conjunto de estándares que los Estados miembros deben cumplir para proteger los derechos de los pueblos indígenas en las Américas. En el significativo caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam en 2007, la Corte IDH determinó lo siguiente:

[...] cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio de Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, según sus costumbres y tradiciones. (Corte IDH, 2007, f. j. 134)

Asimismo, la Corte IDH, en su jurisprudencia, ha establecido que los Estados tienen la obligación de consultar a los pueblos indígenas antes de conceder permisos para el aprovechamiento de recursos en sus territorios y, en ciertos casos, de obtener su consentimiento. En el caso del Pueblo indígena de Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador de 2012, la Corte IDH delineó las características del derecho a la consulta previa, que debe considerar:

[...] los elementos esenciales del derecho a la consulta, tomando en cuenta la normativa y jurisprudencia interamericana, la práctica de los Estados y la evolución del Derecho Internacional. El análisis se hará en el siguiente

orden: a) el carácter previo de la consulta; b) la buena fe y la finalidad de llegar a un acuerdo; c) la consulta adecuada y accesible; d) el estudio de impacto ambiental, y e) la consulta informada. (Corte IDH, 2007, párr. 178)

La Corte IDH también ha declarado que Argentina infringió los derechos de propiedad de comunidades indígenas, «[a] no proceder con una correcta delimitación, demarcación y titulación de territorios colectivos, y por no realizar una consulta previa, libre e informada» (Corte IDH, 2020, párr. 173-174).

Del igual forma, en un caso más reciente relacionado con la consulta previa, el Pueblo Indígena U'wa vs. Colombia de 2024, la Corte IDH condenó al Estado colombiano por «[n]o realizar consultas previas en numerosos proyectos que afectaban sus territorios, ordenando la restitución de tierras y la cancelación de títulos mineros y petroleros en áreas ancestrales» (Corte IDH, 2024, párr. 352-362).

En conclusión, se evidencia que la jurisprudencia de la Corte IDH ha sido fundamental para el desarrollo del derecho a la consulta previa, estableciendo un marco jurisprudencial que garantiza su adecuada aplicación dentro del SIDH y generando obligaciones específicas para que los Estados adapten su normativa interna a los parámetros y estándares interamericanos.

134

VIII. CONCLUSIONES

A la luz de lo analizado en el presente artículo, podemos señalar que el derecho a la consulta previa es un derecho esencial destinado a garantizar la participación de los pueblos indígenas en la toma de decisiones que pueden afectar de manera directa sus derechos colectivos, como la identidad cultural y el territorio. En este contexto, en el plano nacional, este derecho encuentra especial protección en la Constitución Política de 1993, el Convenio N.º 169 de la OIT y la Ley N.º 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa, que aseguran un proceso de diálogo intercultural efectivo.

Es preciso destacar que, aunque el resultado de este proceso no sea vinculante, el Estado debe motivar y justificar cualquier decisión que se distancie de los acuerdos previamente alcanzados. Cabe añadir que su correcta aplicación contribuye a la prevención de conflictos, con mayor énfasis en el fortalecimiento del Estado constitucional de derecho. En tanto, el respeto a este derecho es fundamental no solo para la adecuada preservación de los pueblos indígenas u originarios, sino también para prevenir la imposición de sanciones internacionales, consolidando

y reafirmando así el compromiso del Estado peruano con la diversidad cultural y la participación democrática.

Por lo cual, en el marco de nuestro Estado constitucional de derecho, es fundamental armonizar los criterios normativos y jurisprudenciales relacionados con el derecho a la consulta previa, teniendo un papel relevante en este proceso el Tribunal Constitucional, institución que desempeña un papel preponderante como legislador negativo. Es esencial, además, que su intervención no genere conflictos, como se evidenció en recientes sentencias, sino que actúe como promotor y refleje una verdadera coherencia entre las disposiciones internacionales y el derecho interno, de tal forma que garanticen una tutela efectiva de derechos de los pueblos indígenas ante posibles iniciativas que puedan impactarlos negativamente.

BIBLIOGRAFÍA

- Alva Arévalo, A. (2010). *El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en el Perú*. Congreso Internacional «XIV Encuentro de Latinoamericanistas Españoles». Universidad de Santiago de Compostela; Centro Interdisciplinario de Estudios Americanistas Gumersindo Busto; Consejo Español de Estudios Iberoamericanos. https://shs.hal.science/halshs-00532576v1/file/AT18_Alva.pdf
- Alva Arévalo, A. (2014). *El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en derecho internacional*. Cuadernos Deusto de Derechos Humanos N.º 76. Universidad de Deusto.
- Amparo Rodríguez, G. (2005). La consulta previa a pueblos indígenas. Comunidades étnicas en Colombia. En C. Parra Dussán y G. Amparo Rodríguez (Eds.), *Comunidades étnicas en Colombia: cultura y jurisprudencia*. Centro Editorial Universidad del Rosario.
- Amparo Rodríguez, G. (2017). *De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia*. Centro Editorial Universidad del Rosario.
- Asamblea de las Naciones Unidas. (2007). *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*.
- Cubides Cárdenas, J. y Vivas Lloreda, W. Y. (2019). El bloque de convencionalidad como parámetro de interpretación y aplicación normativa. *Perfiles de las Ciencias Sociales*, 6(12). <https://revistaperfiles.ujat.mx/perfiles/article/view/3175>
- Congreso de la República del Perú. (2011). Ley N.º 29785. https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/ExpVirPal/Normas_Legales/29785-LEY.pdf

Corte IDH. (2007). Sentencia Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. *Caso Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf

Corte IDH. (2007). Sentencia Fondo y Reparaciones. *Caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf

Corte IDH. (2008). *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_185_esp.pdf

Corte IDH. (2020). Sentencia Fondo, Reparaciones y Costas. *Caso Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf

Corte IDH. (2024). Sentencia Fondo, Reparaciones y Costas. *Caso Pueblo indígena U'wa y sus miembros Vs. Colombia*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_530_esp.pdf

Figuera Vargas, S. C. y Ortiz Torres, M. H. (2019). El derecho a la Consulta previa a los pueblos indígenas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Casos de estudio: Ecuador y Colombia. *Civilizar Ciencias Sociales y Humanas*, 19(36), 59-76. <http://www.scielo.org.co/pdf/ccso/v19n36/1657-8953-ccso-19-36-59.pdf>

Hillón Vega, Y. T. (2014). La consulta previa en la solución de conflictos socio-ambientales. *Revista de Derecho*, (41), 83-111. <http://www.scielo.org.co/pdf/dere/n41/n41a04.pdf>

La Rosa Calle, J. (2012). El derecho a la consulta previa y su implementación en el Perú según las reglas legislativas y el Tribunal Constitucional. *Derecho & Sociedad*, (39), 196-203. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13076>

Ministerio de Cultura del Perú. (s. f.). *Consulta previa*. <https://consultaprevia.cultura.gob.pe/que-es>

Morris, M., Garavito, C. R., Salinas, N. O. y Buriticá, P. (2009). *La consulta previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional*. Universidad de los Andes. https://www.ocmal.org/wp-content/uploads/2017/03/Morris_Consulta_Previa_Uniandes.pdf

Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura. (1993). Resolución Legislativa N.º 26253. <https://faolex.fao.org/docs/pdf/>

per198516.pdf

Organización Internacional del Trabajo. (2021). *Perspectiva empresarial sobre la consulta previa del C169 en América Latina*. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/4097371/wcms_821384.pdf

Roel Alva, L. A., Ruiz Molleda, J. C. y La Rosa Calle, Javier. (2011). *En defensa de los derechos de los pueblos indígenas. Manual para líderes comunales. Preguntas y respuestas*. Justicia Viva-IDL. <https://webapps.ilo.org/public/libdoc/igo/2011/470924.pdf>

Sanborn, C., Hurtado, V. y Ramírez, T. (2016). *La consulta previa en el Perú: avances y retos*. Universidad del Pacífico. <https://repositorio.up.edu.pe/backend/api/core/bitstreams/74d98766-e57d-4248-aa58-83a851978e4f/content>

Tribunal Constitucional del Perú. (2010). Sentencia. Exp. N.º 0022-2009-PI/TC. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00022-2009-AI.html>

Tribunal Constitucional del Perú. (2023). Sentencia. Exp. N.º 03326-2017-PA/TC. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2023/03326-2017-AA.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú. (2023). *TC resalta que la consulta previa es un derecho fundamental de los pueblos indígenas y exhorta a su regulación en concesiones mineras*. https://www.gob.pe/institucion/tc/noticias/789519-tc-resalta-que-consulta-previa-es-un-derecho-fundamental-de-los-pueblos-indigenas-y-exhorta-a-su-regulacion-en-concesiones-mineras?utm_source=chatgpt.com

Tribunal Constitucional del Perú. (2024). Sentencia. Exp. N.º 02783-2021-AA/TC. https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2024/02783-2021-AA.pdf?utm_source=chatgpt.com

Tribunal Constitucional del Perú. (2025). Sentencia. Exp. N.º 02608-2023-PA/TC. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2025/02608-2023-AA.pdf>

Recibido: 08-06-2025

Aprobado: 23-08-2025

**SECCIÓN ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES**

El régimen jurídico del precedente constitucional en el Perú*

The legal framework of constitutional precedent in Peru

✍ CÉSAR OCHOA CARDICH**

✍ LUIS R. SÁENZ DÁVALOS***

141

* Ponencia presentada en la XV Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional, organizada por la Corte Constitucional de Ecuador en la ciudad de Quito, del 28 al 30 de mayo de 2024.

Nota de actualización. Los autores hemos optado por mantener el texto del presente documento exactamente como fue presentado y sustentado en su día, aun cuando consideramos pertinente advertir que, desde el momento de su elaboración, algunas cosas han cambiado. En concreto y con fecha 5 de noviembre de 2024, fue publicada la Ley 32153, que, en lo que concierne al tema que aquí nos ocupa, ha modificado, a través de su artículo 1, el texto del artículo VI del «Título preliminar» del Nuevo Código Procesal Constitucional de 2021. En este se precisa que la eventual generación de precedentes constitucionales por parte del Poder Judicial necesariamente debe operar en armonía con la interpretación derivada de las resoluciones del Tribunal Constitucional, lo cual permite superar en parte la crítica que habíamos expuesto en el apartado 3, numeral «a».

** Magistrado del Tribunal Constitucional. Director general del Centro de Estudios Constitucionales. Director de la Revista Peruana de Derecho Constitucional. Correo electrónico: ochoac@tc.gob.pe

*** Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Egresado de la Maestría en Derecho con mención en derecho constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional. Código ORCID: 0009-0008-9797-806X. Correo electrónico: lsaenz@tc.gob.pe

«La verdad es que el derecho es incierto... nadie puede decir qué es el derecho antes de que los tribunales lo decidan».

LORD DENNING

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. MATERIALES Y MÉTODO. 2.1. MÉTODO GENERAL. 2.2. MÉTODO PARTICULAR. 2.3. POBLACIÓN Y MUESTRA. 2.4. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN. 2.5. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOPIACIÓN DE DATOS. 2.6. PROCESAMIENTOS DE DATOS. III. RESULTADOS. IV. DISCUSIÓN. V. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN. EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL EN EL SISTEMA JURÍDICO PERUANO

La institución del precedente ha sido importada en el Perú desde hace varios años, siendo su referente inmediato el modelo de esta herramienta jurídica del derecho anglosajón. Como lo define Santofimio (2011):

142

El precedente —*precedent*— entendido como la decisión anterior de una autoridad que fija posición interpretativa en relación a ciertas circunstancias fácticas y jurídicas para ser aplicadas en el futuro, esto es, como antecedente vinculante generador de regla, principio o concepto aplicable a casos sustancialmente similares, constituye una de las instituciones básicas y fundamentales del sistema jurídico de influencia anglosajona —*common law*— o sistema del Derecho de los jueces o jurisprudencial, basado en la experiencia doctrinal derivada de la solución de casos —*case law*— dentro del cual se consolida como una evidente e indiscutible fuente de Derecho (p. 90).

Así, el sistema jurídico del *common law* asignó fuerza vinculante *erga omnes* a las sentencias de la Suprema Corte de los Estados Unidos mediante la regla del precedente obligatorio (*stare decisis*, ‘estar a lo decidido’), en tanto que, en los países de América Latina, la tradición jurídico-cultural continental romanista se resistió a reconocer como fuente de derecho autónoma al precedente judicial (Garro, 1988)¹.

¹ Sobre el precedente en Estados Unidos, véase Magaloni, A. (2001). *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*. Mc Graw Hill.

El *common law* anglosajón se basa en la autoridad vinculante del precedente que le confiere certeza judicial al sistema y en cuyos valores ético-jurídicos se propone crear un ordenamiento jurídico auténtico (Santofimio, 2011). Sin embargo, Taruffo enfatiza que el precedente en Estados Unidos es, más bien, persuasivo que vinculante².

En el sistema jurídico peruano, la jurisprudencia constituía una fuente auxiliar de derecho, sin fuerza vinculante. Tal visión sin embargo ha cambiado con el tiempo. Así, la concretización del precedente, a nivel del derecho peruano, se ha producido por acción del legislador; para ser aplicado en tres ámbitos, en tres ámbitos jurídicos no exactamente iguales: el del procedimiento administrativo, el de la jurisdicción ordinaria y el de la jurisdicción constitucional. Esto dio lugar a la existencia de un precedente administrativo, un precedente judicial y un precedente constitucional, cada uno de ellos dotado de sus propias peculiaridades.

(i) En el régimen jurídico del procedimiento administrativo, el precedente se encuentra regulado principalmente por mandato de lo dispuesto en el artículo VI del «Título preliminar» de la Ley 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General. De este modo, en el numeral 1 del precitado artículo preliminar, se establece lo siguiente:

Los actos administrativos que al resolver casos particulares interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación, constituirán precedentes administrativos de observancia obligatoria por la entidad, mientras dicha interpretación no sea modificada. Dichos actos serán publicados conforme a las reglas establecidas en la presente norma.

(ii) En materia de la jurisdicción específicamente ordinaria, tenemos un precedente, cuyo tratamiento jurídico se encuentra en el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial:

Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial «El Peruano» de las Ejecutorias que fijan los principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales.

² «En Estados Unidos ningún juez se considera verdaderamente vinculado al precedente. El juez americano aplica el precedente si y solo si considera que aplicando el precedente llega a una conclusión que él piensa que es justa. Si la aplicación del precedente, en el caso, lo lleva a una conclusión que considera injusta, simplemente dice: «no aplico el precedente porque aplicando el precedente mi decisión sería injusta» y explica por qué ¿Vinculante? ¿Vinculación? No claramente no» (Taruffo, 2012, p. 45).

Estos principios deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea [su] especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. En caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan.

Asimismo, extensivamente, en algunos códigos procesales de carácter ordinario, como lo evidencia el artículo 301-A del Código Procesal Penal y el artículo 400 del Código Procesal Civil.

(iii) En el caso de la jurisdicción propiamente constitucional, el precedente aparece reconocido por vez primera en el artículo VII del «Título preliminar» del Código Procesal Constitucional de 2004. Sin embargo, tras la derogación de dicho cuerpo normativo, su regulación actual se encuentra establecida en el artículo VI del «Título preliminar» del denominado Nuevo Código Procesal Constitucional de 2021.

De las tres manifestaciones del precedente referidas líneas arriba, la concierne con el precedente constitucional ha adquirido más desarrollo sin duda. Esto en gran medida por el rol del Tribunal Constitucional como órgano de cierre del control de la constitucionalidad, conforme al artículo 201 de la norma suprema.

144

En la doctrina nacional, Morales (2017), desde una tesis crítica del precedente constitucional en el sistema peruano, afirma que este se aleja del precedente del modelo estadounidense, desarrollando un modelo que denomina de «precedente autoritario». Asimismo, propone cambiar a una práctica que se aproxime al modelo estadounidense, más flexible, o al modelo colombiano, reconstruido a partir de la Sentencia T-292, del 6 de abril de 2006, de la Corte Constitucional de Colombia (Morales, 2017).

Por su parte, Castillo (2015) afirma que el Tribunal Constitucional crea *normas constitucionales adscriptas* —entre otras, bajo el formato de precedentes vinculantes—. Así, define a las normas constitucionales adscriptas:

[...] no significan un mero reconocimiento de una norma preexistente, sino que han de ser tenidas como una verdadera creación jurídica. El intérprete constitucional vinculante no crea la norma constitucional directamente estatuida, sino que parte de ella para afirmar una concreción normativa, la misma que antes de su formulación vinculante no había nacido al mundo jurídico. Obviamente, no se trata de una actividad creadora *ex novo*, sino que está condicionada por el respeto a las exigencias de la justicia constitucionalizada que representa la norma directamente estatuida, y que se ha de reflejar en la concreción que significa la norma constitucional adscripta (Castillo, 2015, p. 23).

II. RELEVANCIA DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL EN EL SISTEMA JURÍDICO PERUANO

Si tuviésemos que definir al precedente a partir de sus grandes rasgos, este se traduciría como una regla o conjunto de reglas jurisprudencialmente creadas por un órgano jurisdiccional especial o alta corte. Estas reglas no solo asumirían un determinado grado de obligatoriedad —fuerza vinculante—, sino que su reconocimiento se ligaría a un caso concreto que normalmente les otorgaría soporte. Esto no solo en atención a sus particularidades, también, sobre todo, en respuesta a su especial relevancia.

Desde una perspectiva como la descrita, queda claro que el precedente sería, en principio, resulta de una función típicamente creadora de la judicatura, asociada a la voluntad de un órgano jurisdiccional supremo o alta corte. Dicho órgano se posicionaría de una manera relevante o si se quiere preferente, dando lugar a que el precedente adquiriera fuerza vinculante no solo por la persuasión que genera por el contenido que establece, sino por la fuente de legitimidad de la cual se deriva.

El precedente como tal se caracterizaría por su obligatoriedad o fuerza vinculante. En el sistema jurídico peruano, el fundamento de la fuerza vinculante del precedente está en el principio de supremacía de la Constitución, previsto en el artículo 51 de la norma suprema. Asimismo, su fundamento descansa en la previsibilidad del derecho y la necesidad de uniformidad de la jurisprudencia (nomofilaquia), y, esencialmente, en el principio de igualdad en la aplicación de la ley.

Aunque esta fuerza vinculante podría ser variable de acuerdo con el diseño interorgánico de cada Estado o como criterio estructural de su sistema de impartición de justicia, su primacía se excluiría de toda discusión, siempre que se entienda que, como toda decisión jurisdiccional, su emisión reposará en una persuasiva sustentación o necesaria motivación.

Desde el sistema anglosajón del *common law*, se trata de una fuente del derecho originada en las decisiones judiciales, específicamente en las razones que directamente le sirvieron de sustento —*ratio decidendi* (razón de la decisión) —; esto es, en la solución jurídica a una situación fáctica específica o caso concreto. Esta asume fuerza vinculante frente a casos similares que pudieran ocurrir con posterioridad —*stare decisis et quia non movere*—, configurando en el ordenamiento jurídico una regla clara o norma de contenido jurídico. Además, demarca un principio o define un concepto adecuado y propio en materia jurídica (Santofimio, 2011). La *ratio decidendi* explicita aquello que el derecho prohíbe, permite, ordena o habilita para cierto tipo de casos (Bernal, 2008).

Un elemento esencial del precedente sería, de conformidad con lo antes señalado, el concerniente con el nexo o relación directa que fundamenta la decisión en el caso concreto que le sirve de soporte en su origen. Dicho vínculo sería en la práctica de la mayor importancia, pues permitiría distinguir cuándo es obligatorio aplicarlo y cuando no. Asimismo, las afirmaciones sin relación directa con el caso concreto (*obiter dicta*) carecerían de efectos vinculantes, siendo en esencia meramente ilustrativas o, en el mejor de los casos, persuasivas. En otras palabras, el precedente solo resultaría pertinente para aquellos supuestos muy similares o idénticos al caso donde el mismo se creó, que se deben resolver de manera análoga y, en cambio, innecesario o impertinente para escenarios distintos al suyo.

Por último, y si nos atenemos a lo que acontece en la jurisprudencia comparada, un aspecto gravitante del precedente sería el hecho de que su recurrencia responda o se encuentre vinculada a controversias realmente trascendentales y donde se haga indispensable crearlo como tal. Ello, evidentemente, descartará o desaconsejará generarlo como manifestación de un activismo judicial innecesario o notoriamente injustificado.

III. TRATAMIENTO DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL EN EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL DE 2021

Como líneas arriba se ha indicado, el reconocimiento expreso del precedente en materia constitucional, en cuanto categoría jurídica autónoma, ocurrió por vez primera en el Código Procesal Constitucional de 2004, aprobado por la Ley 28237³. Este mismo tratamiento se ha visto replicado y en algunos aspectos ampliado en el nuevo Código Procesal Constitucional de 2021, aprobado por la Ley 31307.

Al respecto, en el artículo VI del «Título preliminar» de dicho texto normativo, se establece lo siguiente:

Artículo VI.- Precedente Vinculante

Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo, formulando la regla jurídica en la que consiste el precedente. Cuando el Tribunal Constitucional

³ Algunos distinguidos teóricos encuentran algunos elementos del precedente en el artículo 9 de la antigua Ley 23506, Ley de Habeas Corpus y Amparo. Cfr. García, D. (2021). Los orígenes del precedente constitucional en el Perú. *Revista Peruana de Derecho Constitucional (Constitución y Naturaleza)*, (13).

resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

Para crear, modificar, apartarse o dejar sin efecto un precedente vinculante se requiere la reunión del Pleno del Tribunal Constitucional y el voto conforme de cinco magistrados.

En los procesos de acción popular, la sala competente de la Corte Suprema de la República también puede crear, modificar o derogar precedentes vinculantes con el voto conforme de cuatro jueces supremos. La sentencia que lo establece formula la regla jurídica en la que consiste el precedente, expresa el extremo de su efecto normativo y, en el caso de su apartamiento, los fundamentos de hecho y de derecho en que se sustenta.

De una lectura detallada de la precitada norma jurídica, se pueden extraer diversas consideraciones que comentaremos a continuación.

a. Los precedentes constitucionales los genera tanto la jurisdicción constitucional como la jurisdicción ordinaria

En el marco del vigente Código Procesal Constitucional, los precedentes vinculantes en materia constitucional los puede generar tanto el Tribunal Constitucional como el Poder Judicial, a través de la Corte Suprema de Justicia.

Mientras que, tratándose del Tribunal Constitucional, los citados precedentes se pueden emitir como resultado de lo que se decida en cualquiera de los procesos constitucionales de los que conoce dicho colegiado especializado (*habeas corpus*, amparo, *habeas data*, acción de cumplimiento, proceso de inconstitucionalidad, proceso competencial) en el caso del Poder Judicial, solo la Corte Suprema, en cuanto máxima instancia, puede generar precedentes cuando se pronuncia específicamente en los procesos de acción popular.

Aunque la finalidad del Código pareciera ser, en apariencia, la de conferirles a ambos precedentes un tratamiento con similares alcances, tal perspectiva requiere algunas precisiones importantes. En efecto, con independencia de lo dispuesto en su artículo 81, cuyo texto establece que las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad, al igual que las del Poder Judicial en materia de acción popular, vinculan a todos los poderes públicos, se debe advertir que ello no supone que uno y otro precedente resulten exactamente iguales, tanto más si se toma en cuenta que el primero de los mencionados hace

las veces de órgano de control de la Constitución. Esto conforme lo prevé el artículo 201 de la norma fundamental o de supremo intérprete de la Constitución según los términos previstos en el artículo 1 de su Ley Orgánica 28301.

Naturalmente, lo dicho no significa que los precedentes que, eventualmente, emita el Poder Judicial no sean vinculantes para todos, como en cambio, sí ocurre, sin ninguna duda, con los precedentes del Tribunal Constitucional, pero sí supone una cierta diferenciación entre unos y otros, establecida a partir de la posición de ambos órganos constitucionales en sus competencias de defensa de la Constitución. Lamentablemente, el Código Procesal Constitucional no se pronuncia detalladamente sobre dicha temática, con lo cual la regulación ofrecida en el artículo VI del Título Preliminar, independientemente de las buenas intenciones del legislador, bien podría suscitar eventuales zonas de colisión institucional entre lo que pueda decidir uno y otro órgano a la luz de los precedentes que produzcan.

Precisamente, y ante la inexistencia de una regulación mucho más precisa sobre la delimitación de competencias entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria, que determine los ámbitos de vinculación de la jurisprudencia de ambas, somos de la idea que una correcta lectura de la totalidad de normas comprometidas debería apuntar hacia las siguientes premisas:

148

- (i) El precedente judicial o de la Corte Suprema solo debería pronunciarse sobre materia constitucional no desarrollada directamente por un precedente constitucional vinculante emanado del Tribunal Constitucional.
- (ii) El precedente judicial tampoco debería pronunciarse sobre una materia constitucional que haya recibido desarrollo directo por parte de la llamada doctrina o jurisprudencia vinculante emanada del Tribunal Constitucional.
- (iii) El precedente judicial sería vinculante para los jueces y tribunales integrantes de la estructura orgánica del Poder Judicial y para el resto de poderes públicos, pero no, en cambio, para el propio Tribunal Constitucional.
- (iv) El precedente judicial podría ser cuestionado vía procesos constitucionales de tutela (habeas corpus o amparo) siempre que se alegue vulneración de derechos fundamentales, supuesto en el cual podría ser controlado en su constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional.

Como se aprecia, las limitaciones a las que se encontraría sujeto un eventual precedente judicial en materia constitucional se justificarían en atención a los caracteres del precedente constitucional vinculante que pueda emitir el Tribunal Constitucional, dada su posición de órgano de cierre de la interpretación de la Constitución dentro del sistema jurídico peruano.

b. Los precedentes en materia constitucional siempre deben tener un carácter objetivo o expreso

Máxima por la que apuesta el Código Procesal Constitucional del Perú apuesta por esta máxima y apunta a reafirmar el carácter objetivo del precedente. En la práctica, esto se traduce en el hecho de exigir que, en cada oportunidad, que se genere lo sea de modo expreso o inequívoco.

A diferencia de aquellos sistemas jurídicos donde se busca desentrañar la existencia de un precedente a partir de los razonamientos utilizados por el órgano que lo creó, en el ordenamiento procesal constitucional del Perú, se postula un precedente que solo se da por existente en la medida en que el Tribunal Constitucional, o en su caso el Poder Judicial, lo da por creado explícitamente. Lo que como resulta evidente, y más allá de algunos antecedentes jurisprudenciales que se hayan podido suscitar en el pasado⁴, descarta la existencia de precedentes de naturaleza implícita. O el precedente existe porque el órgano que lo crea lo declara expresa y categóricamente como tal o simplemente se entiende por no existente.

Por lo demás, y como una forma de dejar en claro que nos encontramos ante la creación de un indiscutible precedente o ante la presencia de varios precedentes, el Código postula su incorporación bajo la forma de *reglas objetivas*, derivadas de la *ratio decidendi* de la sentencia. Esto, en buena cuenta, procura superar una cierta tendencia a considerar como precedentes a criterios meramente doctrinarios o desarrollos de carácter puramente dogmático⁵.

Como se ha dicho anteriormente, y ahora se reitera, el precedente nace con el propósito de otorgar una respuesta satisfactoria frente a un dilema o incertidumbre del ordenamiento jurídico o una controversia provocada por el propio desarrollo jurisprudencial y hacerlo, a través de una fórmula normativa que de por zanjado cualquier tipo de debate o eventual discusión. Dicha finalidad solo queda garantizada cuando nos encontramos ante precedentes indubitables y ante reglas que expresamente los desarrollan.

c. Los precedentes en materia constitucional siempre deben precisar sus efectos jurídicos

De la mayor importancia, es esta característica de la que nos habla el Código y que obliga a definir el momento desde el cual el precedente se puede aplicar.

⁴ Cfr. lo sucedido con la sentencia recaída en el Expediente 3179-2004-PA/TC (caso Apolonia Ccollcca Ponce), elevada a la categoría de precedente vía lo desarrollado en la sentencia recaída en el Expediente 4853-2004-PA/TC (caso Dirección Regional de Pesquería de la Libertad).

⁵ Como aconteció en su día con el pintoresco precedente recaído en la sentencia del Expediente 2877-2005-PHC/TC (caso Luis Sánchez Lagomarcino Ramírez).

Si hemos dicho anteriormente que los precedentes se manifiestan bajo la forma de reglas jurídicas elaboradas *ex profeso* para otorgar una respuesta a determinados dilemas jurídicos, resulta esencial determinar desde cuándo las mismas se constituyen como obligatorias.

Aunque una rápida constatación de la fórmula auspiciada por nuestra normativa procesal constitucional permitiría asumir que el órgano que genera precedentes puede establecerlos en cualquier dirección temporal, consideramos que tal posibilidad se encuentra sujeta a determinados estándares derivados de la propia Constitución. No entenderlo de esta forma podría plantear un sinnúmero de problemas e, incluso, eventuales situaciones de inconstitucionalidad por paradójico que resulte.

En efecto, aunque lo normal es que se puedan establecer precedentes aplicables en adelante (prospectivos), nada impide que también se puedan crear precedentes con aplicación hacia atrás (retrospectivos) o, incluso, con incidencia futura (anticipatoria). El problema radica en entender que la capacidad para generar precedentes no opera de la misma forma en todos los casos. Especialmente, cuando de procesos en curso o de procesos ya iniciados se trata, ya que existe un factor a tomar en cuenta y este último se relaciona con el contenido favorable o desfavorable del precedente.

Efectivamente, no es lo mismo un precedente que fortalece un derecho o que instituye una fórmula mucho más beneficiosa para sus destinatarios que uno que restringe un derecho o establece condicionamientos para quienes gozaban de una situación mucho más óptima. Aplicar un precedente de inmediato o a un proceso en trámite cuando dicho precedente resulta mucho más garantista, evidentemente, no genera mayor incidencia precisamente por su efecto optimizador. No ocurre igual, sin embargo, cuando se aplica un precedente a un proceso iniciado con anterioridad a su existencia y dicho precedente resulta mucho más restrictivo o lo que es lo mismo notoriamente perjudicial.

Como bien se conoce, es un componente o regla esencial del debido proceso el que «Ninguna persona puede ser... sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos», conforme lo señala el artículo 139, inciso 3, de la Constitución peruana de 1993. Siendo tal la premisa a considerar, es evidente que cualquier precedente que, además de desfavorable, se aplique hacia atrás puede plantear un indudable vicio de inconstitucionalidad.

Lamentablemente, ni el Código aborda este punto ni nuestro desarrollo jurisprudencial ha sido, por lo menos hasta la fecha, todo lo satisfactorio del caso. Por ello, sigue siendo un reto delimitar de mejor manera los efectos del precedente en el tiempo.

d. El apartamiento del precedente constitucional y el tipo de motivación a utilizarse

Como antes se ha advertido, la lógica de un precedente constitucional, como el reconocido en el ordenamiento peruano, apunta hacia su pleno fortalecimiento, tanto más si se considera que el mismo vincula a todos los poderes públicos, más allá de los matices que puedan existir entre aquel generado por el Tribunal Constitucional o, en su caso, el establecido por el Poder Judicial.

Sin embargo, del hecho de que se auspicie un precedente en principio reforzado, no se sigue tampoco que el mismo, no pueda ser eventualmente modificado o, inconcluso, derogado. En rigor y de acuerdo con la previsión contenida en el Código Procesal Constitucional que se comenta, resulta perfectamente posible la opción de un eventual cambio o derogación del precedente, siempre que cualquiera de dichas opciones quede a cargo del órgano que precisamente lo instituyó, por lo menos, como regla general. Es decir, el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial podrán, respectivamente, revisar sus propios precedentes.

La misma normativa, por otra parte, establece que el ejercicio de una facultad como la descrita tampoco es que proceda de una forma abierta o plenamente discrecional, ya que en cualquier caso ha de estarse a una decisión sustentada en una debida motivación, lo que, desde nuestra óptica, debe ser entendido no simplemente como el cumplimiento de un requisito meramente formal, sino como el imperativo de que la motivación a la que la norma se refiere responda a un carácter decididamente cualificado.

Consideramos que la referida exigencia se debe entenderse de dicha forma, no por una simple especulación, sino por una razón de fondo imposible de ignorar y que responde a la trascendencia de lo que se pretende innovar.

En efecto, si las razones que condujeron al establecimiento de un precedente fueron de suyo poderosas, igual de poderosas deben ser las razones que conduzcan a un eventual apartamiento. No entenderlo de dicha manera banalizaría la importancia del precedente y de los motivos que le dieron nacimiento.

Un tema sobre el que nuestro Código no se pronuncia, pero que bien podría ser planteado, se relaciona con el apartamiento interrogánico del precedente constitucional, es decir, el que pueda realizar el Tribunal Constitucional de un precedente del Poder Judicial, o el apartamiento que pueda concretizar el Poder Judicial respecto de uno generado por el Tribunal Constitucional.

Sobre la primera posibilidad, ya nos hemos pronunciado en cierta forma, al hablar de la prevalencia del precedente constitucional del Tribunal Constitucional por sobre la del precedente del Poder Judicial. La segunda es, no obstante, más compleja, aunque, desde nuestro punto de vista, no imposible de presentarse. Se podría dar en situaciones excepcionalísimas, como las de un precedente abiertamente inconstitucional o incluso manifiestamente inconvenional por contravención al Pacto de San José de Costa Rica. En todo caso, se trata de un tema aún en debate.

e. La aprobación formal de los precedentes constitucionales del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema

El Código Procesal Constitucional ha regulado, en paralelo, el procedimiento formal que se ha de considerar tanto por el Tribunal Constitucional como por el Poder Judicial al momento de crear, modificar o derogar precedentes constitucionales.

En ambos supuestos, se aprecia la exigencia de un quórum calificado, solo que, mientras en el caso del Tribunal Constitucional se exige un mínimo de cinco votos conformes de un total de siete magistrados; en el caso de la Corte Suprema de Justicia, se establece un mínimo de cuatro votos conformes de un total de cinco jueces supremos. Esto supone, una vez más, una cierta diferencia en el tratamiento de ambos institutos: en el primer escenario, el quórum equivale a solo el 71,42 %; mientras que, en el segundo, al 80 %. Con ello, introducir un precedente o dejarlo de lado es relativamente más fácil para el Tribunal Constitucional que para el Poder Judicial.

152

IV. LOS SUPUESTOS PARA GENERAR UN PRECEDENTE CONSTITUCIONAL

Si bien una buena parte de los aspectos del precedente constitucional han sido expresamente regulados por el Código, tal como se ha visto, existen algunos otros donde, ante el silencio de la norma positiva, ha sido la jurisprudencia la encargada de establecer pautas o criterios. Ello ha sido especialmente visible cuando se ha tratado de verificar cuáles serían los escenarios en los que se originaría a los precedentes.

A la fecha y al margen de algunas idas y venidas en el ámbito de la jurisprudencia⁷, se puede decir que son seis los supuestos que permiten la generación de precedentes constitucionales. Estos últimos se presentarían en los siguientes casos:

⁶ En un inicio y mediante la STC Expediente 024-2003-AI/TC (caso Municipalidad Distrital de Lurín) se establecieron un total de cinco supuestos para generar un precedente. Posteriormente y mediante la sentencia emitida en el Expediente 3741-2004-AA/TC (caso Ramón Salazar

a. Contradicciones jurisprudenciales

Probablemente, el señalado sea uno de los más frecuentes escenarios que aconsejaría la generación de precedentes.

En efecto, la posibilidad de advertir que un mismo órgano jurisdiccional resuelve causas de manera totalmente distinta no obstante la identidad en las controversias planteadas o en los problemas jurídicos que suscitan constituye una situación que colisiona con la igualdad, la seguridad jurídica o la propia predictibilidad y uniformidad de los fallos. Asimismo, ante interpretaciones contradictorias de jueces de inferior jerarquía o de autoridades administrativas.

A fin de evitar dicho estado de cosas, bien se podrán establecer reglas objetivas a efectos de que las causas en esencia similares se sujeten en lo sucesivo a una misma respuesta jurisprudencial.

b. Interpretaciones erróneas de una norma

Un segundo supuesto que permitiría la generación de precedentes se presentaría cuando una norma constitucional, o una de inferior jerarquía cuyo desarrollo incida en algún contenido constitucional, venga siendo interpretada, por parte de las cortes de justicia, de manera errónea o equivocada.

153

Aunque, en ocasiones, las interpretaciones de una norma sean variadas, está claro que, si con las mismas se desnaturalizan los mensajes constitucionales, se debe proceder a su descarte o inaplicación, haciendo prevalecer, vía precedente, aquella interpretación plenamente compatible o consecuente con el sentido constitucional, conforme al rol del Tribunal Constitucional de guardián de la Constitución.

c. Vacíos legislativos

El propósito central del precedente consiste en otorgar respuesta en aquellos espacios donde el sistema jurídico no las brinda por defecto o por simple inexistencia o cuando las alternativas ofrecidas por la jurisprudencia no satisfagan el caso.

Yarlenque) se optó por mencionar solo cuatro supuestos (curiosamente se omitió mencionar dos de los supuestos ya reconocidos, mencionándose en cambio uno nuevo). Sin embargo y a través de la ejecutoria recaída en el Expediente 3908-2007-PA/TC (caso Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional), se validó nuevamente a los cinco supuestos mencionados en la sentencia primigenia a los efectos de generar un precedente constitucional vinculante. Se concluye que, si efectuamos una lectura conjunta de estas tres ejecutorias, como de otras mucho más recientes, ratificaremos que son seis (y no cinco ni cuatro), los supuestos que permiten establecer un precedente constitucional vinculante.

Ante tal estado de cosas, el precedente se nos aparece como una técnica destinada a suplir los vacíos cuando no exista desarrollo legal o reglamentario que permita dar solución a la controversia.

La idea no es naturalmente convertir a los órganos jurisdiccionales en legisladores ordinarios, pero sí evitar que las omisiones manifiestas o los defectos del sistema generen situaciones de inconstitucionalidad. En tales circunstancias, el precedente oficiará como una función integradora o un sustituto eficaz, coadyuvando a que el ordenamiento constitucional cumpla las finalidades para las cuales fue establecido.

d. Interpretaciones alternas de una norma

Como anteriormente se ha precisado, se pueden presentar casos donde una misma norma jurídica admita diversas opciones interpretativas. Cuando esto sucede, no siempre significa que todas o la mayoría de tales interpretaciones resulten contrarias a la Constitución, pues bien puede ocurrir que todas ellas se adecuen con el mensaje constitucional.

154

Sin embargo, el que una norma tenga varias interpretaciones y que todas ellas sean legítimas o razonables a la luz de la Constitución, tampoco, hace aconsejable un uso indistinto de las mismas; pues, de una forma o de otra, no se garantiza con ello la seguridad jurídica y la predictibilidad.

Ante tales circunstancias y en la lógica de zanjar cualquier eventual discrepancia, se puede recurrir al precedente, a fin de fortalecer aquella interpretación que resulte más coherente con el mensaje constitucional y el sistema jurídico.

e. Conductas inconstitucionales con efectos generales

Cuando se promueven procesos constitucionales de tutela de derechos, se suele cuestionar conductas inconstitucionales desde una perspectiva eminentemente subjetiva. Esto se traduce en priorizar el interés de la parte demandante en que su reclamo se resuelva de manera compatible con sus intereses.

Sin embargo, cuando un órgano que imparte justicia constitucional se percató que las conductas por las que se viene reclamando de modo individual, trascienden la esfera subjetiva de una sola persona y comprometen a un conglomerado o colectivo, nos encontramos ante el escenario de conductas inconstitucionales con efectos generales.

Aunque en circunstancias como las descritas, bien se podría optar por resolver los múltiples reclamos de una manera separada, se considera mucho más práctico y efectivo auspiciar una fórmula general, traducida en la generación de un precedente vinculante. Este último, previa declaración de un *estado de cosas inconstitucional*, tendría por objeto otorgar una misma respuesta a todos los casos independientemente del estadio procesal en que se encuentren.

f. Necesidad de cambio de línea jurisprudencial

Ya hemos mencionado que, así como los precedentes se pueden generar, los mismos también modificarse o incluso derogarse por el órgano jurisdiccional que los estableció. Asimismo, el Tribunal Constitucional puede corregir o cambiar una línea jurisprudencial por diversas razones (*overruling*).

Lancheros-Gámez (2012) señala las siguientes razones para el cambio de precedente:

- (i) Cambio(s) en el ordenamiento jurídico que sirvió de referente normativo para la decisión anterior, lo cual también incluye la consideración de normas adicionales a aquellas tenidas en cuenta inicialmente, pueden exigir una decisión fundada en otras consideraciones jurídicas.
- (ii) Cambios en la concepción del referente normativo, debidos o no a la mutación de la opinión de los jueces competentes, sino a la evolución en las corrientes de pensamiento sobre materias relevantes para analizar el problema jurídico planteado.
- (iii) Necesidad de unificar precedentes por coexistir dos líneas jurisprudenciales encontradas.
- (iv) Constatación de que el precedente se funda en una doctrina respecto de la cual hubo una gran controversia.
- (v) Equivocaciones jurisprudenciales del pasado que hacen necesaria la corrección de una línea jurisprudencial.
- (vi) Consecuencias inesperadas e inaceptables de interpretaciones pasadas que en su momento fueron útiles y adecuadas.
- (vii) Cambios históricos frente a los cuales resulta irrazonable adherir a la hermenéutica tradicional.
- (viii) Elementos de juicio no considerados en su oportunidad que permitan desarrollar de manera más consistente la institución jurídica.

Una manera sensata de propender a cualquier innovación y establecer claramente el estado en el que queda la jurisprudencia es apelando al nacimiento de un nuevo precedente, el mismo que delimite la forma de abordar, en adelante, las situaciones jurídicas con las que se reguló un precedente anterior. Esto, sin duda, garantizará certeza y por sobre todo claridad respecto de las pautas a seguir.

V. DIFERENCIAS ENTRE EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL Y LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Si bien el precedente constitucional representa una de las técnicas más efectivas a los efectos de fortalecer la jurisprudencia, no es la única.

De manera independiente al desarrollo del precedente e incluso con un reconocimiento y evolución considerablemente más antiguo⁷, se ha venido utilizando también, y con mucha mayor frecuencia, la llamada doctrina o jurisprudencia constitucional.

Naturalmente, lo dicho no significa que esta otra herramienta jurisprudencial sea más importante que el precedente constitucional. Simplemente, supone la constatación de una fórmula igual de relevante y susceptible de estudio.

156

Si bien, en esta ocasión, no nos proponemos abordar en extenso lo que representa la doctrina constitucional, consideramos pertinente efectuar algunas precisiones a modo de comparación. Esto con el propósito de establecer pautas distintivas entre una y otra fórmula.

En el contexto descrito y desde una perspectiva esencialmente indicativa, se puede decir, que, entre los principales criterios diferenciadores entre el precedente y la doctrina, puede hacerse alusión a los siguientes:

a. Su tratamiento regulatorio

Mientras el precedente, como ya se dijo, se encuentra regulado en el artículo VI del «Título preliminar» del nuevo Código Procesal Constitucional, la doctrina jurisprudencial vinculante recibe tratamiento directo tanto en la Disposición Final Primera de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Ley 28301, como en el

⁷ De la doctrina jurisprudencial vinculante se puede hablar en estricto desde la vigencia de la Primera Disposición General de la primigenia y derogada Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 26435. Algunos autores, incluso, refieren que algunos elementos de la misma se encuentran también en el artículo 9 de la Ley 23506.

tercer párrafo del artículo VII del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Constitucional.

De acuerdo con el primero de los citados dispositivos:

Los jueces y tribunales interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos respectivos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad.

En tanto que conforme al segundo:

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

b. Su forma de establecimiento

Mientras el precedente constitucional se instituye a partir de un caso fuente o de origen y no necesita, en el sistema jurídico peruano, de un caso posterior para aceptarse como obligatoria, la doctrina jurisprudencial se empieza a individualizar tras la reiteración de interpretaciones o desarrollos constitucionales dispensados en una pluralidad de casos.

A pesar de que la doctrina se suele detectar tras sus constantes reiteraciones, ello no impide, y así lo evidencia la jurisprudencia, que, por excepción, se den supuestos en los que se le instituya a partir de un caso inicial. Cuando este último escenario se presenta, el Tribunal Constitucional proclama la creación de doctrina de modo expreso al aludir a cualquiera de las normas procesales que la regulan como tal.

c. Los alcances de su fuerza vinculante

La perspectiva central con la que se concibe el precedente es la de vincular a todos los poderes públicos. Esto se deduce si tomamos en cuenta el carácter plenamente normativo que se le otorga y al que se refiere el artículo VI del «Título preliminar», pero por, sobre todo, si se observa la previsión contenida en el artículo 81 del Nuevo Código Procesal Constitucional que establece el efecto vinculante frente a todo poder público de las decisiones emitidas tanto por el Tribunal Constitucional como por el Poder Judicial cuando se trata del proceso de acción popular.

En el caso de la doctrina jurisprudencial, y aun cuando el efecto de vinculatoriedad sea a la postre general, se prioriza el mensaje en cabeza de los jueces y tribunales. En otras palabras y al tratarse de interpretaciones o desarrollos jurídicos en materia constitucional, es principalmente para el Poder Judicial, en sus diversos niveles o especialidades, que se dirigen los mensajes establecidos por el Tribunal Constitucional en su condición de supremo intérprete de la Constitución.

d. Características en su contenido

Mientras que el precedente constitucional se manifiesta con la emisión de reglas que buscan responder a controversias o incertidumbres que reclaman solución directa y, en tal sentido, su alcance resulta bastante concreto, la doctrina jurisprudencial se expresa a través de criterios o líneas de raciocinio establecidas, con el objeto de integrar el mensaje constitucional o interpretar la Constitución en cualquiera de sus sectores. Su contenido, desde dicha perspectiva, es, pues, más abierto o abstracto.

Con independencia de que nuestra jurisprudencia no siempre haya sido escrupulosa al momento de delimitar los alcances entre los precedentes y la doctrina⁸, queda claro que la diferencia es notoria, debiéndose distinguir cuándo nos encontramos ante indiscutibles precedentes y cuándo ante indudables desarrollos interpretativos.

158

e. Su forma de aplicación

Mientras el precedente constitucional despliega su aplicación únicamente en el escenario de casos iguales a aquel en el que el mismo fue instituido, la doctrina jurisprudencial puede ser utilizada en todo tipo de causas donde se haga indispensable reiterar los desarrollos interpretativos.

Así las cosas, el elemento de referencia para determinar cuándo un precedente es pertinente viene determinado por las características del caso que le dio origen como tal y de las cuales, no se puede desligar. En el supuesto de la doctrina, en cambio, no interesa o no es relevante la controversia planteada por el caso, sino la necesidad y pertinencia de ratificar lo que la Constitución, en último término, ha establecido.

⁸ Una muestra de ello se evidencia en lo resuelto en el Expediente 0949-2022-PA (caso Juan Enrique Martín Pendavis Pflucker) y la polémica generada entre los magistrados del Tribunal Constitucional.

VI. CONCLUSIÓN

Desde hace varios años atrás, se introdujo, en el ordenamiento jurídico peruano, la técnica del precedente para que ser aplicada en tres ámbitos distintos: el administrativo, el judicial y el constitucional. De los mismos, es en el último de los citados, donde puede decirse que ha encontrado un mayor desarrollo, aunque de pronto también, un más amplio nivel de problemáticas.

La regulación inicial del precedente específicamente constitucional se dio en el marco de lo establecido por el Código Procesal Constitucional de 2004, tratamiento que, con algunas variantes ampliatorias, se ha vuelto a establecer en el vigente Código Procesal Constitucional de 2021.

A la luz de la actual normativa, se puede afirmar que el precedente constitucional se traduce en la emisión de una o varias reglas jurídicas nacidas a la luz de determinado tipo de casos, que, por la problemática que plantean y la ausencia de solución que evidencian vía nuestro ordenamiento legal, requieren una respuesta jurisprudencial.

La emisión del precedente puede provenir ya sea por decisión del Tribunal Constitucional, cuando conoce cualquier proceso del que es competente, o por voluntad de la Corte Suprema en cuanto máxima instancia del Poder Judicial, cuando se pronuncia en un proceso de acción popular.

El establecimiento del precedente requiere necesariamente objetivarse o reconocerse de modo expreso para aceptarse como válido y solo se puede traducir en reglas de solución o respuesta frente a controversias con determinadas características.

El precedente siempre debe delimitar sus efectos vinculantes a partir del momento en que es obligatorio, y solo puede ser dejado de lado o sustituido cuando el mismo órgano que lo generó así lo decide mediante resolución debidamente motivada.

La regulación asignada al precedente guarda silencio, sin embargo, sobre algunas problemáticas como las concernientes con el marco de relaciones entre el precedente constitucional generado por el Tribunal Constitucional y el establecido por la Corte Suprema, cuando ambos se superponen materialmente. Tampoco se establecen marcos diferenciales cuando el precedente se establece como obligatorio en adelante, respecto del que genera efectos hacia el pasado. Tales situaciones aún requieren definiciones jurisprudenciales, a diferencia de lo realizado respecto de los supuestos para generar un precedente.

A pesar del escenario descrito, el uso de dicha herramienta jurídica al igual que otras similares ha ido fortaleciéndose con el paso de los años evidenciando a estas alturas, una utilidad e importancia que nadie discute.

BIBLIOGRAFÍA

- Bernal, C. (2008). El precedente en Colombia. *Revista Derecho del Estado*, (21), 81-94.
- Carpio, E. & Grández, P. (coords.). (2007). *El precedente constitucional (2005-2006). Sentencias, sumillas e índices*. Palestra Editores.
- Castillo, L. (2008). *La jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional*. En J. Castillo & L. Córdova (dirs.), *El precedente judicial y el precedente constitucional (175-233)*. Ara Editores.
- Castañeda, S. & Velezmoro, F. (coords.). (2010). *Comentarios a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*. Editora Jurídica Grijley.
- Crispín, A. (2024). *Los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional. Comentarios y crítica*. Gaceta Jurídica.
- Dyer, E. (2015). *El precedente constitucional. Análisis cultural del derecho*. Ara Editores.
- García, D. (2021). Los orígenes del precedente constitucional en el Perú. *Revista Peruana de Derecho Constitucional (Constitución y Naturaleza)*, (13), 231-254.
- Garro, A. (1988). Eficacia y autoridad del precedente constitucional en América Latina: Las lecciones del derecho comparado. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (24), 95-134.
- Lancheros-Gámez, M. (2012). El precedente constitucional en Colombia y su estructura argumentativa: síntesis de las experiencias de un sistema de control mixto de constitucionalidad a la luz de la Sentencia T-292 de 2006 de la Corte Constitucional. *Dikalos*, 21(1), 182-183.
- Landa, C. & Grández, P. (dirs.). (2021). *La construcción de la democracia y la garantía de los derechos. 25 años del Tribunal Constitucional*. Palestra Editores.
- Magaloni, A. (2001). *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*. McGraw-Hill.
- Morales, F. (2017). *Los precedentes vinculantes y su aplicación por el TC. Análisis jurisprudencial de la última década*. Gaceta Jurídica.

- Peña, O. (coord.) (2012). *Los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*. APECC.
- Ramírez, F. (2016). La técnica del precedente constitucional vinculante y las formas de apartamiento. *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*, (97), 36-47.
- Ruíz, J. (2021). *La teoría del precedente vinculante y la argumentación interpretativa constitucional de la jurisprudencia*. Editorial Grijley.
- Sáenz, L. (2021). El marco de relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial (algunas ideas para fortalecer el modelo dual de Justicia Constitucional).
- Sáenz, L. (2022). La doctrina jurisprudencial vinculante y su tratamiento por el Tribunal Constitucional. En A. Crispín (coord.), *Precedentes y doctrina jurisprudencial vinculante del Tribunal Constitucional*. Gaceta Jurídica.
- Sáenz, L. (2022). El precedente vinculante en materia constitucional y su tratamiento en el Nuevo Código Procesal Constitucional. *Revista Peruana de Derecho Constitucional (Nuevo Código Procesal Constitucional)*, (14), 239-286.
- Sáenz, L. (2023). Diferencias entre el precedente constitucional y la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional. Notas marginales a propósito de las posiciones asumidas en el Exp. 949-2022-PA/TC. *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*, (192).
- Santofimio, J. (2011). La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del derecho positivo colombiano. *Revista Peruana de Derecho Público*, (22).
- Taruffo, M. (2012). El precedente judicial en los sistemas de Civil Law. *Revista Ius et Veritas*, (45), 88-95.
- Tupayachi, J. (comp.) (2014). *El precedente constitucional vinculante en el Perú (análisis y doctrina comparada)*. Adrus Editores.

La cuestión de inconstitucionalidad en España: efectos, cómo y cuándo plantearla

*The exception of unconstitutionality in Spain:
effects, how and when to file it*

✍️ ÁLVARO ALARCÓN DÁVALOS*
✍️ ADRIANA RICO RIVERO**

163

Resumen

El presente artículo tiene por objeto explicar detalladamente en qué consiste la cuestión de inconstitucionalidad recogida en la Constitución española de 1978. Se precisa, con cierto detalle, este método de control de la constitucionalidad de las normas con rango de ley en el ordenamiento jurídico español. De la misma forma, se señalan los requisitos y efectos del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, el procedimiento de su tramitación, y la terminación y los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad.

Palabras clave

control de constitucionalidad, inconstitucionalidad, cuestión de inconstitucionalidad, Constitución española, Tribunal Constitucional español.

Abstract

The purpose of this article is to explain in detail the question of unconstitutionality set out in the Spanish Constitution of 1978. It specifies in some detail the nature of this method of controlling the constitutionality of rules with the status of

* Abogado por la Universidad Complutense de Madrid con maestría en Derecho Empresarial del Centro de Estudios Garrigues y la Universidad de Nebrija. Asociado principal de la firma Deloitte Legal. ORCID: 0009-0001-6288-7992. Correo electrónico: aalarcondavalos@deloitte.es

** Abogada por la Universidad de Oviedo con maestría en Derecho de la Unión Europea de la Universidad Carlos III de Madrid. Asociada de la firma Deloitte Legal. Correo electrónico: arico@deloitte.es

law in the Spanish legal system. In the same way, the requirements and effects of raising the question of unconstitutionality, the procedure for its processing and the termination and effects of the judgement of unconstitutionality are also described.

Keywords

control of constitutionality, unconstitutionality, question of unconstitutionality, Spanish Constitution, Spanish Constitutional Court.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. II. LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD COMO MEDIO ESPECÍFICO PARA DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA NORMA. III. SUJETOS LEGITIMADOS PARA PLANTEAR LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. IV. EL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD: REQUISITOS MATERIALES, MOMENTO TEMPORAL Y PROCEDIMIENTO. V. EFECTOS DEL PLANTEAMIENTO DE UNA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. VI. TRAMITACIÓN DE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. VII. FINALIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO Y EFECTOS DE LA SENTENCIA.

I. INTRODUCCIÓN. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

La Constitución española de 1978 (CE) adoptó un sistema de control judicial de la constitucionalidad de las normas que la doctrina (Aragón, 1979) califica como jurisdicción concentrada, ya que se creó un tribunal especial para ejercerlo, el Tribunal Constitucional. Así, en el artículo 161.1 de la CE, se establece lo siguiente:

El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer:

- a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada.
- b) Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53, 2, de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca.
- c) De los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de éstas entre sí.

d) De las demás materias que le atribuyan la Constitución o las leyes orgánicas.

A pesar de las distintas vías de acceso al Tribunal Constitucional español, el procedimiento que más veces ha sido iniciado ante este es el de recurso de amparo constitucional. Este procedimiento permite el acceso directo de los particulares a la jurisdicción constitucional cuando, cumpliéndose determinados requisitos¹, entiendan que un acto sin valor de ley que proceda de un poder público le haya vulnerado un derecho o libertad fundamental.

Este procedimiento se contraponen con los procesos constitucionales que buscan el control de constitucionalidad de las normas con rango de ley. En este sentido, son dos los procedimientos de control de constitucionalidad de las normas con rango de ley en el ordenamiento jurídico español: (i) el recurso de inconstitucionalidad y (ii) la cuestión de inconstitucionalidad.

Por un lado, el recurso de inconstitucionalidad, previsto en el artículo 161.1.a de la CE, reconoce una impugnación directa de las leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. El artículo 162.1 de la CE únicamente legitima para interponer el recurso de inconstitucionalidad al presidente del Gobierno, al defensor del pueblo, a cincuenta diputados o cincuenta senadores, y a los gobiernos y a las asambleas legislativas de las comunidades autónomas. Es decir, este recurso es, en última instancia, un recurso representativo o, incluso, podríamos calificarlo como político.

165

Desde la escasísima experiencia en derecho peruano de estos autores, entendemos que este recurso se asemejaría a la acción de inconstitucionalidad reconocida en el artículo 200.4 de la Constitución Política del Perú de 1993 (CPP). No obstante, las principales diferencias son dos. La primera de ellas se trata del plazo de interposición; pues, mientras que la acción de inconstitucionalidad peruana tiene un plazo de prescripción de seis años desde su publicación², el recurso de inconstitucionalidad español presenta un brevísimo plazo de tres meses.

La segunda diferencia importante consiste en que la CPP no solo reconoce legitimación para interponer la acción de inconstitucionalidad a órganos representativos, sino también a los ciudadanos, por lo que se necesita la firma de cinco mil ciudadanos. Lo cierto es que el ordenamiento español no reconoce legitimación a los ciudadanos particulares para combatir la inconstitucionalidad de una norma.

¹ *Vid.* Título III de la Ley Orgánica 2/1979, del 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTIC).

² *Vid.* artículo 99 del Nuevo Código Procesal Constitucional.

No obstante, la CE no quiso dejar al arbitrio de los poderes ejecutivo y legislativo la posibilidad de impugnar la inconstitucionalidad de las leyes, y otorgó también esta opción al Poder Judicial mediante la llamada cuestión de inconstitucionalidad.

La cuestión de inconstitucionalidad, recogida en el artículo 163 CE, se trata de una impugnación indirecta o incidental de las normas con rango de ley, ya que esta se da con ocasión de un proceso cuyo objeto principal es otro. Así, si en el curso de un proceso judicial ordinario, donde se juzgue una cuestión determinada, surge la duda sobre si una norma legal relevante para el caso es conforme con la Constitución, cabe plantear ante el Tribunal Constitucional la cuestión de inconstitucionalidad.

Esta figura es esencial para asegurar la primacía de los derechos y las libertades constitucionales. Como adelantábamos, el recurso de inconstitucionalidad se debe interponer en un plazo muy breve, en concreto, solo se puede presentar en el lapso de tres meses desde la publicación de la ley o disposición con fuerza de ley impugnada³. Por lo tanto, si transcurrido este tiempo, ninguno de los cargos legitimados para ello interpone un recurso de inconstitucionalidad, la norma será directamente aplicable a todos los ciudadanos, siendo parte del ordenamiento jurídico.

166

Sin embargo, la cuestión de inconstitucionalidad se puede presentar en cualquier momento, independientemente del tiempo que lleve vigente la ley; puesto que se trata, como hemos dicho, de un control indirecto, que se presenta cuando, al aplicar la norma, se evidencia su posible constitucionalidad. Desarrollaremos esta cuestión con detalle en los apartados siguientes.

II. LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD COMO MEDIO ESPECÍFICO PARA DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA NORMA

En el artículo 163 de la CE, se reconoce la cuestión de inconstitucionalidad como medio de control de la constitucionalidad de las normas con rango de ley. En concreto, así reza el referido precepto:

Quando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser

³ Vid. artículo 33.1 de la LOTC.

contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos.

Como se puede apreciar, a diferencia de lo que sucede con el recurso de inconstitucionalidad, el comienzo del procedimiento de control de constitucionalidad ya no corresponde a sujetos de naturaleza política, sino al juez o tribunal que conozca el caso.

Además, como adelantamos, el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad se puede hacer con independencia de cual sea el tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la norma legal cuestionada.

A través de la figura de la cuestión de inconstitucionalidad, los jueces y tribunales ordinarios se convierten en filtros del control de constitucionalidad ejercido por el Tribunal Constitucional. Este, a su vez, se vuelve un colaborador de aquellos.

La cuestión de inconstitucional juega un papel de depuración constante del ordenamiento jurídico, permite localizar la disconformidad de normas legales con la Constitución en la propia aplicación de estas y anularlas en cualquier momento en que dicha disconformidad se aprecie.

En este ámbito, resulta importante destacar que, a diferencia del ordenamiento jurídico peruano en el que el artículo 138 de la CPP permite a los jueces inaplicar una norma legal incompatible con la Constitución, en el ordenamiento jurídico español, los jueces y tribunales no pueden anular o inaplicar una norma con rango de ley, aunque la consideren contrarias a la CE. Esta función está reservada al Tribunal Constitucional.

El recurso de inconstitucionalidad se tilda de abstracto, mientras que la cuestión de inconstitucionalidad permite un control de constitucionalidad concreto de las normas con rango de ley. Es decir, al plantearse en el curso de un proceso, la cuestión nace de una experiencia práctica, de manera que necesariamente tiene en cuenta los problemas de interpretación y aplicación que la norma plantea.

De esta forma, la cuestión de inconstitucionalidad constituye un mecanismo muy relevante para la evolución interpretativa no solo de la norma legal, sino también de la propia Constitución. Esto puede suscitar que el Tribunal Constitucional tenga que analizar dudas constitucionales que no habían surgido antes.

La cuestión de inconstitucionalidad del artículo 163 de la CE encuentra su desarrollo en los artículos del 35 al 37 de la LOTC.

III. SUJETOS LEGITIMADOS PARA PLANTEAR LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

Para el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad es imprescindible que haya un procedimiento judicial que esté siendo conocido por un juez o tribunal.

En este sentido, en el artículo 35.1 de la LOTC, se dispone lo siguiente:

Quando un juez o tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta ley.

Por su parte, en el artículo 36 LOTC, se establece que «el órgano judicial elevará al Tribunal Constitucional la cuestión de inconstitucionalidad junto con testimonio de los autos principales y de las alegaciones previstas en el artículo anterior, si las hubiera».

Por lo tanto, el único legitimado para plantear la cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional se trata del órgano judicial que conoce el procedimiento judicial donde surge la duda sobre la constitucionalidad de la norma.

168

En el artículo 26 de la Ley Orgánica 6/1985, del 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), se recogen órganos judiciales integrantes del Poder Judicial español: juzgados de paz, juzgados de primera instancia e instrucción, juzgados de lo mercantil, juzgados de violencia sobre la mujer, juzgados de lo penal, juzgados de lo contencioso-administrativo, juzgados de lo social, juzgados de menores y de vigilancia penitenciaria, audiencias provinciales, tribunales superiores de justicia, audiencia nacional y tribunal supremo.

Todos estos órganos judiciales, cuando en el ejercicio de su función jurisdiccional deban aplicar en el asunto del que conocen una norma de rango de ley de cuya constitucionalidad duden y consideren que el resultado del fallo dependa de la validez de la norma, podrán plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

Así, por ejemplo, los jueces de instrucción⁴ no pueden plantear la cuestión de inconstitucionalidad; pues, según resolvió el Tribunal Constitucional en la Sentencia 234/1997, en el momento procesal en que estos jueces actúan

⁴ Los jueces de instrucción en el ordenamiento jurídico español son los encargados de conocer los asuntos penales en primer término.

todavía no es posible saber si la norma que se cuestiona es aquella de la que va a depender el fallo, ya que pudiera ocurrir que esta norma no llegara a aplicarse porque no se probaran los hechos denunciados, existiera otra norma penal que desplazara aquella o, por cualquier otro motivo que impidiera la aplicación de la norma cuestionada.

En aquellos casos en los que el órgano que conoce el proceso es colegiado, la decisión de plantear la cuestión de constitucionalidad necesitará un acuerdo entre los magistrados que formen la sala o sección correspondiente. Así, en el artículo 203 de la LOPJ, se establece que «en cada pleito o causa que se tramite ante un Tribunal o Audiencia habrá un Magistrado ponente, designado según el turno establecido para la Sala o Sección al principio del año judicial, exclusivamente sobre la base de criterios objetivos».

Entre sus cometidos se encuentran, según establece el artículo 205.5 de la LOPJ, «proponer los autos decisorios de incidentes, las sentencias y las demás resoluciones que hayan de someterse a discusión de la sala o sección, y redactarlos definitivamente si se conformase con lo acordado».

Por lo tanto, el magistrado ponente de cada sala o sección propondrá el texto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad y el auto de planteamiento deberá ser dictado por mayoría absoluta, de conformidad con el artículo 255 de la LOPJ⁵.

Conforme a lo expuesto, solo los órganos judiciales están legitimados para plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Ante ello, puede surgir la duda del papel que desempeñan los ciudadanos en el supuesto de que consideren que una norma es inconstitucional. En realidad, la única participación de estos ante la inconstitucionalidad de una norma de rango de ley es la de solicitar, como partes en el procedimiento, que el órgano judicial plantee la cuestión.

Es decir, la única facultad que tienen los ciudadanos consiste en pedir al órgano judicial que plantee la cuestión de inconstitucionalidad, siempre que sean parte en el procedimiento judicial en el que la aplicación de la norma de cuya constitucionalidad se duda sea decisiva para el fallo.

Sin embargo, el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad es prerrogativa exclusiva e irrevocable del órgano judicial, por lo que este no se encuentra vinculado por la petición de las partes. Si el órgano judicial no tiene dudas

⁵ Establece que «los autos y sentencias se dictarán por mayoría absoluta de votos, salvo que expresamente la ley señale una mayor proporción».

sobre la constitucionalidad de la norma no está obligado a plantear la cuestión de inconstitucionalidad solicitada por alguna de las partes. De igual forma, no se requiere que ninguna de estas solicite el planteamiento de la cuestión; si el órgano judicial alberga dudas, de oficio puede plantear la cuestión de inconstitucionalidad.

No obstante, esto no implica que la opinión de las partes del proceso carezca de importancia en el proceso de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. Estas deben ser oídas por el órgano judicial al respecto y, si este rechaza la solicitud, las partes pueden volver a solicitarla en las sucesivas instancias en las que se desarrolle el pleito hasta que se dicte sentencia firme.

Por último, cabe resaltar que la LOTC, en el artículo 55.2, reconoce la posibilidad de que el propio Tribunal Constitucional se vea en la necesidad, cuando conoce como órgano judicial los recursos de amparo, de analizar la constitucionalidad de la norma con rango de ley que es aplicable para resolver el recurso.

Así, el mencionado precepto dispone lo siguiente:

En el supuesto de que el recurso de amparo debiera ser estimado, porque, a juicio de la sala o, en su caso, la Sección, la ley aplicada lesione derechos fundamentales o libertades públicas, se elevará la cuestión al Pleno con suspensión del plazo para dictar sentencia, de conformidad con lo prevenido en los artículos 35 y siguientes.

Esto es lo que doctrinalmente se denomina «autocuestión de inconstitucionalidad».

En este caso, el pleno del Tribunal Constitucional tiene que conocer esta cuestión de inconstitucionalidad y se debe seguir la misma tramitación que cualquier otra cuestión presentada por órganos judiciales ordinarios. De hecho, el propio precepto remite a la regulación de la cuestión de inconstitucionales en los artículos 35 y siguientes de la LOTC.

IV. EL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD: REQUISITOS MATERIALES, MOMENTO TEMPORAL Y PROCEDIMIENTO

Tras realizar una breve introducción sobre la naturaleza y las características de la cuestión de inconstitucionalidad española y señalar los sujetos legitimados para su planteamiento, se apuntarán los requisitos para plantearla.

Para que proceda el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, es necesario que concurren ciertos requisitos materiales:

- i. La existencia de una norma jurídica con rango de ley que pueda entrar en colisión con la CE.
- ii. Que esta norma, cuya constitucionalidad está en duda, sea de directa aplicación al caso concreto que se encuentra pendiente de resolución por el órgano judicial. Además, no solo se requiere que la norma sea aplicable al caso, sino que de su validez dependa el fallo. Es decir, la relevancia de la norma cuestionada para la decisión del fallo implica que exista realmente una relación de causalidad entre la norma y el fallo.
- iii. Que el órgano judicial que tenga que aplicar la norma albergue serias dudas acerca de que el precepto en cuestión se ajusta a la CE.

En cuanto al momento temporal en el que se debe plantear la cuestión de inconstitucionalidad, en el artículo 35.2 de la LOTC, se establece lo siguiente:

El órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, o la resolución jurisdiccional que procediese, y deberá concretar la ley o norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto constitucional que se supone infringido y especificar o justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión.

171

Es decir, la cuestión de inconstitucionalidad se debe plantear una vez se hayan realizado todas las actuaciones necesarias (en su caso, audiencia previa, juicio, vista, etcétera) y el procedimiento se entienda terminado, de manera que solo quede el dictado por el órgano judicial de la sentencia o la resolución correspondiente.

La ley no solo habla de sentencias, sino también de resoluciones judiciales, puesto que la cuestión de inconstitucionalidad se podrá promover en cualquier clase de procedimiento en el que se pueda dar una resolución jurisdiccional motivada, incluidos aquellos que se ocupen de cuestiones incidentales. Así, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 76/1992, ya resolvió que se debe entender por proceso, a efectos de la cuestión de inconstitucionalidad, cualquier expediente judicial que culmine en una resolución que no sea de puro trámite.

Por lo tanto, se admite el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad en procesos que no finalicen por sentencia como los procedimientos de medidas cautelares, procesos ejecutivos o de ejecución, etcétera. Asimismo, se permite el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad en cualquiera de las instancias procesales de los diferentes procedimientos, incluidos los recursos extraordinarios ante el Tribunal Supremo.

De hecho, como hemos detallado en el apartado anterior, la LOTC posibilita el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad incluso por el propio Tribunal Constitucional en el proceso de un recurso de amparo. En la llamada autocuestión de inconstitucionalidad, al dictarse la sentencia, el Tribunal puede elevar la cuestión al pleno. No obstante, nótese que, a diferencia de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por cualquier órgano judicial ordinario que se puede sustanciar por cualquier vicio de inconstitucionalidad, por la propia construcción legal del recurso de amparo en la autocuestión de inconstitucionalidad, los únicos vicios denunciabiles son lesiones de preceptos protegidos en amparo; esto es, los artículos del 14 al 30 de la CE.

En cuanto al procedimiento para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, el ya transcrito artículo 35.2 de la LOTC establece que la decisión definitiva del planteamiento de la cuestión por el órgano judicial debe tener la forma de auto. Antes de dictarlo, se debe oír a las partes del procedimiento y al Ministerio Fiscal por un plazo común e improrrogable de diez días para que aleguen lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad.

172

Tal audiencia se debe realizar por escrito y con traslado simultáneo a todas las partes del proceso y el Ministerio Fiscal en todo caso, aunque no haya sido parte. Esta audiencia previa es obligatoria, y la omisión de este trámite, causa de inadmisión. Así lo reconoce la Sentencia del Tribunal Constitucional 52/2015, del 3 de marzo:

En efecto, como allí recordábamos, el trámite de audiencia exigido por el art. 35.2 LOTC debe cumplimentarse de forma autónoma pues «es doctrina reiterada de este Tribunal que la omisión del trámite de audiencia de una de las partes constituye sin duda una irregularidad del procedimiento que debe llevar a considerarlo incorrectamente tramitado (ATC 299/2005, del 5 de julio, FJ 3).

Tras las alegaciones de las partes y del Ministerio Fiscal, sin más trámites, el órgano judicial resolverá, mediante auto en el plazo de tres días, sobre el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

En cuanto al contenido del auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional establece que el órgano judicial debe concretar la ley o norma con rango de ley cuya constitucionalidad se cuestiona⁶, y se debe ofrecer una fundamentación suficiente de la constitucionalidad

⁶ *Vid.* Sentencia del Tribunal Constitucional 114/1994.

y no meras dudas razonadas⁷. Es decir, el órgano judicial debe identificar, con la mayor precisión, los términos de la cuestión para asegurarse de que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre la duda de constitucionalidad.

Asimismo, como ha declarado el Tribunal Supremo en las Sentencias 166/2007, del 4 de julio, y 166/2012, del 1 de octubre:

Es preciso que en el auto de planteamiento de la cuestión no se introduzcan elementos nuevos que los sujetos interesados en el proceso no hayan podido previamente conocer ni, por ello, apreciar o impugnar su relevancia para al planteamiento de la cuestión.

El auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad no es susceptible de recurso de ninguna clase. Asimismo, el órgano judicial debe elevarlo al Tribunal Constitucional junto con los testimonios de los autos principales y las alegaciones efectuadas por las partes si las hubiera.

V. EFECTOS DEL PLANTEAMIENTO DE UNA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

En el artículo 163 de la CE, se establece que los efectos del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad «en ningún caso serán suspensivos». Sin embargo, en el artículo 35.3 de la LOTC, se dispone lo siguiente:

El planteamiento de la cuestión de constitucionalidad originará la suspensión provisional de las actuaciones en el proceso judicial hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre su admisión. Producida ésta el proceso judicial permanecerá suspendido hasta que el Tribunal Constitucional resuelva definitivamente sobre la cuestión.

Esta contradicción ha sido resuelta por el Tribunal Constitucional y la doctrina que realizan una integración en la interpretación de estos dos preceptos. Así, han concluido que se necesita la suspensión de la tramitación del proceso principal hasta la resolución del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad de la norma.

En este sentido, el Auto del Tribunal Constitucional 313/1996 ya resolvió que, una vez planteada la cuestión, esta queda sometida a su jurisdicción de manera que el juez *a quo* no puede ni retirarla ni dictar sentencia en la que aplique el precepto.

⁷ *Vid.* Sentencia del Tribunal Constitucional 103/1983.

Esto resulta totalmente coherente, ya que el órgano judicial no puede aplicar la norma sobre la que tiene dudas de constitucionalidad y cuya inconstitucionalidad puede ser declarada por el Tribunal Constitucional.

No obstante, el órgano judicial puede adoptar, en el seno del proceso principal, resoluciones tendentes a asegurar que la finalidad de este no se vea impedida por su paralización, siempre y cuando no sean resoluciones en que se obvie el futuro fallo sobre la constitucionalidad de la norma por el Tribunal Constitucional.

En este sentido, el Tribunal Constitucional, en los Autos 313/1996, del 29 de octubre; 349/1997, del 28 de octubre; y 201/2006, del 29 de junio, ya estableció lo siguiente:

Nada impide al órgano judicial promotor de una cuestión adoptar las medidas cautelares que fueran precisas para asegurar las resultas del juicio, e incluso los efectos de la futura Sentencia de este Tribunal resolviendo la cuestión, como tampoco existe obstáculos para que lleve a cabo otros actos de instrucción y de ordenación del proceso que no guarden relación con la validez de la norma cuestionada.

Sin perjuicio de lo anterior, en el artículo 30 de la LOPTC, se establece que la admisión de un recurso o de una cuestión de inconstitucionalidad no suspenderá la vigencia ni la aplicación de la Ley, de la disposición normativa o del acto con fuerza de Ley, excepto en el caso en que el Gobierno se ampare en lo dispuesto por el artículo ciento sesenta y uno, dos, de la Constitución para impugnar, por medio de su Presidente, Leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de Ley de las Comunidades Autónomas.

Esto supone que, aunque el procedimiento en el que se plantea la cuestión se suspenda como consecuencia de esta, la norma con rango de ley cuestionada no pierde validez ni deja de ser aplicable en otros procedimientos. La suspensión no se expande a otros procedimientos en los que la norma resulte aplicable para el fallo. En estos casos, la única opción del órgano judicial consiste en plantear una nueva cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. En este sentido, se puede formular una cuestión de inconstitucionalidad idéntica sobre un mismo precepto y por los mismos motivos.

VI. TRAMITACIÓN DE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

En el artículo 37 de la LOTC, se regula el procedimiento de la cuestión de inconstitucionalidad y se establece que, una vez recibidas las actuaciones, el Tribunal Constitucional iniciará un trámite de admisión en el que podrá rechazar, mediante auto, la cuestión suscitada sin otra audiencia que la del fiscal general del Estado, cuando faltasen las condiciones procesales o fuera notoriamente infundada la cuestión suscitada.

Los presupuestos procesales que impiden un examen sobre el fondo de la cuestión planteada pueden tratarse de subsanables, al ser de carácter formal, de manera que el órgano judicial puede subsanarlos y volver a plantear la cuestión. Esto ha ocurrido en casos en los que el Tribunal Constitucional ha apreciado la falta de exteriorización del juicio de relevancia en el auto de planteamiento o el incorrecto cumplimiento del trámite de audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal.

Asimismo, los presupuestos procesales que impiden entrar en el fondo de la cuestión pueden ser insubsanables por tratarse de condiciones que concurren o no en el concreto supuesto independientemente de la actuación del órgano judicial. Por lo tanto, motivan que la inadmisión impida plantear de nuevo la cuestión de inconstitucionalidad. Esto sucede en aquellos casos en los que el órgano judicial no es competente, la norma que se cuestiona no es aplicable al caso o no tiene rango de ley, no existe un proceso judicial o el órgano que la plantea no tiene la consideración de judicial.

En este control de admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional exige que la norma cuestionada supere dos juicios: el juicio de admisibilidad y el juicio de relevancia.

En cuanto al **juicio de admisibilidad**, consiste en manifestar de forma suficiente y evidente, en el auto de planteamiento de la cuestión, que, efectivamente, la norma que se cuestiona se aplica al caso.

Así lo reconoció el Tribunal Constitucional en la Sentencia 55/2010, en la que destacó que resulta inadmisibile aquella cuestión de inconstitucionalidad en la que de manera evidente, sin necesidad de analizar el fondo, la norma cuestionada sea, según principios jurídicos básicos, inaplicable al caso en donde la cuestión se suscita.

En cuanto al **juicio de relevancia**, consiste en manifestar, en el auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, que la norma no solo es aplicable, sino que es relevante para el asunto, es decir, que de su validez dependerá el fallo de la sentencia.

En este sentido, las Sentencias del Tribunal Constitucional 166/1986 y 211/1992 reconocieron que, para cumplir con el juicio de relevancia, no basta que esta venga exteriorizada en el auto de planteamiento de la cuestión, sino que, además, resulte adecuada a lo generalmente admitido en derecho. De este modo, si la argumentación judicial del auto adolece de notoria falta de consistencia, la cuestión incide en inadmisibilidad.

Asimismo, se reseña la Sentencia del Tribunal Constitucional 10/2015, del 2 de febrero, en la que el Tribunal declaró que corresponde a los jueces y tribunales ordinarios que planteen la cuestión de inconstitucionalidad, así como comprobar y exteriorizar el juicio de relevancia. Además, indica que el Tribunal Constitucional no puede sustituir o rectificar el criterio de los órganos judiciales proponentes.

Es decir, los órganos judiciales deben utilizar apropiadamente la posibilidad que les otorga el ordenamiento de plantear una cuestión de inconstitucionalidad y deben acudir al Tribunal Constitucional solo en aquellos casos en los que en el ejercicio de su función jurisdiccional se encuentren en la necesidad real de aplicar una norma, cuya constitucionalidad cuestionan. Por ello, deben justificar suficientemente en el auto de planteamiento de la cuestión tanto la aplicabilidad de la ley como la relevancia de su validez para el fallo del proceso.

Es decir, corresponde a los jueces y tribunales promotores de la cuestión de inconstitucionalidad especificar y justificar en el auto de planteamiento, en qué medida el fallo que deben dictar en el proceso del que conocen depende de la validez de la norma que se impugna. No es suficiente con que la norma sea aplicable y relevante para resolver el pleito, sino que, además, se necesita que el órgano judicial exponga en qué medida la validez o invalidez del precepto cuestionado condiciona la solución del caso sometido a su conocimiento.

Nótese que el Tribunal Constitucional no se vincula a la delimitación del objeto de la cuestión que haya llevado a cabo el órgano judicial en el auto de planteamiento de la cuestión; ya que, si lo estima conveniente, puede reducir el objeto de control por no cumplirse los requisitos necesarios para su examen. Además, puede extender en determinados supuestos la declaración de inconstitucionalidad a otras normas no cuestionadas, utilizar como parámetro para declarar la inconstitucionalidad otros preceptos constitucionales no alegados en el auto de planteamiento,

o basar su decisión en una interpretación distinta de la norma cuestionada o del precepto constitucional que se considere vulnerado.

La admisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad se debe publicar en el *Boletín Oficial del Estado* (BOE), de conformidad con el artículo 37.2 de la LOTC, y quienes sean parte en el procedimiento judicial podrán personarse ante el Tribunal Constitucional en el plazo de los quince días siguientes a la publicación para formular alegaciones sobre la cuestión planteada en el plazo de otros quince días.

Esta posibilidad de que quienes hayan sido parte en el proceso formulen alegaciones constituye una de las novedades introducidas por la reforma de 2007. Se introdujo este mecanismo de contradicción en beneficio de la parte litigante en atención a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 23 de junio de 1993, que condenó al Reino de España por no haber permitido al recurrente, que era parte en el litigio, personarse ante el Tribunal Constitucional en el proceso que resolvió la cuestión de inconstitucionalidad planteada respecto de la Ley 7/1983, del 29 de junio, de expropiación por razones de utilidad pública e interés social de los bancos y otras sociedades que componen el grupo Rumasa SA.

Asimismo, en el artículo 37.3 de la LOTC, se establece que el Tribunal Constitucional debe trasladar la cuestión al Congreso de los Diputados; al Senado; al fiscal general del Estado; al Gobierno por conducto del Ministerio de Justicia; y, en caso de afectar a una ley o a otra disposición normativa con fuerza de ley dictadas por una comunidad autónoma, a los órganos legislativo y ejecutivo de la misma. Esto con la finalidad de que puedan personarse en el procedimiento y formular alegaciones sobre la cuestión planteada en el plazo improrrogable de quince días.

En el artículo 83 de la LOTC, se dispone que

el Tribunal podrá, a instancia de parte o de oficio, en cualquier momento, y previa audiencia de los comparecidos en el proceso constitucional, disponer la acumulación de aquellos procesos con objetos conexos que justifiquen la unidad de tramitación y decisión. La audiencia se hará por plazo que no excede de diez días.

Este artículo abre la posibilidad de que el Tribunal Constitucional acumule procesos que esté tramitando, incluidas cuestiones de inconstitucionalidad, de manera que estas se podrán gestionar de forma conjunta.

El Tribunal Constitucional, en los Autos 48/2009, 128/2009 y 14/2011, concluyó que

dos requisitos diferentes que han de cumplirse necesariamente de manera simultánea para que proceda dicha acumulación: por un lado, la conexión entre los objetos de los procesos de que se trate; por otro, que tal conexión sea relevante en orden a una tramitación y decisión unitarias o, lo que es lo mismo y expresado con las propias palabras del legislador, que la referida conexión justifique la unidad de la tramitación y decisión.

No obstante, en el Auto 921/1986, el Tribunal Constitucional estableció también que, aun en los casos en los que se hubiera acordado la acumulación de dos o más cuestiones de inconstitucionalidad, con posterioridad, puede decidir dejar sin efecto tal acumulación de los procesos constitucionales por razones de conveniencia. Por lo tanto, la tramitación conjunta de diferentes procesos es una decisión que queda en manos del Tribunal Constitucional.

VII. FINALIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO Y EFECTOS DE LA SENTENCIA

El procedimiento de la cuestión de inconstitucionalidad finaliza normalmente con una sentencia estimatoria o desestimatoria que entra en el fondo de la cuestión. El Tribunal Constitucional dictará la sentencia en el plazo de quince días, salvo que estime necesarios, mediante resolución motivada, un plazo más amplio, que no podrá exceder los treinta días.

178

En este sentido, en el artículo 38.3 de la LOTC, se dispone que

si se tratare de sentencias recaídas en cuestiones de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional lo comunicará inmediatamente al órgano judicial competente para la decisión del proceso. Dicho órgano notificará la sentencia constitucional a las partes. El Juez o Tribunal quedará vinculado desde que tuviese conocimiento de la sentencia constitucional y las partes desde el momento en que sean notificadas.

Por un lado, la sentencia estimatoria implica la declaración de inconstitucionalidad de la norma cuestionada y, en consecuencia, la nulidad de la norma, que queda expulsada del ordenamiento jurídico. De esta forma, la norma declarada inconstitucional no podrá ser objeto de aplicación, ni en el proceso principal ni en ningún otro caso, desde el día siguiente a la publicación de la sentencia en el BOE.

La sentencia de inconstitucionalidad presenta dos características importantes. La primera consiste en que, en ella, se conjunta el control concreto y el abstracto. El control concreto se advierte en los efectos que produce respecto al proceso or-

dinario del cual surgió la cuestión de inconstitucionalidad. Por su parte, el control abstracto se observa en la nulidad de la norma y los efectos generales que produce en todo el ordenamiento jurídico.

La segunda característica de estas sentencias se refiere a que, en la mayoría de los casos, se trata de sentencias interpretativas en las que el Tribunal Constitucional, para declarar la inconstitucionalidad de la norma cuestionada, sienta doctrina sobre la interpretación de determinados preceptos constitucionales.

En muchos casos, la sentencia de inconstitucionalidad produce una carencia sobrevenida del objeto en el procedimiento principal en el que se suscitó la cuestión, de manera que se producirá la terminación de este por pérdida de objeto.

Por otra parte, la sentencia desestimatoria conlleva que la norma cuestionada no se contrapona a la Constitución española, lo que impide que se pueda volver a cuestionar esa norma. Por lo tanto, permite que el precepto cuestionado siga siendo aplicable en cualquier supuesto.

Según lo establecido en el artículo 38.1 de la LOTC:

Las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los Poderes Públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

Ni las sentencias estimatorias ni las desestimatorias ni los autos de inadmisión pueden ser objeto de recurso, por lo que obtienen firmeza desde su publicación y son resoluciones definitivas.

No obstante, el proceso de la cuestión de inconstitucionalidad también puede finalizar sin sentencia en caso de que la norma cuestionada se derogue o se modifique —a no ser que siga siendo aplicable y continúe la duda sobre su constitucionalidad—, o en caso de que alguna de las partes del proceso de origen desista de sus pretensiones o haya conseguido una satisfacción extraprocésal.

Así, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 83/2015, del 30 de abril, se declaró la terminación, por pérdida sobrevenida de objeto, de un procedimiento de cuestión de inconstitucionalidad formulada por la Audiencia Nacional contra el real decreto que suspendió el abono a los funcionarios de la paga extraordinaria de diciembre de 2012. La decisión se adoptó después de que, en enero de 2015, se hiciera efectiva la recuperación de una parte de dicha paga por disposición de la Ley 26/2014, del 26 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2015.

BIBLIOGRAFÍA

- Aragón, M. (1979). El control de constitucionalidad en la Constitución española de 1978. *Revista de Estudios Políticos*, (7), 171-196.
- Brage, J. (2014). La acción peruana de inconstitucionalidad. *Pensamiento Constitucional*, (19), 207-230.
- Bravo, F. (2022). La suspensión de normas con rango de ley en los procedimientos de inconstitucionalidad. *Cuerpo de Letrados de la Comunidad de Madrid*.
- Díez-Pícazo, L. (2019). El control de constitucionalidad de las leyes en España. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, (9).
- Figueroa, E. (2013). El proceso de inconstitucionalidad. Desarrollo, límites y retos. *Pensamiento Constitucional*, 18(18), 199-222.
- Hakansson, C. (2017). Unas observaciones al proceso de inconstitucionalidad. *Revista Derecho y Sociedad*, (48), 315-322.
- Pachico, M. (2016). Cuestión de inconstitucionalidad. *Diario La Ley n.º 8771*.
- Sequeiros, I. (2009). El ejercicio de control de constitucionalidad por los jueces peruanos. *Revista Oficial del Poder Judicial*, (5), 141-153.
- Requejo, P. (2015). Cuestión de inconstitucionalidad y tutela judicial efectiva. *Revista de Estudios Jurídicos*, (15), 1-16.
- Romboli, S. (2020). La virtualidad de la cuestión de inconstitucionalidad en la protección de derechos de los particulares. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (24), 83-115.
- Viver Pi-Sunyer, C. (1999). El auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. *Cuadernos de Derecho Público*, (7), 97-109.

SECCIÓN HOMENAJE



Carlos Ramos Núñez
(1960-2021)

Una difícil semblanza de Carlos Ramos Núñez

 RICARDO D. RABINOVICH-BERKMAN*

185

Realizar una semblanza de una persona que ha fallecido es siempre una tarea difícil, porque toda vida humana, si ha conseguido persistir por varias décadas, aun cuando no conlleva grandes aventuras, despliega un escenario heterodoxo, multifacético, descontrolado y repleto de misterios, incongruencias, epopeyas y espacios imposibles de pintar. Carlos Ramos Núñez era afecto a las biografías, de modo que conocía bien este problema y lo encaraba con maestría. No escatimaba el espacio y era riguroso en las investigaciones.

Es obvio que no me voy a poner a indagar acerca de la vida de Carlos, porque no estoy escribiendo su biografía ni me animaría a hacerlo. Recorro, más bien, a mis propios recuerdos para pintarlo, a los muchos años de amistad, la mayor parte de los cuales nos vieron separados por importantes distancias. Nuestro

* Doctor de la Universidad de Buenos Aires. Profesor del Doctorado de la Facultad de Derecho (UBA). Catedrático de la UBA (Historia del Derecho; Principios Generales del Derecho Latinoamericano) y de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora (Derecho Civil, Parte General). Director del Departamento de Ciencias Sociales de la Facultad de Derecho (UBA) desde 2012. Director del Programa de Cursos para el Doctorado (Facultad de Derecho, UBA) desde 2008. Co-Director de la Maestría en Cultura Jurídica (Universitat de Girona, Cataluña) desde 2014. Código ORCID: 0000-0002-9286-875X. Correo electrónico: ricardorabinovich@derecho.uba.ar

afecto, a decir verdad, resultó muy beneficiado por la electrónica, por aquellas formidables innovaciones tecnológicas de nuestra época que tanto transformaron las comunicaciones.

Carlos, justamente, desde su insondable cultura clásica y la comodidad con que se desplazaba por los siglos pasados, especialmente por los tres últimos, estaba encandilado por esas tecnologías. Hay historiadores que se acuartelan en el pretérito y se van transformando lentamente en piezas de museo, disgustadas con el mundo que les ha tocado para vivir. ¡Ese no era Ramos Núñez!

Por el contrario, no tardó en ver en las redes telemáticas el despertar de lo que solía denominar, no sin pasión, «un nuevo humanismo». Creía en la posibilidad de que se concretase, por medio de los hipervínculos y la digitalización de las obras, una forma tan nueva como extraordinaria de la Biblioteca de Babel imaginada por Borges. Soñaba con las promisorias alternativas que ese repositorio colosal e infinito ofrecería para las ciencias. Se volvía casi positivista ante ese espejismo, aunque presumo que él habría preferido otro adjetivo.

Carlos vislumbraba, con su sonriente optimismo, esa perspectiva nueva porque le preocupaba, de modo lacerante, la superficialidad reinante. Investigador concienzudo y agudo crítico, con una capacidad sobrenatural de digerir un libro entero en una noche y traerlo a la mañana siguiente lleno de papelitos que marcaban los pasajes que le habían llamado la atención, despertando objeciones o generando preguntas. Era, ante todo, un cultor de lo profundo. Quizás esa fuera la razón por la que rarísima vez se le escuchaban opiniones terminantes y, mucho menos, afirmaciones dogmáticas. Prefería insinuar sus verdades, deslizarlas como si fueran frágiles y pudieran deshacerse con solo pronunciarlas.

Ramos Núñez no temía al cambio de sus propias opiniones. Como buen hombre de ciencia, consideraba la mayoría de sus verdades como transitorias y se mantenía abierto al aprendizaje hasta niveles verdaderamente asombrosos. En clase, escuchaba a sus estudiantes con genuino interés, incluso a los menos despiertos y más novatos. No era raro que tomara notas, en minúscula caligrafía, de lo que ellos decían. Y si alguien mencionaba un libro o un artículo que él no había leído, pedía de inmediato que le repitieran el autor y el título, tomaba nota para buscarlo y luego no descansaba hasta encontrarlo, devorarlo con avidez y sumarlo a su impresionante biblioteca.

Era un comprador de libros inagotable. Recuerdo una vez, en Medellín. Habíamos dictado unas conferencias en una universidad elegante y nos habían pagado muy bien. Con el dinero fresco en los bolsillos, pasamos por la librería

del campus, que no estaba mal surtida. Yo compré algunos ejemplares, pagué y salí a avisarle que lo esperaba afuera. Carlos estaba con un carrito repleto de volúmenes y seguía colocando otros. Por supuesto, no le alcanzó el dinero que nos habían dado y tuve que prestarle la diferencia, por no hablar de los problemas de equipaje que vinieron después.

Los estudiantes lo adoraban, aunque era para ellos una incógnita. Les costaba hacer coincidir la imagen andina de ese hombre tranquilo y sonriente, exquisitamente irónico, con un sentido del humor tan omnipresente como sarcástico, a menudo acompañado de una risa entre dientes, socarrona y cómplice, y modesto hasta el cansancio, con la hoja de vida repleta de premios, medallas, logros, sucesos y publicaciones. Carlos nunca perdió ese aire de peruano de las alturas, ese tono profundo y la manera pausada de hablar, marcando mucho el sonido de cada letra, esa forma tan nítida de pronunciar las eses de la gente del Ande.

Su mirada rebosaba astucia e inteligencia, pero era imposible hallar en ella una mínima gota de soberbia. Ramos sabía que había leído mucho, pero era aún más consciente de todo lo que le faltaba por leer. Se equivocaría, sin embargo, quien pensara que esas carencias lo abrumaban: lejos de ello, las tomaba como un desafío. Sabía que no le alcanzaría la vida para recorrer todos los libros que habría deseado, pero creo que nunca imaginó que el tiempo que le quedaba sería tan poco.

Es que Ramos Núñez amaba existir. Muchas veces, cuando alguien fallece, especialmente si parte mucho antes de lo esperado, se suele repetir, como un cansado estribillo, cuánto disfrutaba de la vida. Pero en el caso de Carlos, cualquiera que lo conociera mínimamente sabía que ese encantamiento con la existencia era una de las marcas distintivas de su personalidad. Se notaba de inmediato en su sonrisa que estudiaba, o calaba, más bien, al otro; en sus ojos vivaces; en la broma pronta, ocurrente, irónica y jamás grosera o insultante. Le gustaba experimentar, conocer de fuente directa, pisar los caminos con sus propios pies. No desdeñaba la buena mesa ni las copas con amigos. Era duramente consciente de su diabetes, pero a menudo jugaba con fuego, bordeaba los límites, movido justamente por esa pasión de vivir que lo encendía.

Hay personas a las que resulta muy fácil encuadrar. He aquí un abogado penalista; más allá, una historiadora dedicada a ciertos temas; a lo lejos, un juez de familia, acompañado de una escritora. Quizás la mayoría de los seres humanos seamos susceptibles de marcos bastante sencillos, máxime en los tiempos del pospositivismo. Cuando, de repente, aparece alguien en quien los límites se desvanecen y se quiebran como un copo de nieve, esa anomalía desorienta e inquieta.

Carlos Ramos Núñez era uno de esos seres imposibles de encerrar en uno, en dos o en más cuarteles. Proveniente de la Atenas de los Andes, era un ateniense clásico, en el sentido de no dejar de lado ni las ciencias ni las artes. Profeta de un nuevo humanismo, aún en incubación, desgraciadamente, era él mismo un humanista pleno. Llevaba sangre de artistas y de científicos, que se mezclaba con la judicatura, la filosofía, la historia y el periodismo.

Y cuando digo «filosofía», no me refiero sólo a sus lecturas y conocimientos, sino a que él mismo filosofaba, y lo hacía con maestría. Por supuesto, sabía muchísimo de historia, pero además, y sobre todo, la hacía. La brindaba a través de impecables investigaciones, agudas y críticas, que cristalizaron en sus obras, algunas de ellas monumentales y absolutamente todas imperdibles.

No, no voy a hacer una biografía de Carlos. Estoy completamente seguro de que ya la harán, y no una sola. Se convocarán congresos en torno a su figura. Con su nombre se bautizarán instituciones, salas y medallas. Su retrato lucirá en universidades, tribunales y academias. Latinoamérica le rendirá una merecida apoteosis y su adorado Perú lo esculpirá en la gloria de sus más cuidados laureles. Las escuelas de las que fue alumno descubrirán placas de bronce que lo mencionen. Poblará miles de discursos y estará en decenas de tesis y de defensas. Todo eso y mucho más. No agregaré nada a esa constelación justa y necesaria, porque no me corresponde ni me creo capaz de hacerlo.

Me limitaré, en cambio, a llevar en mi memoria, mientras la conserve, el recuerdo de nuestros encuentros; a sonreír al calor de las anécdotas compartidas, incluso de aquellas que no contaré nunca; a escuchar, con esos misteriosos oídos del alma, su cantarina voz serrana y su tono irónico. Seguiré echándolo de menos, como lo he hecho desde el día en que supe de su inesperada partida, y mantendré en mi corazón la honra inenarrable, llena de un agradecimiento profundo, de haber gozado del privilegio cósmico de haber sido su amigo.

Carlos Ramos Núñez: Tribuno, historiador y amigo

 OSCAR ANDRÉS PAZO PINEDA*

Cuando se piensa en la figura de Carlos Ramos Núñez, uno puede asociarlo con la historia del derecho, con la cátedra universitaria, o con su rol como magistrado del Tribunal Constitucional, la corte de mayor impacto en el Perú. Por ello, resulta ciertamente un reto el tratar de explicar, en estas páginas, lo trascendental que han resultado sus aportes tanto para la comunidad jurídica como para la sociedad en general.

En similar sentido, también podría destacar las virtudes que, como persona, siempre lo caracterizaron: la predisposición a colaborar en cualquier proyecto, su trato cordial con toda persona o su característica e hilarante ironía, que permitía expresar, a su manera, lo que sentía y que todos percibíamos. Sin embargo, en este breve espacio me voy a referir a su rol en la difusión de la historia jurídica, así como su rol en la institucionalización de la justicia constitucional.

En el Perú, y siempre es importante recordarlo, el estudio de la historia, en general, no ha recibido la atención que merece, pese a la compleja y variada realidad cultural. Y si nos referimos a la historia del derecho, esa dedicación es aún

* Asesor del Tribunal Constitucional. Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú y magíster en Derecho Constitucional por la Universidad de San Martín de Porres. Docente de pregrado y posgrado en la Universidad de San Martín de Porres. Especialista en Justicia Constitucional por la Universidad de Pisa (Italia) y Castilla-La Mancha (España). ORCID: 0000-0002-0482-2410. Correo electrónico: opazo@tc.gob.pe

menor. De hecho, a diferencia de lo que puede advertirse en otras experiencias en el derecho comparado, no existen publicaciones periódicas que se especialicen en el estudio de la historia del derecho peruano. Ciertamente, contamos con algunos manuales que, fruto del esfuerzo estrictamente personal de sus autores, han visto a la luz y de los cuales podemos aun gozar en la actualidad. Sin embargo, carecemos de una dedicación metódica para esta disciplina.

Ahora bien, si queremos incluso ser más detallistas, la situación es aún más delicada si nos referimos al estudio de la historia constitucional peruana. Es todavía de consulta obligatoria la conocida *Historia de las constituciones nacionales* de José Pareja Paz Soldán, cuya versión más conocida se publicó en 1954 en Madrid bajo el auspicio de la Editorial Cultura Hispánica. El ilustre exrector sanmarquino Manuel Vicente Villarán también nos brindó una profusa obra dedicada al estudio de la historia constitucional y el derecho constitucional extranjero. Varios de estos estudios fueron recopilados en la obra *Páginas escogidas*, cuyo prólogo fue elaborado por Jorge Basadre. En similar sentido, Juan Vicente Ugarte del Pino también publicó *Historia de las constituciones del Perú* en 1978, con la Editorial Andina. Estos son tres de los mejores —y pocos— estudios dedicados a esta disciplina. La tendencia de las últimas décadas ha sido la de relegar el estudio de la historia del derecho y dedicar más atención a la jurisprudencia, con todo lo negativo y positivo que ello puede suponer.

En ese contexto, de olvido y postergación por el estudio de la historia del derecho peruano, la obra de Carlos Ramos Núñez es meritoria. En su monumental, y por ahora inigualable, *Historia del derecho civil peruano* empieza a desmenuzar no solo la normatividad que sentó las bases de esta disciplina, sino que, de manera inusual en nuestro medio, complementó estas referencias con alusión al contexto internacional de la época, lo que le permite al lector identificar, en mayor medida, la evolución de los fenómenos jurídicos en el Perú. Esta obra empezó a publicarse en 2003, bajo los auspicios de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y constituye el más elaborado trabajo dedicado a la historia del derecho en nuestro país. Lejos de lo que pudiera pensarse, los estudios de Carlos Ramos Núñez no solo brindaron importantes herramientas para comprender la evolución del derecho civil en nuestro país, sino que la información y los análisis efectuados también permiten identificar importantes elementos para valorar otras disciplinas, como el derecho constitucional o penal.

El autor pudo elaborar siete tomos, y su obra cierra ensalzando lo que él denominó como «la dogmática en triunfo», lo cual pretendía reflejar la madurez intelectual que caracterizó a la notable generación de juristas que, liderados por

José León Barandiarán, diseñaron el Código Civil de 1936. Lamentablemente, la prematura partida de Carlos nos privó de la posibilidad de un octavo tomo, en el que, muy probablemente, nos hubiese brindado importantes luces sobre el proceso y las ideas en torno al vigente Código Civil de 1984. El autor siempre quiso llevar este proyecto adelante.

Por otro lado, en su obra *El Código Napoleónico y su recepción en América Latina*, publicada en 1997 por la Pontificia Universidad Católica del Perú, encontramos un importante estudio histórico para dimensionar y contextualizar la forma en que el estudio del derecho civil se desarrolló en América Latina. Se trata de un libro que representa no solo una importante introducción para comprender su estudio de la historia del derecho civil peruano, sino que, además, permite que cualquier persona vinculada al derecho en Latinoamérica pueda dimensionar lo que supuso el Código de Napoleón para el desarrollo de las principales corrientes jurídicas en el continente.

Con posterioridad, sus estudios de corte histórico se van a vincular con el derecho constitucional, lo cual obedeció al inicio del ejercicio de sus funciones como magistrado del Tribunal Constitucional. Se puede destacar su imprescindible libro *La letra de la Ley. Historia de las constituciones del Perú*, el cual fue publicado por el Centro de Estudios Constitucionales en 2018. En todos los ciclos que he tenido la oportunidad de dictar el curso de historia constitucional peruana, he dejado este texto como de lectura obligatoria. No solo es un importante recorrido a las principales ideas en torno a las cartas constitucionales peruanas, sino que el autor, con un estilo pulcro y ameno, tiene la habilidad de poder sintetizar y trasladar ideas complejas a un público universal, algo que casi siempre se nos ha hecho difícil a las personas que nos dedicamos a la abogacía.

Sin embargo, más que esa importante obra, estimo que su principal contribución al estudio de la historia del derecho constitucional en el Perú la desarrolló como director del Centro de Estudios Constitucionales, cuyo actual prestigio debe mucho a la iniciativa de Carlos de querer hacer de esta entidad no solo un instituto para el estudio de la casuística, sino de posicionarla en el sitio que merece. Nuestro prolífico historiador y jurista demostró que, cuando hay conocimiento, dedicación y cariño por lo que se hace en el ámbito de la función pública, todos salimos ganando.

Su presencia en el Centro permitió no solamente la publicación de las ediciones facsimilares de las constituciones del Perú en 2017, sino que también se inició con la conocida colección denominada como Biblioteca Constitucional del Bicentenario, en la que se reeditaron textos tan relevantes para nuestra historia

constitucional como *Plan del Perú* de Manuel Lorenzo de Vidaurre, *Sátira constitucional peruana* de Felipe Pardo y Aliaga y Manuel Atanasio Fuentes, el *Curso de Derecho Constitucional* de José Silva Santisteban o los dos tomos del *Derecho Político General* de José María Quimper, entre otros destacados libros. También es importante destacar que impulsó la organización de eventos académicos en los que se podría abordar la vida y obra de destacados pensadores en la materia, idea que se condensó en el curso *Autores clásicos de Derecho Constitucional*, el cual no solo tuvo una muy aceptable recepción en el público, sino que además supuso una verdadera revolución en un mercado en el que, lamentablemente, se difunde más el estudio exegético de las normas que el del contexto que les dio origen.

Esto demuestra que Carlos Ramos no solo se dedicó a la redacción y publicación de estudios históricos, ya que, como se ha evidenciado, también pretendía revolucionar la forma en cómo se ha estudiado y abordado la historia del derecho en el Perú. Esta creatividad y proactividad en la difusión de la historia demuestra la profunda cercanía que lo unía con esa disciplina. Por esas casualidades de la vida, su último texto fue su *Historia del derecho peruano*, publicado por la editorial Palestra en 2019, y que nos ha dejado importante información sobre las normas existentes en la época pre-hispánica, colonial, y republicana, y que supone una indispensable guía si queremos conocer la forma en que el derecho ha evolucionado en nuestro país.

192

Finalmente, no podía dejar de referirme a la calidad humana de Carlos Ramos. Tuve la oportunidad de trabajar directamente con él durante el tiempo en que ejerció el cargo de magistrado del Tribunal Constitucional. Fui testigo de su compromiso con el país y su constante voluntad de generar consensos, característica que, a nivel global, es algo que progresivamente las sociedades están perdiendo. En muchas oportunidades adoptó decisiones que, muy probablemente, él no compartía en lo personal, pero que sabía que reflejaban el espíritu de la Constitución peruana.

Muchas veces se pierde de perspectiva que la norma fundamental no es un simple reflejo de nuestras creencias o preferencias personales, sino que es un documento que pretende reflejar un legado vinculado con nuestra historia y valores. Quizás ese sea el mayor reto que debe adoptar cualquier persona que asuma el importante rol de magistrado del Tribunal Constitucional. En ese sentido, Carlos siempre se preocupó de velar porque la Constitución sea respetada en su integridad, y estimo que es algo que nos corresponde imitar.

Rigor bibliográfico y el historiador del derecho

 EDDY CHÁVEZ HUANCA*

«[...] recuerdo que, después de tenerme varios meses fichando los mitos y leyendas, [Raúl] Porras me hizo pasar a máquina en un solo manuscrito todas sus monografías y artículos editados y también los capítulos inéditos sobre [Francisco] Pizarro, a los que iba agregando notas, corrigiendo y añadiendo páginas».

El pez en el agua

MARIO VARGAS LLOSA

193

LA PRECISIÓN COMO HÁBITO

Dentro de las etapas que se sigue para una investigación jurídica, los escollos que suele enfrentar un investigador son cuatro: la elección y delimitación del tema, el planteamiento del problema y la formulación de las hipótesis. La primera de estas es la que suele agotar el mayor tiempo desde que se da inicio a la investigación, si se tiene resuelta la segunda ya se ha resuelto la mitad del problema del diseño de una investigación, y las dos últimas, con un poco de interés y destreza, basándonos en el ensayo-error, se logra alcanzar su elaboración, la misma que suele tener moderadas variaciones conforme se va redactando y evaluando los avances

* Abogado. Maestro en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú. ORCID: 0000-0003-4385-3436. Correo electrónico: echavez@pucc.edu.pe

de la investigación. Todo lo mencionado, y más, lo encontrará en la primera parte de un manual de metodología de investigación jurídica decente, y en la segunda parte de estos manuales se suele anotar los utensilios y la parte artesanal de una investigación, desde las formas mínimas de presentación hasta los estilos de citado; cierran con una serie de anexos donde se adjuntan listas de investigaciones realizadas en las facultades de derecho más prestigiosas. Cabe añadir que aún es deuda pendiente, para quienes elaboran estos manuales, sumar un capítulo dedicado a desarrollar un breve marco teórico y ejemplos de cómo debe ser la sustentación de la tesis, escenario, tiempo, absolución de las preguntas, defensa de la tesis en sí misma, incluso desarrollar como debe ser el desenvolvimiento del jurado evaluador. En esta oportunidad, nos vamos a ocupar, dentro de lo que es la parte artesanal, al acopio de información a través del uso de fichas textuales. En relación a ello, Ramos (2014) señala lo siguiente:

[F]omentan la recolección sistemática de la información; facilitan la acumulación de material disperso en enciclopedias, libros y revistas especializadas; permiten crear un banco de datos cómodo y manejable; y estimulan los procesos de abstracción, generalización y síntesis en torno al tema de nuestro trabajo. (p. 194)

[...]

Las fichas textuales o de *transcripción* son usadas cuando determinados pasajes de un autor nos parecen tan interesantes y valiosos (o precisamente todo lo contrario), de un modo tal que merecerían un lugar en nuestra tesis. (p. 203)

Para un investigador, una de las etapas más importantes en una investigación es la recolección de datos. Este es un trabajo inconmensurable, para lo cual resulta útil que quien desarrolla las pesquisas tenga definidas sus líneas matrices de investigación desde donde pueda abordar de manera interdisciplinaria o transversal el tema elegido, este es el caso de los investigadores profesionales, cabe decir, aquellos académicos abocados a la pesquisa, lectura, estudio, exposición y disertación de un tema, estos *son los menos*. Quienes *son los más* son aquellos que se enfrentan por primera vez al estudio de un tema, ya sea por exigencias curriculares (obtener un grado académico) o necesidades administrativas (cumplir con un requisito para obtener una plaza de profesor universitario o un ascenso laboral, por ejemplo), Consecuencia de estos dos últimos sucesos es el elevado número de egresados de los programas de posgrado y la elevada oferta (en cantidad, calidad y costos) de cursos sobre metodología de investigación *express* dirigida a los egresados en apuros.

En el caso de los investigadores profesionales, ya tienen su tema de interés trazado por sus líneas de investigación. Por citar dos ejemplos, está el caso del catalán Román Gubern, quien tiene como una de sus líneas de investigación la *historia del cine*, o el caso del agasajado, que su línea de acción era la *historia del derecho civil peruano*, por añadidura se da el abordaje a otras inquietudes temáticas como es el caso de la *censura* o el *eros electrónico* para el primero y, *derecho y literatura* para el segundo. Al ya existir intereses definidos por el investigador, no habrá mayor problema y será la búsqueda inagotable y, —en apariencia— a veces inaccesible, de fuentes de información como parte de su día a día, una labor que no se agota nunca y que en los resultados se manifiesta el rigor y erudición con la que se trabaja. Hechos todos los esfuerzos en la etapa de pesquisas, finalmente, con intervención o no del *activismo del investigador (historiador)*, siempre serán resultados parciales y no definitivos a los que uno arribe. Para el caso de este grupo selecto de investigadores, el acopio, anotación y seguimiento de la información no será mayor problema, ya que siempre ira acompañado de un estilo de trabajo, metodología y una férrea disciplina, donde se evitará a toda costa la especulación y el escribir de memoria. Para este grupo es un hábito ganado, la precisión en la selección de información y en la mayoría de casos, la real dimensión de la importancia que resulta el uso de fichas. Experto o novato, el plan de trabajo y su ejecución debe incluir la presentación de fichas (con énfasis en las textuales), siendo el siglo XXI, el soporte es variable, ya sea utilizando la forma tradicional de forma manuscrita o la forma posmoderna haciendo uso de un software de identificación y acopio de información, más la gestión de la inteligencia artificial. En relación al uso de los contenidos de las fichas textuales como citas directas, Ramos señala lo siguiente:

Es probable que esa cita, o parte de ella, pase textualmente como una cita directa en nuestra tesis. Si es así, y tenemos las fichas correspondientes, no será indispensable trasladarnos a la biblioteca para solicitar el volumen, ni hurgar en un mar de fotocopias subrayadas y anotadas, ni habremos de agotar nuestras varias libretas de apuntes y cuadernos. Incluso en el supuesto de que nuestra opinión haya variado desde nuestra primera lectura, siempre quedará el pasaje para citarlo críticamente, para recrearlo, o únicamente para consignar su existencia en una nota de pie de página. En todos los supuestos, el dato que ofreceremos será fiel al contenido y la fuente estará correctamente señalada. (p. 204)

EL FANATISMO POR LA PRECISIÓN

En la película *León: el profesional* de Luc Besson (Francia, 1994), se desarrolla una escena donde León (Jean Reno) le solicita a su empleador Tony (Danny Aiello) armas de fuego comunes, entre ellas, una de larga distancia con mira telescópica. Esa solicitud causa sorpresa a Tony, un mafioso italoamericano, quien comenta en voz alta qué podría estar sucediéndole a su ejecutor profesional. A esto, León responde que es para entrenamiento. Esta escena da la impresión de que el haber alcanzado un nivel tan alto de experiencia en el que este *profesional* puede acabar con sus propias manos con el *cliente*, ya podría confiar en sus años de experiencia sin la necesidad de volver al entrenamiento básico. En realidad, necesita las armas para poder entrenar a Matilda (Natalie Portman), pues ella le ha pedido ser como él. Al margen de ese evento, si uno integra las demás escenas de la película, León se está entrenando de manera permanente, cuida al mínimo cada detalle de su indumentaria, equipo a utilizar, estudia las escenas donde realizará el trabajo y tiene el perfil de cada uno de sus clientes, no deja ningún detalle al azar, al elegir donde vivir, o donde ha de ubicarse para iniciar su «trabajo», se anticipa a lo que pueda suceder, fomentando así un resultado favorable a su accionar.

La mejor manera de acercarse a un tema de investigación para problematizarlo, desarrollar una propuesta y concretar un resultado es con disciplina y orden. Es una labor de largo aliento el organizar información (ideas, fechas, imágenes) desde un punto de vista cronológico —es de ayuda metodológica sobre todo al principio— o de forma institucional, tendrá éxito si hay una constante y ardua lectura. De los tres tipos de lectura existentes: literal, crítica e inferencial, se necesita un caudal importante de información debidamente gestionado para abordar con éxito esta última, —valga el énfasis— con disciplina por parte del investigador y orden en atención a los datos gestionados. Para el investigador novato, si aún no están las líneas de investigación definidas o aun asoma a lo lejos el inicio de elaboración de una tesis, por ejemplo, será un error esperar que primero se den estos acontecimientos; la investigación es labor constante. Con referencia alegórica a la película en mención, no basta con un curso o un poco de entrenamiento, como el caso de Matilda. León lo sabía, había que estar preparado siempre hasta llegado el momento. En referencia a las fichas textuales, si se las va elaborando desde los primeros cursos de carrera, advertirá que, con el paso de los años, todo ese acervo conceptual y teórico será un torrente que ha de servir como parte de cultura general en principio y como parte de ideas especializadas en particular, dado el momento que se llegue a desarrollar un marco teórico, o de ser el caso una exposición oral, usted podría organizar y gestionar las ideas para un marco teórico con relativo éxito.



León y Matilda en León: el profesional de Luc Besson (Francia, 1994)

Una de las cosas que Mario Vargas Llosa destaca de su mentor en épocas de juventud, el historiador peruano Raúl Porrás Barrenechea, es la disciplinada verificación de las fuentes a la hora de usar información para un trabajo escrito o como parte de exposiciones orales en las aulas universitarias. Dicha exhaustividad sería asimilada y lo acompañaría toda su vida en sus labores como escritor. Una de las primeras oportunidades donde ello se vería reflejado es en su trabajo *Bases para una interpretación de Rubén Darío* a la postre su tesis presentada para obtener el grado de bachiller en Humanidades, en la UNMSM, en 1958. La misma que fue criticada con dureza por el propio autor —véase sus memorias—, de la cual en su momento prometía hacerle correcciones y mejoras para que termine siendo una publicación «decente», publicación que de mano propia no ocurrió. Alcanza su crítica a la conmisericordia que tuvo con su trabajo el jurado evaluador, cosa que el propio Vargas Llosa también achaca a una baja calidad académica del momento. Críticas aparte, el escritor mistiano recibió formación histórica, tanto en teoría como en la práctica, de parte de Raúl Porrás Barrenechea. Fuera de las conversaciones coloquiales o las lecturas de entretenimiento, cuando acometía en planificar o desarrollar sus relatos de largo aliento como una novela o aquellos de corto alcance como artículos periodísticos, no se confiaba en hablar o escribir de memoria, de esa manera le cerraba el paso a realizar un uso tergiversado o fuera de contexto de las ideas del autor, ya sea para luego criticarlas o apoyarse en las mismas. En relación a ello, respecto del historiador pisqueño, Vargas Llosa (2023) señala lo siguiente:

Porrás tenía el fanatismo de la exactitud y era incapaz de afirmar algo que no hubiera verificado. Sus espléndidas exposiciones estaban siempre acotadas con la lectura de unas fichas, escritas en letra diminuta, que se llevaba muy cerca de los ojos para deletrear. En cada una de sus clases teníamos la sensación de estar oyendo algo inédito, el resultado de una investigación personal. Al año siguiente, cuando empecé a trabajar con él, comprobé que,

en efecto, Porras Barrenechea preparaba ese curso que dictaba ya tantos años, con el rigor de quien va a enfrentarse a un auditorio por primera vez. (p. 285)

[...]

Porras profesaba una admiración sin reservas por Riva-Agüero, al que consideraba su maestro y con quien tenía en común la **meticulosidad para el dato y la cita**. (p. 330)

(énfasis agregado)

Vargas Llosa, imbuido del estilo flaubertiano, sumado a su equipaje de filólogo, cultiva el hábito de realizar pesquisas con minuciosidad histórica, ha de generar un estilo propio que perfeccionará con el paso de tiempo, llega a analizar las estructuras metodológicas y causas de las conductas sociales de personalidades del espectro académico peruano, al realizar esta labor, muchos de sus detractores al asumirse aludidos, caerían en la respuesta *ad hominem*, la mayoría de ellos confundirían la crítica con el análisis, pondrían en evidencia su falta de técnica para el análisis y presa de los apasionamientos, ecos de un ambiente cortesano donde se aplaude todo, se critica poco, se analiza nada y se habla mucho, caen en la falta de hendiduras cuando se evalúa una propuesta de investigación. Desde lo plausible cae en sus análisis otro historiador, el tacneño Basadre:

198

Jorge Basadre, la última gran figura intelectual no provinciana que haya producido el Perú. Nunca había hablado con él antes. Era menos anecdótico y chispeante que Porras Barrenechea, pero mucho más interesado por las ideas, las doctrinas y la filosofía que este, con unas visiones de conjunto sobre los problemas históricos y una vasta cultura literaria. **El orden y la discreta elegancia** de su casa parecían reflejar la **organizada inteligencia del historiador**, su claridad mental. Carecía de vanidad y no hacía el menor esfuerzo por deslumbrar; era parco y cortés, pero muy sólido. (p. 546)

(énfasis agregado)

Con un interés jurídico, haciendo uso del método exegético, Ramos se suma a los inquietos por abordar la literatura desde la abogacía, a extraer frases, diálogos y pasajes de líos judiciales. En ese afán, en su libro *La pluma y la ley. Abogados y jueces en la narrativa peruana*, Ramos (2007) dedicaría un espacio a la narrativa vargasllosiana, tal como demuestra en el tercer capítulo titulado Tres abogados fallidos: Vargas Llosa, Ribeyro y Bryce Echenique. En el mismo sentido de escudriñar la ley en la literatura, un trabajo previo abocado a reunir frases y diálogos como en una suerte de máximas judiciales es el de Maruja Barrig llamado *La ley es la ley: la justicia en la literatura peruana: antología*.

LA SEGUNDA VIDA DE LO OBSOLETO

Libre de eufemismos, este primer cuarto de siglo que se diluye en veloces contradicciones, ha sintetizado y se ha mostrado quebrando paradigmas —aparecen nuevos—, como aquel que terminó siendo una frase vulgar de «quien tiene la información tiene el poder». Hoy, el acceso a la información es hipertrófico. Lo que más se ha generado es una suerte de nuevo primitivismo por el uso mecánico y repetitivo de plataformas y contenidos solo como elementos distractores. Hay también actividades que ven como una amenaza todos los cambios tecnológicos que aceleran nuestra cotidianidad. La forma en como el tiempo (cronológico, estacionario, etc.) organizaba y atrapaba nuestras actividades ha pasado del orden al caos e irrumpe una vez más el *ludismo* y los *luditas posmodernos*, que ven como una catástrofe todos estos cambios. En lo que acontece al acceso a la información, está ya no es más un privilegio del que gozaban los académicos o que los centros de información quedaban guarecidos de manera centralizada en las universidades. De manera optimista, puede creerse que el alcance del conocimiento científico al que acceden de manera masiva, ya sea por la hipertrofia de oferta educativa o por simple interés del autodidactismo, ocasionaría una circunstancia mejor formada e informada; ha ocurrido todo lo contrario.

Incluso, arrastra una condición de salud donde se precariza la salud mental, la depresión, el agotamiento mental y la cultura zombi (existir sin ningún motivo o razón aparente) que ha logrado imponerse y las brechas sociales se manifiestan en el ecosistema digital en el cual interactuamos. Ya hay expuesta una clasificación sustancial ocasionada por las brechas digitales, la de *inforicos* e *infopobres*. Desde la filosofía, las consecuencias de esas circunstancias las expone en sus trabajos el filósofo Byung-Chul Han, por ejemplo, en *La sociedad del cansancio* visibiliza la autoexplotación y el eterno no descanso a causa del afán por rendir más allá de los límites físicos y mentales, además de exponerse a una maligna saturación de emociones e información y muerte del alma.

Ese escenario viene retratado de manera constante en la cultura audiovisual. Seong Gi-hun (el jugador 456) es uno de los personajes principales de la popular serie *El juego del calamar* de Hwang Dong-hyuk (Corea del Sur, 2021-2025). El protagonista es un perdedor, apostador empedernido, nadie lo respeta, le importa poco su familia, vive endeudado con unos mafiosos locales, todo dentro de un relato audiovisual bastante veloz, a comparación del cine que se produce en Hispanoamérica. Después de estar sumido en angustias de ludopatía y necesidad económica, es elegido por uno de los reclutadores del *Squid Game*. Así se da inicio a una espiral de emociones donde se encontrará con otros descartados o autodescar-

tados, la mayoría delincuentes, estafadores, algunos pocos son gente que cayó en desgracia, que jugarán a muerte por alcanzar el premio mayor —el único premio en realidad— que pueda aplacar sus necesidades y deudas en el mundo exterior. Uno de los elementos antagonistas está conformado por los *VIPs*, un grupo selecto de millonarios y multimillonarios, que ya no saben cómo ocupar su tiempo libre ni como distraerse, se dedican a apostar quien será el ganador del *Juego del calamar*, ambos grupos viven una alteridad acelerada, los infopobres se están volviendo locos, ya no les interesa vivir, a los inforicos, menos les interesa quien muere.



Seong Gi-hun y un grupo de VIPs

El juego del calamar de Hwang Dong-hyuk (Corea del Sur, 2021-2025)

Squid Game retrata como los problemas cotidianos viajan a una hipervelocidad con estrecho margen para la reflexión, dramatizada irónicamente en juegos de niños bajo el formato vigente, de un licuado de realidad y ficción hiperviolento. Como es un tema de moda, no por ello es efímero, uno de los problemas silenciosos más presentes en la actualidad es todo el caos emocional generado por la hipervelocidad con la que vivimos en la actualidad; ansiedad, permanente inestabilidad, abatimiento, adicción a los artilugios digitales, etc. Un acápite necesario es tener como un capítulo de investigación, tanto desde lo académico como de la salud, a *las emociones y el derecho*. Para el caso del investigador de derecho, resulta oportuno que se fomenten mayores estudios sobre los padecimientos y secuelas generadas por el tiempo que se discurre fuera de casa, las horas que dedica a la abstracción de la materia jurídica, las actividades permanentes fuera de horas regulares, etc. Se suma a ello que los problemas presentes para el investigador se deben a la sobreabundancia de información, es un inconveniente que sufren muchos investigadores por no saber qué hacer con la información. La hiperbiblioteca global digital ha desmontado el paradigma de que la información es poder,

hoy más que cualquier otra época, la poca maniobrabilidad de tan descomunal cantidad de información ha precarizado a la mayoría de investigadores. Para el orden conceptual de las cosas es de utilidad las fichas textuales o si tiene otro tipo de actividad tradicional para organizar las ideas de su marco teórico, adviértalo y llévelo al uso de manera cotidiana.

En atención al párrafo anterior, lo que hoy parece obsoleto o susceptible de ser descartable resulta útil más que antes, entre varias cosas se advierte: la organización de las ideas que permitan concentrar y delimitar el tema de investigación, así como para hacerle frente a la hipérbole y atrofia de los sentidos, causa de la hemorragia informativa, ya sea por el acceso libre a millones de textos o por los fragmentos, *reels* y *resumencracia* imperante. Al mismo tiempo será entretenido intelectualmente si usted le da una segunda vida a algo considerado obsoleto, las fichas textuales. Al respecto, Giorgio Agamben (2014), al exponer la *filosofía de lo roto*, señala:

Entre 1924 y 1926, el filósofo Sohn-Rethel vivió en Nápoles. Al observar la actitud de los pescadores que luchaban con sus barquitos a motor y la de los automovilistas que intentaban hacer arrancar sus viejísimos autos, formuló una **teoría de la técnica** que definía graciosamente como «filosofía de lo roto» (*Philosophie des Kaputten*). Según Sohn-Rethel, para un napolitano **las cosas empiezan a funcionar sólo cuando son inutilizables**. Esto quiere decir que el napolitano en realidad empieza a usar los objetos técnicos sólo desde el momento en que dejan de funcionar; las cosas intactas, que funcionan bien por su cuenta, lo irritan y le causan odio. Y sin embargo, clavándoles un trozo de madera en el punto justo o dándoles un golpe en el momento oportuno, logra hacer funcionar los dispositivos según sus propios deseos. Este comportamiento, comenta el filósofo, contiene un paradigma tecnológico más alto que el de uso corriente: la verdadera técnica comienza sólo cuando el hombre es capaz de oponerse al automatismo ciego y hostil de las máquinas y aprende a desplazarlas hacia territorios y usos imprevistos; como aquel muchacho que en una calle de Capri había transformado un motorcito roto de motocicleta en un aparato para hacer crema batida. De algún modo, aquí el motorcito continúa girando, pero con vistas a nuevos deseos y nuevas necesidades; la inoperosidad no se deja a sí misma, sino que deviene el pasaje o el «ábrete sésamo» de un nuevo uso posible. (pp. 146 y 147)

(énfasis agregado).

Si bien existen softwares avanzados para la recopilación y organización de datos, un abogado con formación histórica no debe emocionarse con estos cambios que solo acompañan en facilitar las labores mecánicas, no se debe empeñar en que las abstracciones jurídicas resulten de las síntesis mecánicas generada por la IA. El uso de las fichas textuales (ya sea en el soporte de papel o digital, el que usted prefiera) es un aliado contra la atrofia académica. En esa línea, los softwares de verificación (Turnitin, Copyscape, Duplichecker, etc.) del uso de fuentes y citas en el trabajo académico han develado también que antaño se ha escrito bastante de memoria o apoyados en la erudición del escritor, las mismas que son falibles o, peor aún, se ha puesto en evidencia que un importante porcentaje de trabajos de investigación son parafraseados sin ni siquiera citar a los autores que se han consultado —con o sin mala fe— sin ningún rigor y responsabilidad en el uso de las citas textuales. En este extremo de contar con un mínimo marco metodológico, cabe anotar que el libro con el que más fue referido Carlos Ramos ha sido su manual de metodología de investigación titulado *Como hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento*.

MEMORIA SUREÑA

202

En la historia del derecho altioplánico, tanto por labor forense como actividad académica, destaca la figura de Augusto Ramos Zambrano, figura señera del foro carolino, cuya sensibilidad y oficio de historiador puso al servicio de su terruño, manifestándolo con innumerables trabajos académicos que hicieron visible la cultura jurídica desarrollada a orillas de la ciudad lacustre. Caí en cuenta del historiador altioplánico al leer el libro *La batalla por Puno* de José Luis Rénique (2004), quien tenía como parte importante de sus fuentes históricas regionales la labor de Ramos Zambrano, un afecto rendido hacia una mirada integradora entre Perú y Bolivia, que congratulaba que sus obras sean difundidas por esas latitudes. Conocí al historiador gracias a que su hijo, Carlos Ramos Núñez, tuvo la gentileza de presentarnos en el ya lejano 2004. De este último ya había leído los relatos histórico, jurídico y sociales de la confederación Perú-Bolivia, narrada en el volumen dos de su obra más importante, la *Historia del derecho civil peruano*, publicado en el 2001. Se advertía una continuidad (en mayor medida heredada de su padre) en su labor de historiador (del derecho), tanto por las bondades del trabajo en archivo como por aquella correspondencia bibliográfica que tenía bien cubierta en las ciudades principales del Perú después de Lima, lo que le hacía superar el sesgo centralista en el que muchas veces trastabilla el investigador nacional. En el mismo sentido, su correspondencia y vigencia internacional le hacía superar con creces cualquier rezago de mirada provinciana o regional en la labor académica, viajaba mucho y

siempre volvía cargado de folletos y libros, no solo sobre historia y derecho, sino de toda otra implicancia que sea de su interés. Respecto de la labor del historiador del derecho, de Trazegnies (2001) señala lo siguiente:

[E]l historiador del Derecho no es un tranquilizador de conciencias, no es quien proporciona el refugio venerable a las inquietudes, quien acalla las dudas y nos lleva a un grado de aceptación que hace innecesaria la imaginación creadora. Lejos de ello, el historiador es más bien un provocador, una persona que nos hace ver que todo se mueve y que todo pasa; por tanto, tenemos la obligación de marchar hacia delante y de crear la historia del mañana. En esta forma, el historiador nos enrostra nuestra responsabilidad frente al futuro, precisamente porque le da el lugar de pasado al pasado y porque destruye toda pretensión de permanencia del presente. (pp. 65 y 66).

Cierre

El epígrafe que acompaña la presente semblanza es el hilo conductor de aquellas pesquisas e investigaciones que han quedado a medio hacer o en meras inquietudes. Ello acontece desde el estudiante novel hasta el investigador experto, como lo era Raúl Porras Barrenechea, quien nunca pudo terminar de escribir y publicar una obra sistematizada de la *historia de la conquista*, que era uno de sus tantos anhelos como historiador. Ramos dejó una cantidad importante de actividades pendientes, caviló en realizar una historia del derecho civil hispanoamericano, planeaba en voz alta elaborar un manual de derecho romano y otro de historia del derecho, a los cuales prometía brindar una oficiosa didáctica sin dejar de darle el mismo rigor que a sus obras más importantes. Hasta el final de sus días seguía en acopio del néctar jurídico en las novelas que leía, también le hacía ilusión reeditar las obras de Don Augusto, su padre, fue impávido en asumir la soledad del historiador en su gabinete, esa soledad que rompía con ironía cuando se encontraba con sus amigos, aquellos que lo recuerdan con anécdotas inacabables.

Cuando se escribe sobre la historia —de algo o de alguien—, sin duda la fidelidad y rigor a la hora de utilizar las fuentes es fundamental, en igual medida si la historia logra incomodar, es un buen síntoma. Ramos expone las contradicciones de la historia abogadil y la práctica judicial, hace visible la existencia de la identidad del derecho civil peruano, las idas y vueltas de los interminables líos de tierras en las orillas del Pacífico, en los Andes y Amazonía, la vida señera de los hombres del foro, las calamidades, crisis y reconstrucción nacional desde la actividad forense. Su trabajo resulta una provocación para el historiador que solo custodia el poder. Al respecto, Díaz Villanueva (2024) señala:

Los historiadores, muy especialmente los historiadores cortesanos, han escrito muchas veces al dictado del poder político, no solo damnificando la memoria de los enemigos de sus reyes y benefactores y loando las gestas de los suyos, sino que parecen haber dictaminado que se dieron unos periodos en la historia que marcan para bien o mal la historia. Para estos historiadores hay siglos de oro y siglos de bronce o hierro, eras de luz y eras oscuras, reyes mayores o reyes menores, que coinciden curiosamente con el esplendor o no de los estados. (p. 5)

El homenajeado —con intermitencias— practicaba el hábito de usar fichas resumen y bibliográficas, sobre todo, el uso de las fichas textuales que, dentro del vaivén diario, lo acompañaban en cuanto labor docente o de investigación había desarrollado. Ello le permitía exponer —de manera escrita u oral— con mayor precisión aquellas ideas que defendía o que criticaba, todo ello apoyado en las fuentes bibliográficas que se encontraban bien cuidadas para su uso en las referidas fichas. Para muestra, dos ejemplos: cuando llevé a cabo la investigación sobre la vida y obra de Jorge Basadre como historiador del derecho (Ramos, 2009) y sobre el tema de codificación (Ramos, 2000). Las mismas son fruto de tramos largos de investigación donde —para el caso presente— fue copiando, sumando, discriminando ideas y circunstancias a través de las fichas de cartulina. Ramos fue mi profesor de Historia del Derecho, para después ser mi asesor de tesis de maestría en Derecho civil y, por tal calidad, el día de la sustentación acompañaría a los miembros del jurado evaluador conformado por Fernando de Trazegnies¹ y Leysser León, esa ya es otra historia.

BIBLIOGRAFÍA

Agamben, G. (2014). *Desnudez*. Adriana Hidalgo.

Díaz Villanueva, F. y Garín, A. (2024). *Contra la Revolución Francesa. Ni libertad, ni igualdad, ni fraternidad*. HarperCollins.

¹ Respecto de la obra de Fernando de Trazegnies, se viene desarrollando la publicación de la Serie Pensamiento Iberoamericano: 1. Posmodernidad y derecho, 2. Pensando insolentemente, 3. La idea del derecho en el Perú republicano, 4. Testigo presencial, además, se llevó a cabo la publicación de Ciriaco de Urtecho Litigante por amor en el Fondo Editorial de la Universidad Autónoma Latinoamericana UNAULA de Medellín, Colombia, gracias a los buenos oficios del profesor Martín Agudelo Ramírez. Asimismo, tuve la oportunidad de colaborar con el autor principal: Ramos Núñez, Carlos. (2009). «Fernando de Trazegnies: 'jurista por amor'» En: Homenaje a Fernando de Trazegnies Granda. Vol. 1. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2009., pp. 45-71. La misma, también fue publicada en Athina: revista de derecho. Universidad de Lima. Año 4 n.º 8, 2010. pp. 357-380.

- Ramos Núñez, C. (2000). *Codificación, tecnología y postmodernidad: la muerte de un paradigma*. PUCP.
- Ramos Núñez, C. (2007). *La pluma y la ley: abogados y jueces en la narrativa peruana*. Universidad de Lima.
- Ramos Núñez, C. (2009). *Jorge Basadre: Historiador del Derecho y Comparatista*. Grijley
- Ramos Núñez, C. (2014). *Cómo hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento*. Grijley.
- Trazegnies de, F. (2018). *Pensando Insolentemente*. Grijley.
- Vargas Llosa, M. (2023). *El pez en el agua*. Alfaguara.

Carlos Ramos Núñez: un historiador del derecho en el Tribunal Constitucional peruano

 AUGUSTO ZEGARRA RAMOS*

207

INFLUENCIAS TEMPRANAS

Han transcurrido más de tres años desde el acongojado deceso del tribuno Carlos Ramos Núñez, quien nos dejó un 21 de setiembre de 2021, a pocos días de haber cumplido 61 años. Sin embargo, su presencia cultural e influencia jurídica quedan manifiestas en un sinnúmero de publicaciones que han permitido conocer vastos páramos de la historia del derecho peruano y, por qué no, del llamado movimiento derecho y literatura, del que ha sido un influyente directo en su hodierno nacimiento en el país¹.

El tío Carlos, como lo solíamos llamar, era un voraz lector permanente. Ese hábito de lectura no era ajeno a la familia; ya que esa influencia se encontraba marcada desde su padre, quien fue mi abuelo, el historiador y magistrado Augusto Ramos Zambrano.

* Abogado por la Universidad Católica San Pablo de Arequipa, Maestro en derecho penal por la Universidad de San Martín de Porres. Código ORCID: 0009-0004-2370-522X. Correo electrónico: augusto.zegarra.ramos@gmail.com

¹ Véase Ramos Núñez, C. A. (2007). *La pluma y la ley: abogados y jueces en la narrativa peruana*. Fondo Editorial de la Universidad de Lima.

Mi abuelo, nacido en la localidad de Pucará, perteneciente a la provincia de Lampa del departamento de Puno, tuvo desde temprana edad una insólita afición por el mundo de las letras y, sobre todo, por la historia de su región. Puedo atreverme a decir que sentía una obsesión por la investigación de los movimientos campesinos del altiplano puneño y de la rebelión de Túpac Amaru, a los que dedicó más de quince libros en una época en la que la investigación en Puno —y el resto del país— era *amateur* y las técnicas para desarrollarla eran cuasitánicas, con esfuerzos económicos subvencionados por él mismo para lograr el acopio de documentos históricos y demás.

Papá Augusto, como solíamos llamarlo, poseía una biblioteca personal en la ciudad de Arequipa, en la cual conservaba piezas históricas de primera mano, muchas de ellas obtenidas por medio de la conocida familia Choquehuanca de Lampa, sobre quienes escribió incluso una tesis para obtener el bachillerato en Derecho en la Universidad San Antonio Abad del Cusco sobre José Domingo Choquehuanca, el cantor de Bolívar. En esta universidad, cursó estudios con distinguidos intelectuales, entre los que destacan el historiador cusqueño Jorge Flores Ochoa y el expresidente de la República don Valentín Paniagua Corazao. Cabe destacar que, en el libro *Tormenta altiplánica*, Alberto Flores Galindo le dedicó unas líneas, en las cuales destacó

208

la combinación entre el historiador y el memorialista, en otros términos, la amalgama entre investigación y testimonio. Tras esto está la búsqueda de una identidad personal y regional. Es la obra de un provinciano que escribe sobre y desde su provincia (como se citó en Ramos Zambrano, 1990, p. 10).

Por su parte, el tío Carlos le dedicó unas sentidas líneas a mi abuelo:

El interés por la historia en mi padre, sin embargo, no se situaría en reconstruir una edulcorada cadena del árbol familiar: algún cacique, los mineros portugueses, los letrados, los comerciantes, o los sacerdotes y monjas, etc. Lo que le llamaba la atención eran los movimientos sociales y sus líderes: Túpac Amaru, Pedro Vilcapaza, Ezequiel Urviola, Teodomiro Gutiérrez Cueva (también conocido como Rumi Maqui). No obstante el origen de mi padre y su pertenencia a un espectro que, *grosso modo*, por lo menos hasta antes de la Reforma Agraria llamaríamos de los *mistis* (en oposición, por criterios puramente descriptivos, a las poblaciones aborígenes de las haciendas), tuvo un compromiso político e ideológico desde sus épocas de estudiante de Derecho en la Universidad San Antonio de Abad del Cusco, compromiso que empleó para contar la historia social de Puno y la de sus protagonistas (Ramos Zambrano, 2016, p. 16).

Ese constante bagaje cultural e interés por la historia constituyeron la piedra angular para formar al historiador del derecho Carlos Ramos Núñez, nacido entre libros y acompañado por las lecturas de los girondinos y jacobinos. También influyeron los viajes al sur del país junto a su padre, quien, de la mano, le mostraba las técnicas de investigación que empleaba, desde bibliotecas olvidadas hasta recintos preincaicos como las ruinas de Sillustani o los reductos de Pucará.

El literato e historiador constitucionalista

Hace aproximadamente quince años, la Comisión Especial Evaluadora de los Candidatos a Magistrados del Tribunal Constitucional del Congreso de la República entrevistó al doctor Carlos Ramos Núñez². En esta audiencia, llamó poderosamente la atención que le preguntaran sobre cuál era el área del derecho donde podría prestar servicios para el Tribunal Constitucional, si desde la especialidad civil, penal o, naturalmente, constitucional.

Muy elocuentemente, el entonces candidato a tribuno respondió lo siguiente:

Los tribunales constitucionales suelen tener una conformación mayoritariamente de constitucionalistas, entendiendo por constitucionalistas a profesores de Derecho Constitucional. Creo que la Constitución es una cosa tan seria como para dejarla en manos de solo constitucionalistas. Tenemos el caso de Italia, de España y otros tribunales constitucionales o de cortes supremas, como la argentina, la mexicana o la brasileña —que hacen las veces de corte constitucional—, que tienen entre sus miembros a exponentes de otras tendencias académicas.

En el campo de la historia del derecho, quisiera recordar dos casos emblemáticos: el de Francisco Tomás y Valiente, que fuera uno de los primeros magistrados del Tribunal Constitucional español, gran profesor de Historia del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, gran autor de muchísimos libros, y que fuera asesinado por la ETA cuando dejó el cargo de magistrado del Tribunal Constitucional; y que, con sus votos, realzó la función del Tribunal Constitucional español.

Solo hace unos meses, en Italia, el presidente Napolitano, haciendo uso de sus atribuciones para nombrar magistrados al Tribunal Constitucional, nombró al profesor Paolo Grossi, uno de los más grandes historiadores del derecho vivos. Actualmente, se encuentra entre los 15 magistrados del Tribunal Constitucional.

² Debemos destacar que el notable académico arequipeño obtuvo el primer puesto a lo largo del proceso de selección.

Mi respuesta es que mi aporte sería en el campo de la historia del derecho, porque creo que desde ahí se pueden dar soluciones, sin perjuicio, naturalmente, de la comprensión del derecho constitucional y otras áreas³.

En numerosas reuniones familiares realizadas en la ciudad de Arequipa, solíamos dialogar sobre la influencia de la historia del derecho en diversas ramas jurídicas. En esas conversaciones, él adoptaba una perspectiva profundamente humana y destacaba que una de las principales virtudes de esta disciplina es su capacidad para identificar los vacíos generados por decisiones que han dejado huella a lo largo del tiempo. Su meticulosa labor de rescatar hechos que la historia tendía a olvidar originó una de las obras más trascendentales sobre la historia del derecho peruano: *Historia del derecho civil peruano. Siglos XIX y XX*. Esta serie monumental, compuesta por siete volúmenes, analiza minuciosamente la evolución del derecho civil en el Perú durante dos siglos. Abarca desde las influencias ilustradas, la codificación de 1852, el surgimiento de notables juristas hasta la promulgación del Código Civil de 1936 y la consolidación de la dogmática jurídica.

El maestro Fernando de Trazegnies Granda destacaría en su obra:

210

Hay libros sobre historia que a su vez hacen historia. Es decir, hay libros que no solo nos enseñan sobre la historia vivida, sino que en sí mismos constituyen un hito en la historiografía sobre el tema. Y este es el caso de la magnífica *Historia del Derecho Civil peruano* [...].

Sin la menor duda, nadie había escrito en el Perú una historia de esta crucial rama del Derecho con tanta acuciosidad, con tanta perspicacia, con tanto encariñamiento por el tema estudiado. No contento con hacer una mera historia de la ley positiva, Ramos revisa la doctrina, se introduce en la vida de los protagonistas, recorre diarios y revistas perdidos en el tiempo, siempre a la caza de algún rasgo adicional que caracterice el ambiente forense peruano, se solaza en las novelas de misterio que publican esas revistas dirigidas a abogados, sigue con pasión casi deportiva las polémicas jurídicas, visita la «galería» de abogados notables, nos entretiene con las crónicas que estos abogados leían, como aquella absurda de Manuel Atanasio Fuentes donde se dice que en Bélgica a la gente le gusta comer ratas o aquella otra del mismo autor que lleva por título nada menos que «Indemnización por extracción de muela» (Ramos Núñez, 2005, p. 13).

³ Entrevista de la comisión evaluadora del Congreso de la República del Perú al doctor en Derecho Carlos Ramos Núñez en marzo de 2010 para la postulación al Tribunal Constitucional.

No nos era ajeno, en la familia, el hecho de que siempre deseó dedicarse a la literatura, de ella recogía enseñanzas que humanizaban su conocimiento jurídico. Recuerdo haberlo encontrado muchas veces leyendo a John Grisham, de quien decía que era uno de sus autores favoritos.

Un homenaje necesario

En nuestro país, la labor del investigador es sumamente compleja. El derrotero se ciñe, muchas veces, no a recompensas económicas, sino más bien a satisfacciones intelectuales. Carlos Ramos Núñez nos ha marcado el camino mediante su obra e influencia como docente universitario. Sus múltiples textos y publicaciones nos invitan a reflexionar sobre cuál es la orientación jurídica que debemos seguir.

Sin duda, es necesario que las facultades de Historia, Derecho y otras ramas del conocimiento consideren obligatoria la lectura de sus investigaciones. Los jueces y tribunales se deberían contagiar del ejemplo de un Toribio Pacheco, un Francisco Mostajo, un Manuel Atanasio Fuentes, un Santiago Giraldo, un Manuel Santos Pasapera, un Cipriano Coronel Zegarra, un Augusto Ramos Zambrano, un Blas Ramos, un Mariano Felipe Paz Soldán y un Carlos Ramos Núñez.

Un homenaje hasta el cielo, querido tío.

211

BIBLIOGRAFÍA

- Ramos Núñez, C. A. (2005). *Historia del derecho civil peruano. Siglos XIX y XX. Tomo V: Los signos del cambio. Vol. 1: Los repertorios y el periodismo*. Fondo Editorial de la PUCP.
- Ramos Núñez, C. A. (2007). *La pluma y la ley: abogados y jueces en la narrativa peruana*. Fondo Editorial de la Universidad de Lima.
- Ramos Zambrano, A. (1990). *Tormenta altiplánica*. Investigación auspiciada por Concytec.
- Ramos Zambrano, A. (2016). *Ezequiel Urviola y el indigenismo puneño*. Fondo Editorial del Congreso del Perú.

Carlos Augusto Ramos Nuñez (1960-2021): derecho y literatura

 ERIC EDUARDO PALMA GONZÁLEZ*

213

El 21 de septiembre de 2021, una mala noticia conmovió al Instituto Latinoamericano de Historia del Derecho (ILAH): el gran Carlos Ramos, amigo entrañable, nos había dejado. Se marchó de madrugada.

Cuatro años después de su partida, recordar nuevamente a su persona y su legado es un acto de estricta justicia.

El profesor Carlos Ramos, abogado y escritor, desarrolló una prolífica actividad científica que fue reconocida por distintas instituciones, tanto del Perú como del extranjero (Argentina, Alemania, Ecuador, España, Estados Unidos e Italia). Publicó un número relevante de obras, entre las que destacan varias decenas de libros en el campo de la historia del derecho. Incursionó también en los estudios sobre metodología de la investigación.

Desempeñó importantes cargos de relevancia en la vida cultural del país, así como en su aparato institucional, compartiendo un sitio de honor entre los pocos iushistoriadores que han llegado a integrar un Tribunal Constitucional.

* Doctor en Derecho. Profesor de las cátedras de Historia del Derecho, Metodología de la Investigación y Pedagogía Jurídica. Expresidente del ILAH. Profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. ORCID: 0000-0002-8804-6278. Correo electrónico: epalmag@derecho.uchile.cl

Su interés por la historia del derecho del tiempo contemporáneo, sin alejarse por ello de las temáticas del derecho indiano, implicó contribuciones relevantes para el conocimiento de la historia del Perú y su derecho republicano. Su célebre y monumental obra *Historia del derecho civil peruano (siglos XIX y XX)*, en la que trabajó por más de una década, constituye un hito de gran relevancia en la investigación histórico-jurídica peruana y occidental, tanto por el tiempo histórico estudiado como por el método de investigación aplicado, basado en la historia social del derecho.

La literatura especializada ha destacado que su obra comenzó a publicarse en un contexto en el que la historia del derecho no tenía suficiente desarrollo, siendo escasos los autores y las publicaciones en la materia. Por ello, el mérito de Ramos Núñez es todavía mayor: tuvo la valentía intelectual de apostar por el cultivo de una disciplina que carecía de relevancia en el seno del profesorado de derecho y, como ocurrió con todos sus «afanes», trabajó con ahínco y enorme profesionalismo para hacer visible lo que es verdaderamente relevante, aunque sean pocos quienes tengan conciencia de ello.

214

Ramos Núñez se ocupó de actores y temas tradicionales, pero también de aquello que había sido «empequeñecido», con el propósito de sacarlo de la marginalidad y devolverle su «lugar», que no es otro que el de la dignidad del existir. Se ocupó de los marginados y de los excluidos: mujeres, indígenas, afrodescendientes y pobres contaron con su voz y con su intelecto en la lucha por una vida digna. El relato histórico que los degradaba dio paso, en su obra, a una vindicación de sus personas y costumbres, sin que ello implicara un discurso paternalista o condescendiente frente a prácticas abusivas a la luz de los derechos humanos.

Cultivó temas relevantes que habían sido descuidados y se preocupó de actores sociales de gran importancia que permanecían excluidos. En este sentido, no se ha destacado de modo suficiente el interés del profesor Ramos por el campo del derecho y la literatura, disciplina que cultivó y promovió.

No se destacó de modo suficiente, en los primeros homenajes oficiales después de su muerte, su vinculación con el campo de estudio del derecho y la literatura¹. Su opinión sobre la materia cobró especial relevancia a partir de la publicación de la *Revista Peruana de Derecho y Literatura* (2006), de la que fue impulsor, así como de su obra *La pluma y la ley. Abogados y jueces en la narrativa peruana* (Universidad de Lima, 2007).

¹ Cabe destacar los trabajos de Jiménez (2022) y Coaguila (2022).

Su formación tanto en literatura como en derecho le otorgó una aguda perspectiva del fenómeno jurídico, que le permitió superar el formalismo característico del siglo XIX y XX. A propósito de la creación de la cátedra de Derecho y Literatura, planteaba en 2010 que las facultades de Derecho peruanas debían superar su «complejo de inferioridad» y atreverse a dar un «salto cualitativo» para dejar de concebir esta relación como algo exótico. Por el contrario, señalaba, se trataba de una «pareja feliz». En 2016 reiteró la relevancia de la literatura para el ejercicio profesional, en la medida en que el «relato» o la «narración» resultan claves tanto para redactar una buena demanda como una buena sentencia: abogados, jueces y fiscales requieren, por ello, de una cierta formación literaria.

Así, Coaguila (2022) nos recuerda el concepto aportado por Ramos sobre la jurisprudencia literaria:

[...] el concepto de jurisprudencia literaria comprende a las resoluciones judiciales que utilizan citas extraídas de la literatura como fundamentación complementaria. Las sentencias con literatura humanizan e ilustran la administración de justicia, sin perjuicio de la subsistencia de la argumentación legal propia de esta clase de decisiones. (p. 226)

Carlos impulsó la fraternidad latinoamericana y, en particular, la chileno-peruana. Fue un activo participante en los ciclos de historia del derecho organizados por la Universidad Católica de Valparaíso, que convocaban a iushistoriadores de ambas naciones. En este contexto, y también en el marco de nuestra pertenencia común al Instituto Latinoamericano de Historia del Derecho (ILAHD), me invitó el año 2014 a presentar en el IRA mi publicación sobre la historia constitucional de Chile, así como, en más de una ocasión, a exponer mis investigaciones en el Centro de Estudios Constitucionales.

Organizó un congreso del ILAHD en Lima y, en toda y cada una de las ocasiones, tuvo con nosotros, los extranjeros y extranjeras, su característica bonhomía.

Nuestro querido amigo, ser humano excepcional en lo intelectual, supo vivir sin ínfulas e hizo de la gentileza una de sus virtudes. Por ello, se le extraña cada día².

² Dejo aquí algunos links de varias entrevistas que nos permiten mantener vivo el recuerdo de su persona:

<https://www.youtube.com/watch?v=kIFyiaK-3qk>
<https://www.youtube.com/watch?v=-BSV-oBIUX4>
<https://www.youtube.com/watch?v=uBtXVZt7ZJI>
<https://www.youtube.com/watch?v=eSatWn-N72Q>
<https://www.youtube.com/watch?v=GmFe3N0mjao>
<https://www.youtube.com/watch?v=eSatWn-N72Q&t=45s>

I BIBLIOGRAFÍA

Coaguila Valdivia, J. F. (2022). Carlos Ramos: la poética de un historiador del derecho. Apuntes sobre sus contribuciones a la disciplina del derecho y literatura. *Ius Inkarri*, 11(12), 219–230.

Jiménez Moreno, M. J. (2022). Carlos Ramos Núñez. Hacia una visión latinoamericana de los estudios de derecho y literatura. *Ius Inkarri*, 11(12), 201–218.

Literatura y Justicia en Carlos Ramos Núñez: las narrativas como constructoras del sentido social de justicia

 JOSÉ RAMÓN NARVÁEZ HERNÁNDEZ*

INTRODUCCIÓN: EL PODER TRANSFORMADOR DE LAS NARRATIVAS JURÍDICAS

217

En el complejo entramado de la experiencia humana y la vida pública, pocas intersecciones resultan tan reveladoras como la que se produce entre la literatura y la justicia. Carlos Ramos Núñez, destacado jurista y escritor peruano, ha dedicado gran parte de su obra intelectual a explorar esta confluencia, aprovechando su paso por la judicatura. Con ello, demuestra que las narrativas no constituyen meros ornamentos retóricos del discurso jurídico, sino herramientas fundamentales para la construcción de un sentido social de justicia que trascienda las frías estructuras institucionales.

Las narrativas de la justicia, concepto tan antiguo como la sociedad y, a la vez, relativamente novedoso para la ciencia jurídica, implican la creación, el análisis y la difusión de ideas en torno a la justicia y su impartición. Estas operan como puentes entre el mundo abstracto del derecho y la realidad concreta de las experiencias humanas.

* Profesor investigador de la Universidad Nacional Autónoma de México y de la Escuela Judicial Electoral. Doctor en teoría e historia del derecho por la Universidad de Florencia. Director Académico de la Red Iberoamericana de Cine y Derecho. Presidente honorario del Instituto Latino Americano de Historia del Derecho. Código ORCID: 0000-0002-0925-3958. Correo electrónico: jnarvaezh@derecho.unam.mx

En la obra de Ramos Núñez (2007), estas narrativas no solo describen o interpretan los fenómenos jurídicos, sino que los construyen activamente, configurando imaginarios colectivos que determinan cómo una sociedad entiende, valora y practica la justicia, a lo cual se complementa con una relevante perspectiva histórica. Esta aproximación revela una verdad fundamental: el derecho no existe en un vacío cultural, sino que se nutre y se expresa a través de las historias que una comunidad se cuenta a sí misma sobre lo justo y lo injusto.

La importancia de estas narrativas radica en su capacidad para generar un sentido social de justicia que se arraigue en la cultura y, simultáneamente, sensibilice a los operadores jurídicos respecto de las dimensiones humanas de su labor. Cuando las narrativas jurídicas logran convertirse en cultura, trascienden su función meramente descriptiva y pasan a constituirse en elementos centrales de la identidad colectiva, moldeando las expectativas sociales sobre el comportamiento de las instituciones y los actores del sistema de justicia (Narváez, 2022).

EL ENFOQUE NARRATIVO EN LA OBRA DE CARLOS RAMOS NÚÑEZ

218

Carlos Ramos Núñez ha desarrollado una perspectiva única que reconoce en la literatura una aliada indispensable para la comprensión y transformación del derecho (Ramos, 2000, p. 273). Su trabajo se caracteriza por la convicción de que los textos literarios no son meros complementos culturales del análisis jurídico, sino fuentes legítimas de conocimiento sobre la justicia, capaces de revelar aspectos de la experiencia jurídica que permanecen ocultos en el lenguaje técnico de las normas y de las sentencias.

En sus investigaciones, Ramos Núñez demuestra cómo las narrativas literarias pueden servir como laboratorios de experimentación moral, es decir, como espacios en los que se exploran las consecuencias humanas de diferentes concepciones de justicia. A través del análisis de novelas, cuentos y otros géneros literarios, el autor peruano evidencia que la literatura posee una capacidad única para presentar dilemas éticos complejos en toda su dimensión humana, lo que permite a los lectores experimentar, de manera vicaria, las tensiones y contradicciones inherentes al ejercicio de la justicia.

Esta aproximación no se limita a una lectura instrumental de la literatura, sino que reconoce su valor intrínseco como forma de conocimiento. Las narrativas literarias, poseen una epistemología propia que complementa y enriquece el saber jurídico tradicional, al ofrecer perspectivas que el análisis puramente técnico no puede proporcionar.

LA CONSTRUCCIÓN CULTURAL DEL SENTIDO DE JUSTICIA

Las narrativas contribuyen a la construcción cultural del sentido de justicia. Esta construcción no es un proceso automático ni neutral, sino que requiere un trabajo deliberado y sostenido de elaboración simbólica, en el cual la literatura desempeña un papel protagónico.

Las narrativas de la justicia funcionan como mediadoras entre las normas abstractas y las experiencias concretas de los ciudadanos. Cuando una sociedad desarrolla un repertorio rico y diverso de historias sobre la justicia, crea un marco de referencia compartido que permite evaluar y dotar de sentido a las acciones de las instituciones jurídicas. Este proceso de construcción cultural es fundamental para la legitimidad del sistema de justicia, pues solo cuando los ciudadanos pueden reconocer sus valores y aspiraciones en las narrativas jurídicas dominantes el derecho adquiere verdadera eficacia social.

La obra de Ramos Núñez muestra cómo las sociedades latinoamericanas, en particular, han desarrollado narrativas de la justicia marcadas por tensiones históricas específicas, tales como la herencia colonial, las luchas por la independencia, los procesos de modernización y democratización, así como las experiencias de violencia y reconciliación. Estas narrativas no son meras curiosidades culturales, sino elementos constitutivos de la identidad jurídica de nuestras sociedades.

LA SENSIBILIZACIÓN DE LOS OPERADORES JURÍDICOS

Un aspecto central en la propuesta de Ramos Núñez es la necesidad de sensibilizar a los operadores jurídicos respecto de las dimensiones humanas y culturales de su labor. Esta sensibilización no constituye un lujo intelectual, sino una exigencia ética y práctica del ejercicio profesional del derecho en sociedades democráticas.

Los operadores jurídicos que han sido expuestos a las narrativas literarias de la justicia desarrollan una comprensión más matizada y empática de su rol social. La literatura les permite experimentar la justicia desde perspectivas múltiples, incluyendo aquellas de quienes han sido tradicionalmente marginados o silenciados por el sistema jurídico formal. Esta exposición cultiva lo que podría denominarse una «imaginación jurídica» ampliada, capaz de reconocer las implicaciones humanas de las decisiones técnicas.

La sensibilización a través de las narrativas también promueve una actitud reflexiva frente a la propia práctica profesional. Los operadores jurídicos que han interiorizado las lecciones de la literatura son más conscientes de las limitaciones

y sesgos inherentes a su posición institucional y, por tanto, más capaces de ejercer su función con humildad y responsabilidad social.

HACIA UNA CULTURA JURÍDICA NARRATIVAMENTE INFORMADA

La visión de Ramos Núñez apunta a la construcción de una cultura jurídica narrativamente informada, es decir, una cultura en la cual las narrativas de la justicia no sean patrimonio exclusivo de especialistas, sino elementos constitutivos tanto de la educación ciudadana como de la formación profesional. Esta cultura exige transformaciones en los ámbitos educativo y comunicativo.

En el ámbito educativo, la propuesta implica incorporar las narrativas literarias en la formación jurídica, no como ornamentos culturales, sino como herramientas de análisis y comprensión. Los futuros abogados, jueces y demás operadores jurídicos deben desarrollar la capacidad de leer e interpretar las narrativas de la justicia, reconociendo en ellas fuentes legítimas de conocimiento sobre su profesión.

En el ámbito comunicativo, una cultura jurídica narrativamente informada requiere de medios y espacios en los que las narrativas de la justicia puedan circular y renovarse constantemente. Ello incluye tanto la literatura propiamente dicha como nuevas formas de comunicación que permitan a los ciudadanos participar activamente en la construcción y transformación de estas narrativas.

CONCLUSIÓN: EL COMPROMISO CON LA JUSTICIA NARRATIVA

La obra de Carlos Ramos Núñez nos recuerda que la justicia no es solo una cuestión técnica o institucional, sino, fundamentalmente, una construcción cultural que requiere narrativas vivas y renovadas para preservar su relevancia y legitimidad social. Las narrativas de la justicia no son meros instrumentos retóricos, sino herramientas fundamentales para la construcción de sociedades más justas y democráticas.

El desafío que plantea esta perspectiva es considerable, pues exige un compromiso sostenido con la educación, la cultura y la comunicación, así como una transformación profunda en la manera de concebir la relación entre el derecho y la sociedad. Sin embargo, los beneficios potenciales de esta transformación son igualmente significativos: una cultura jurídica más humana, más sensible y más democrática.

En última instancia, la propuesta de Ramos Núñez invita a reconocer que todos somos, en cierta medida, constructores de las narrativas de la justicia y que, por tanto, todos tenemos una responsabilidad en la construcción de una sociedad

más justa. La literatura, en este contexto, no es solo una forma de entretenimiento o educación, sino una herramienta de transformación social que permite imaginar y construir formas más humanas de convivencia.

BIBLIOGRAFÍA

Narváez, J. R. (2022). Narrativas contextualizadas sobre la justicia. *Poder Judicial del Estado de México, Escuela Judicial del Estado de México*, (16), 217-242.

Ramos, C. (2000). La cultura jurídica en la época de la confederación Perú-Boliviana. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, (22), 267-297.

Ramos, C. (2007). *La pluma y la ley: abogados y jueces en la narrativa peruana*. Universidad de Lima.

**SECCIÓN
JURISPRUDENCIA COMENTADA**

La tutela de los derechos de petición y al agua potable

Comentario a la Sentencia 64/2025 (Expediente 02000-2021-PA/TC)

 NADIA P. IRIARTE PAMO*

225

1. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES

En la Sentencia 64/2025, recaída en el Expediente 02000-2021-PA/TC, se identificaron las siguientes materias constitucionalmente relevantes: i) el derecho de petición y ii) el derecho al agua potable.

2. CONTEXTO DE LA SENTENCIA

El derecho de petición se encuentra consagrado en el artículo 2, inciso 20 de la Constitución, en tanto que el derecho de acceso al agua potable se encuentra previsto en el artículo 7-A del mismo texto constitucional. Especificamos que este último precepto fue añadido a través de una ley de reforma constitucional: la ley 30588.

* Abogada por la Universidad Católica de Santa María de Arequipa. Magister en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid. Docente universitaria y de la Academia de la Magistratura. Directora de la Dirección de Estudios e Investigación del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú. ORCID: 0009-0008-3573-7068. Correo electrónico: niriarte@tc.gob.pe

La Sentencia 64/2025 —materia de análisis— aborda un tema sustancial: la tutela de los derechos de petición y al agua potable. Esta sentencia se expide en el marco del proceso de amparo (Expediente 02000-2021-PA/TC), promovido por el señor Tony Franco Baldeón García contra el Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima (Sedapal) y la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (Sunass). El recurrente sostiene que rechazaron su reclamo y los medios impugnatorios de reconsideración y apelación formulados contra la liquidación de una deuda de S/1 901.64, por servicio de agua y alcantarillado de los meses de noviembre y diciembre de 2016, y enero de 2017, sin que previamente se haya procedido con el cambio de tarifa del servicio de industrial a residencial doméstica. Alega la vulneración de los derechos al debido procedimiento, al agua potable y a no ser discriminado por razones de discapacidad¹.

El Tribunal Constitucional (en adelante Tribunal) declara fundada en parte la demanda de amparo, al acreditarse la vulneración de los derechos de petición, al debido procedimiento y al agua potable. Asimismo, declara nulas la Resolución 15033112016002681-2016/EC-SJL de 30 de diciembre de 2016, la Resolución 16033112017000124- 2017/EC-SJL de 16 de febrero de 2017 y la Resolución 04142-2017-SUNASS/TRASS/SALA PERMANENTE de 27 de abril de 2017.

226

Finalmente, el Tribunal ordena a Sedapal dar respuesta a la petición del demandante de fecha 14 de diciembre de 2016 en los términos requeridos, así como al reclamo del recibo del mes de enero de 2017. Y dispone reponer el servicio de agua potable al domicilio del actor en el plazo de 2 días de notificada la Sentencia 64/2025².

3. ANÁLISIS

3.1. El derecho de petición

El artículo 2, inciso 20 de la Constitución, establece que toda persona tiene derecho a formular peticiones, de manera individual o colectiva, por escrito ante la autoridad competente, la cual está obligada a dar al interesado una respuesta también por escrito dentro del plazo legal, bajo responsabilidad.

¹ Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia 64/2025, recaída en el Expediente 02000-2021-PA/TC, de fecha 3 de diciembre de 2024, fundamento jurídico 1.

² Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia 64/2025, recaída en el Expediente 02000-2021-PA/TC, de fecha 3 de diciembre de 2024, parte resolutive.

El derecho de petición es un derecho fundamental autónomo, de significativa importancia no solo en el ámbito individual, sino como pilar del Estado constitucional de derecho. Constituye una expresión del principio democrático y garantiza la comunicación entre el Estado y el ciudadano. Ponemos de relieve que se relaciona con otros derechos fundamentales, como el derecho a la participación, al acceso a la información pública y al debido procedimiento administrativo.

Observamos que, en el caso concreto, el recurrente no invoca el derecho de petición como lesionado; sin embargo, el Tribunal aplica el principio *iura novit curia* y analiza el derecho a la luz de lo ocurrido. El citado principio alude a la facultad que tiene el juez de identificar el derecho comprometido en cada caso, aun cuando este no se encuentre expresamente invocado en la demanda.

El contenido esencial de este derecho comprende dos elementos derivados de su propia naturaleza. El primero se refiere a la libertad de cualquier persona para formular pedidos escritos a la autoridad competente. El segundo consiste en la obligación de la referida autoridad de brindar una respuesta al peticionante³.

Conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal, el derecho de petición impone a la administración los siguientes deberes: a) facilitar los medios para que el ciudadano pueda ejercitar el derecho de petición sin trabas absurdas o innecesarias, b) abstenerse de cualquier forma o modo de sanción al peticionante por el solo hecho de haber ejercido dicho derecho, c) admitir y tramitar el petitorio presentado, d) resolver la petición formulada dentro del plazo establecido por la normativa aplicable, ofreciendo la debida motivación de la decisión y e) comunicar al peticionante la decisión adoptada⁴.

En la Sentencia 64/2025, el Tribunal precisa que Sedapal, mediante la Resolución 15033112016002681-2016/EC-SJL, de fecha 30 de diciembre de 2016, solo evaluó la petición referida al consumo y al tipo de tarifa y/o número de unidades de uso facturado en los meses de octubre (28 m³), noviembre (79 m³) y diciembre (30 m³) de 2016. Indica que la entidad se limitó a realizar verificaciones técnicas, sin acceder al cambio de uso de tarifa industrial a residencial, solicitado expresamente por el recurrente en su petición.

³ Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el Expediente 01420-2009-PA/TC, de fecha 23 de abril de 2010, fundamento jurídico 4.

⁴ Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia 234/2024 recaída en el Expediente 02521-2022-PA/TC, de fecha 12 de marzo de 2024, fundamento jurídico 3. Sentencia recaída en el Expediente 03410-2010-PA/TC, de fecha 31 de mayo de 2011, fundamento jurídico 6. Sentencia recaída en el Expediente 01042-2002-PA/TC, de fecha 6 de diciembre de 2002, fundamento jurídico 2.2.4.

Por otra parte, el Tribunal advierte que, en el recurso de reconsideración del 25 de enero de 2017, el demandante vuelve a mencionar su pedido de cambio de uso del servicio de industrial a doméstico. Sin embargo, de la Resolución 16033112017000124-2017/EC-SJL, de fecha 16 de febrero de 2017, se aprecia que dicho extremo de la petición del actor no fue estimado⁵.

Agregado a ello, el Tribunal manifiesta que del Informe 051-2021-EC-SJL del 7 de diciembre de 2021, se desprende que Sedapal efectuó la verificación del funcionamiento del medidor E112504043 únicamente a nivel externo, debido a que la revisión al interior del predio no pudo realizarse por la ausencia del demandante el 19 de diciembre de 2016. Asimismo, del recibo del 10 de enero de 2017, correspondiente al consumo del 2 de diciembre de 2016 al 2 de enero de 2017, se aprecia que Sedapal facturó dicho consumo bajo la tarifa industrial, por la actividad «industrial del papel»⁶.

En la Sentencia 64/2025, el Tribunal señala que, si bien el pedido de cambio de uso para la modificación de la tarifa de industrial a residencial fue solicitado el 14 de diciembre de 2016, la facturación del consumo para enero de 2017 se mantuvo bajo la tarifa industrial. Ello ocurrió pese a que el artículo 89.1 del Reglamento para la Prestación de Servicios de Agua Potable y Alcantarillado de Sedapal establece que, con o sin verificación del cambio de uso del predio, se procede con dicho cambio en el siguiente ciclo de facturación⁷.

Además, el Tribunal considera que Sedapal no atendió la petición del actor conforme a los términos planteados, generándose así una respuesta incongruente. En efecto, es claro que el recurrente solicitó el cambio de tarifa, pedido que no fue evaluado por el área técnica de la entidad, la cual se limitó a verificar la contrastación y el correcto funcionamiento del medidor. Tal proceder no resolvía lo requerido, pues dicha verificación únicamente confirmó que se utilizaron los metros cúbicos de agua facturados, sin determinar si el consumo correspondía a un uso industrial o doméstico. Precisamente, este último aspecto era lo solicitado por el accionante, con el fin de que se revisara la facturación de los meses de noviembre y diciembre de 2016 y, en consecuencia, se le aplicara la tarifa de uso doméstico⁸.

⁵ Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia 64/2025, recaída en el Expediente 02000-2021-PA/TC, de fecha 3 de diciembre de 2024, fundamento jurídico 19.

⁶ Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia 64/2025, recaída en el Expediente 02000-2021-PA/TC, de fecha 3 de diciembre de 2024, fundamento jurídico 20.

⁷ Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia 64/2025, recaída en el Expediente 02000-2021-PA/TC, de fecha 3 de diciembre de 2024, fundamento jurídico 21.

⁸ Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia 64/2025, recaída en el Expediente 02000-2021-PA/TC, de fecha 3 de diciembre de 2024, fundamento jurídico 22.

Por todo ello, el Tribunal resuelve que —en el caso concreto— la parte demandada vulneró el derecho de petición del recurrente. Ponemos de relieve, que con esta sentencia emblemática se protegió adecuadamente el citado derecho y se expuso un valioso desarrollo jurisprudencial.

3.2. El derecho al agua potable

En el año 2017, la ley 30588, Ley de Reforma Constitucional que reconoce el derecho de acceso al agua como derecho constitucional, incorporó el artículo 7-A en la Constitución. Este artículo establece que el Estado reconoce el derecho de toda persona a acceder, de forma progresiva y universal, al agua potable. Además, precisa que debe priorizarse el consumo humano sobre otros usos. También dispone que el Estado promueve el manejo sostenible del agua, la cual se reconoce como un recurso natural esencial y como tal, constituye un bien público y patrimonio de la Nación. Su dominio es inalienable e imprescriptible.

La incorporación del artículo 7-A en la Constitución constituye uno de los avances más significativos en la constitucionalización de los derechos fundamentales. Precisamos que antes de que el legislador introdujera dicho artículo, el Tribunal ya había desarrollado una sólida jurisprudencia que reconocía este derecho.

En la sentencia recaída en el Expediente 06534-2006-PA/TC, el Tribunal postula que, aunque la Constitución no consigne de manera expresa un derecho fundamental al agua potable, ello no implica ni debe interpretarse como una negación de su existencia. Recuerda que, conforme a criterios expuestos en jurisprudencia anterior, los derechos fundamentales no solo pueden individualizarse a partir de una perspectiva estrictamente positiva. Ello en la medida en que el ordenamiento jurídico no crea *strictu sensu* los derechos esenciales, sino que simplemente se limita a reconocerlos, por lo que en su individualización puede operar no solo a partir de una opción valorativa o principialista como la reconocida en el artículo 3 de la Constitución, sino que también lo puede ser desde una fórmula sistemática o variante de contexto, deducible de las cláusulas de los instrumentos internacionales relativos a derechos humanos⁹.

En Tribunal señala, con acierto, que existen múltiples razones que justifican el reconocimiento del agua potable en calidad de derecho fundamental. Afirma que tal reconocimiento se vincula con valores esenciales como la dignidad del ser humano y el Estado social y democrático de derecho¹⁰.

⁹ Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el Expediente 06534-2006-PA/TC, de fecha 15 de noviembre de 2007, fundamento jurídico 16.

¹⁰ Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el Expediente 06534-2006-PA/TC, de fecha 15 de noviembre de 2007, fundamento jurídico 17.

En suma, el Tribunal, en la sentencia emitida en el Expediente 06534-2006-PA/TC sostiene que el agua potable es un derecho constitucional no enumerado. A nuestro juicio, este pronunciamiento se erige como un antecedente jurisprudencial relevante del actual artículo 7-A.

En relación con la posición del individuo en cuanto beneficiario del derecho fundamental al agua potable, el Estado tiene el deber de garantizar, por lo menos, tres cuestiones esenciales: el acceso, la calidad y la suficiencia. Sin la presencia de estos tres elementos, advierte el Tribunal, que dicho atributo se desnaturalizaría notoriamente al margen de la existencia misma del recurso. En consecuencia, no basta con afirmar la mera presencia del agua; resulta indispensable facilitar un conjunto de supuestos mínimos que garanticen su goce por parte del ser humano¹¹.

Respecto al acceso, el Tribunal determina que el Estado debe crear —directa o indirectamente (vía concesionarios)— las condiciones de acercamiento del recurso líquido a favor del destinatario. Para ello, identifica varios criterios esenciales: a) debe existir agua, servicios e instalaciones en forma físicamente cercana al lugar donde las personas residen, trabajan, estudian, etc.; b) el agua, los servicios y las instalaciones deben ser plenamente accesibles en términos económicos; c) no debe permitirse ningún tipo de discriminación cuando se trata de condiciones iguales en el suministro del líquido elemento, debiendo el Estado brindar especial protección a los sectores más vulnerables y d) debe promoverse una política permanente de información sobre la utilización del agua, así como la necesidad de protegerla en cuanto recurso natural¹².

230

En la Sentencia 64/2025, el Tribunal destaca que si bien uno de los elementos que debe garantizar el derecho al agua es su acceso, su ejercicio está sujeto al cumplimiento de los reglamentos administrativos en las relaciones de las empresas prestadoras de servicios con los usuarios; situación que no fue cumplida por Sedapal, pues, al modificar los términos de la petición del recurrente, no atendió lo solicitado. En ese sentido, evitó revisar la facturación cuestionada, e incluso generó una facturación para enero de 2017 sin observar lo establecido en el artículo 89.1 del Reglamento para la Prestación de Servicios de Agua Potable y Alcantarillado Sanitario de Sedapal, aprobado mediante la Resolución RGG 081-2008-SUNASS-GG¹³.

¹¹ Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el Expediente 06534-2006-PA/TC, de fecha 15 de noviembre de 2007, fundamento jurídico 21.

¹² Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el Expediente 06534-2006-PA/TC, de fecha 15 de noviembre de 2007, fundamento jurídico 22.

¹³ Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia 64/2025, recaída en el Expediente 02000-2021-PA/TC, de fecha 3 de diciembre 2024, fundamento jurídico 36.

El Tribunal, de manera acertada, sostiene que la falta de atención a la petición del demandante respecto del cambio de uso del servicio de industrial a residencial —omisión que generó la deuda imputada al actor y cuyo impago originó el corte del servicio— resulta arbitraria y lesiva del derecho al agua potable¹⁴.

Finalmente, al haberse determinado que la suspensión del servicio de agua potable en el domicilio del demandante fue arbitraria, el Tribunal, de manera pertinente, dispone su reposición, protegiendo así de manera adecuada el derecho al agua potable.

BIBLIOGRAFÍA

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el Expediente 03410-2010-PA/TC, de fecha 31 de mayo de 2011.

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia 234/2024 recaída en el Expediente 02521-2022-PA/TC, de fecha 12 de marzo de 2024.

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia 64/2025, recaída en el Expediente 02000-2021-PA/TC, de fecha 3 de diciembre de 2024.

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el Expediente 01420-2009-PA/TC, de fecha 23 de abril de 2010.

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el Expediente 01042-2002-PA/TC, de fecha 6 de diciembre de 2002.

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el Expediente 06534-2006-PA/TC, de fecha 15 de noviembre de 2007.

¹⁴ Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia 64/2025, recaída en el Expediente 02000-2021-PA/TC, de fecha 3 de diciembre 2024, fundamento jurídico 37.

**Comentario a la Sentencia 490/2025
de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional
(exp. 04038-2022-PA)
Caso de la Comunidad Campesina
Santo Domingo de Olmos**

 PIERO NICOLAS TOYCO SUÁREZ*

233

I. PRESENTACIÓN DEL CASO

La Comunidad Campesina Santo Domingo de Olmos presentó una demanda de amparo contra la Municipalidad Distrital de Olmos, la Empresa Prestadora de Servicios de Saneamiento de Lambayeque, la Empresa Procesadora Quicornac y la Empresa Procesadora Frutícola. Se sostiene que la autorización para el vertimiento de aguas residuales genera graves y nocivos efectos en el medio ambiente de la localidad. También se alega que existe una amenaza cierta e inminente al derecho fundamental a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida.

II. ASPECTOS RELEVANTES PROCESALES

La sentencia desarrolló tres aspectos relevantes en relación a la procedencia de la demanda de amparo. En primer lugar, la sentencia consideró que el Juzgado

* Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Maestro en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asesor jurisdiccional del Tribunal Constitucional. Correo electrónico: ptoyco@tc.gob.pe

Mixto de Motupe es el competente para conocer la controversia, puesto que en la localidad de Olmos solo existe el Juzgado de Paz Letrado, el cual no tiene competencia para conocer procesos constitucionales (fundamento 3).

En segundo lugar, sobre la falta de agotamiento de la vía administrativa, la sentencia advirtió que se configuraba una causal de excepción, que puede contemplarse en el artículo 43 inciso 2 del Nuevo Código Procesal Constitucional, debido al eventual riesgo de irreparabilidad en la vulneración del derecho (fundamento 4).

Finalmente, en relación al plazo de prescripción, la sentencia señaló que los actos alegados se refieren a una amenaza cierta e inminente, de carácter continuado, por lo que, mientras aún no haya ocurrido ni cesado en su ejecución, no puede computarse el plazo de prescripción (fundamento 5).

En consecuencia, el Alto Colegiado quedó habilitado para realizar un escrutinio constitucional del fondo del asunto.

III. EL DERECHO FUNDAMENTAL A GOZAR DE UN AMBIENTE EQUILIBRADO Y ADECUADO AL DESARROLLO DE LA VIDA

234

La sentencia objeto de comentario reiteró la consolidada jurisprudencia del TC respecto del derecho fundamental a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, contenido en el artículo 2 inciso 22 de la carta fundamental. Para tales efectos, la sentencia recordó la titularidad del derecho fundamental, los sujetos pasivos y los deberes *iusfundamentales* que se le atribuyen.

En relación a la titularidad, este derecho fundamental se configura como un derecho subjetivo; es decir, cualquier persona es su titular, al mismo tiempo que se enarbola como un derecho difuso debido a que nadie en particular es titular exclusivo y al mismo tiempo todos los miembros de un grupo o categoría determinada son sus titulares (fundamento 9).

Sobre los sujetos pasivos u obligados, tanto el Estado como los particulares —sujetos privados o empresas— se encuentran en la obligación de respetar y proteger el ambiente (fundamento 11).

Finalmente, los deberes que se desprenden no solo involucran deberes de abstención, sino también de prestaciones positivas, como emitir legislación, establecer regulaciones, diseñar e implementar políticas públicas dirigidas a garantizar el mantenimiento adecuado del medio ambiente y a protegerlo efectivamente ante posibles vulneraciones que puedan ser provocadas por terceros (fundamento 14).

IV. SOBRE EL CASO EN CONCRETO

La sentencia analizó los cuestionamientos a las actuaciones de las empresas y señaló que, a partir de los documentos ofrecidos como medios probatorios, no se encontraba acreditado que las aguas residuales emanadas por tales empresas hayan incrementado la cantidad de *Escherichia coli* o las coliformes termotolerantes. Tampoco se comprobó la imputabilidad del rebose que discurre a las quebradas o que hayan contado con autorización para el vertimiento de aguas residuales directamente a la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales (PTAR) (fundamento 21). Por tanto, no se encontró acreditada la vulneración alegada. Es así que se declaró improcedente la demanda, debido a que no hace alusión directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado, conforme lo exige el artículo 7, inciso 1 del Nuevo Código Procesal Constitucional (fundamento 22).

Por otro lado, respecto de la existencia o no de contaminación, el Alto Colegiado señaló que la gestión actual de la Municipalidad de Olmos no cumplió con su obligación positiva de realizar acciones de supervisión y mantenimiento de la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales (PTAR) a fin de detectar posibles fallas que, eventualmente, podrían afectar el medioambiente, caso que terminó por suceder, ya que se comprobó el vertimiento del rebose de las aguas residuales contenidas en dicha PTAR al río Olmos, hecho que no fue corregido ni solucionado, pese a que dicha comuna mantiene la responsabilidad de su administración (fundamento 35).

235

Para el Tribunal Constitucional, tales omisiones reflejaron la falta de interés de la mencionada municipalidad en el ejercicio de sus funciones y el desdén por mitigar el daño ocasionado, debido a que no ha presentado ninguna información que demuestre la adopción de medidas destinadas a eliminar el rebose de agua residual en la localidad. Prueba de ello son los índices elevados de contaminación en las fuentes naturales de agua —más allá de los parámetros regulados—, el riego de plantas alimenticias, bebida de animales, sin contar con los microorganismos perjudiciales para la salud humana. La municipalidad no desplegó sus deberes de prestaciones positivas. Por esta razón, se declaró fundada la demanda en dicho extremo (fundamento 36).

V. FALLO DE LA SENTENCIA Y EL CONSTITUCIONALISMO DIALÓGICO

El Tribunal Constitucional ordenó a la Municipalidad Distrital de Olmos que disponga lo pertinente para emplear el presupuesto necesario y tomar las medidas correspondientes dirigidas a realizar de inmediato el mantenimiento, refuerzo u otra acción que detenga el rebose de las aguas residuales de la Planta de Tratamiento de

Aguas Residuales (PTAR) hacia las fuentes de agua naturales (quebrada Pumpurre, quebrada Nitape y río Olmos) de manera inmediata, y que, luego de ello, informe al juzgado de ejecución sobre el cumplimiento de lo dispuesto (punto resolutivo 2).

Al respecto, verificamos que el Alto Colegiado delegó al juez de ejecución la supervisión del cumplimiento de lo ordenado. Aunado a lo anterior, el TC ordenó a la municipalidad emplazada que cumpla con realizar las acciones que se requieran para mitigar la contaminación y descontaminar las fuentes de agua durante el tiempo que sea necesario y que informe al juzgado de ejecución del cumplimiento de lo dispuesto.

Cabe enfatizar que el juez de ejecución quedó habilitado para hacer el seguimiento correspondiente a este punto resolutivo, incluyendo la instauración de mecanismos dialógicos o cooperativos pertinentes para lograr su cabal cumplimiento.

Sobre el particular, es positiva la mención que realiza el Tribunal Constitucional. Señaló que el juez pueda propiciar el uso de mecanismos dialógicos o cooperativos, lo cual se enmarca dentro de la perspectiva del constitucionalismo dialógico.

El constitucionalismo dialógico es una teoría que nace como respuesta a las objeciones a la jurisdicción constitucional y en mérito a los postulados de la democracia deliberativa (Giufre, 2021, p. 36). Las primeras manifestaciones de este giro dialógico del constitucionalismo (Ovares, 2021, p. 223) se evidencian en el cambio normativo canadiense de la *notwithstanding clause*, que permite la vigencia de una ley aprobada democráticamente por el Poder Legislativo, pese a que el Poder Judicial haya detectado vicios constitucionales. Así pues, existe una deferencia al legislador para subsanar o no lo advertido. Además, se verifica en el cambio jurisprudencial a partir del caso Grootboom de la Corte Sudafricana de Justicia, mediante el cual se resolvió un problema en el ejercicio del derecho a la vivienda de miles de sudafricanos en situación de pobreza y se ordenó que las autoridades responsables elaboren un plan que asegure el cumplimiento de sus obligaciones en esta materia (Gargarella, 2021, p. 257). En ambas experiencias, se advierte cierta deferencia a las autoridades, por parte de la judicatura, para que solucionen los vicios y afectaciones detectadas en instancias judiciales.

El presente caso se enmarca en dicho contexto, toda vez que el TC no dispuso a detalle la solución al problema detectado, sino que es deferente con las autoridades encargadas, en este caso, la Municipalidad Distrital de Olmos, para que encuentren las medidas necesarias. Empero, al mismo tiempo, habilitó al juez de ejecución para que acompañe y supervise la implementación de tales medidas con el objetivo de asegurar la solución a la problemática.

De esta manera, la justicia dialógica entre el universo de actores propone que los jueces se deben convertir en los promotores del diálogo entre las partes en el marco de la resolución de temas complejos (Cano, 2021, p. 135). Las partes que ostentan poder institucional y están involucradas en el diálogo son los órganos públicos (el Congreso, ministerios, organismos constitucionalmente autónomos, gobiernos regionales y locales) y miembros de la sociedad, ya sean organizados (como los organismos no gubernamentales, asociaciones civiles), académicos (clínicas jurídicas de litigio estratégico, *amicus curiae*) u otras personas interesadas.

En el ámbito constitucional, la justicia dialógica se caracteriza por tener una vocación igualitaria, deliberativa e incluyente (Iglesias, 2021, p. 94) en la toma de decisiones, en tanto participan todas las partes que estarían afectadas por alguna medida y se manifiesta en actividades como la consulta previa, el compromiso significativo y celebración de audiencias públicas (Gargarella, 2021, p. 257). En tal sentido, es una nueva manera de articular los asuntos constitucionales, comprometida particularmente con la deliberación democrática (Giuffré, 2021, p. 34).

En tal sentido, el constitucionalismo dialógico propone la resolución de estos procesos, las cuestiones e interpretaciones sobre derechos tengan una discusión inclusiva y plural, y como correlato de ello, las sentencias no sean órdenes supremas fulminantes, sino construcciones dialógicas que emerjan de la voluntad conversacional entre las partes (Córdova, 2020, p. 47). En este caso, el juzgado de ejecución debe comprometerse a realizar actividades tendientes al diálogo que reúnan a las autoridades e involucrados con el fin de encontrar una solución al grave problema de contaminación ambiental.

VI. EL TEST DE LOS UMBRALES DE CUMPLIMIENTO O REALIZACIÓN DE DERECHOS

Para verificar la vigencia efectiva de un derecho fundamental, el Tribunal Constitucional ha esbozado ciertas metodologías, como el control de las políticas públicas y el test de umbrales de cumplimiento o realización de derechos.

La fundamentación del Tribunal Constitucional en el Caso del comedor de Arequipa, fue innovadora en tanto por primera vez se presentó y empleó una estructura de cumplimiento escalonado de los derechos sociales para garantizar su carácter vinculante y sus eventuales restricciones a través de umbrales de cumplimiento a partir de una obligación mínima del Estado lo cual evita la reducción de dichos derechos a meras declaraciones de buenas intenciones.

De esta manera, se tienen los siguientes umbrales: i) la obligación esencial mínima del Estado, que implica garantizar y satisfacer la realización mínima del contenido del derecho social, salvo circunstancias especialmente justificadas; ii) políticas programáticas de desarrollo en materia social, que importa establecer los medios orientados a complementar y desarrollar la exigencia mínima esencial de dicho derecho y iii) satisfacción de finalidades individuales, que significa establecer condiciones que los individuos en forma individual o colectiva requieren para alcanzar diversos propósitos.

En la sentencia se tuvo en cuenta solo los dos primeros umbrales. El Alto Colegiado verificó que la grave situación de contaminación en la quebrada Pum-purre, la quebrada Nitape y el río Olmos se encuentra relacionada al primer umbral de protección del derecho al ambiente sano y adecuado al no cumplirse con el mínimo de protección. Por ello, ordenó a la Municipalidad Distrital de Olmos que disponga del presupuesto necesario y tome las medidas encaminadas a realizar el mantenimiento, refuerzo u otra acción que detenga el rebose de las aguas residuales hacia las referidas fuentes de agua (fundamento 49).

238

Asimismo, en lo que se refiere al segundo umbral de protección, a fin de evitar afectaciones en la salud de los miembros de la comunidad demandante y de sus animales de crianza, el Tribunal Constitucional ordenó a la municipalidad emplazada que realice medidas para disminuir la contaminación en el agua —para garantizar el riego de cultivos y bebida de animales—, evitar y prevenir eventuales vulneraciones a los derechos a la salud y a la vida como consecuencia del empleo de agua contaminada (fundamento 50), es decir, para que se complemente y desarrolle la exigencia mínima esencial del derecho fundamental a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida. Por ello, el Tribunal Constitucional ordenó que la municipalidad emplazada informe al juzgado de ejecución sobre el cumplimiento de lo dispuesto.

En conclusión, la sentencia no solo reafirma la relevancia del derecho a un ambiente equilibrado y adecuado, sino que es un avance en la protección de derechos fundamentales que habilita la introducción de prácticas del constitucionalismo dialógico que fortalecen el rol del juez —en este caso, de ejecución— como garante y mediador en la implementación de las medidas necesarias para solucionar graves problemas como la contaminación ambiental.

BIBLIOGRAFÍA

- Cano Blandón, L. (2021). Los límites de la justicia dialógica en la protección de los derechos sociales en Colombia. *Revista del Estado*, (49), 131-150.
- Córdova Vinuesa, P. (2020). *Justicia dialógica en las cortes constitucionales*. Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia.
- Gargarella, R. (2021). *El derecho como una conversación entre iguales*. Siglo XXI Editores.
- Giufre, C. I. (2021). Hacia un constitucionalismo dialógico: Una defensa del control judicial de la deliberación democrática en el procedimiento legislativo. En C. D. Martínez Cinca & G. Civoletto (Comps.), *Estado de derecho y legitimidad democrática. Perspectivas, problemas y propuestas* (pp. 25-48). Editores del Sur.
- Iglesias Vila, M. (2021). ¿Conduce el constitucionalismo dialógico a cuestionar el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Gelman? *Revista del Estado*, (49), 85-100.
- Ovares Sánchez, C. (2021). El constitucionalismo dialógico, la consulta legislativa previa y el caso de Costa Rica. *Revista del Estado*, (49), 221-240.
- Tribunal Constitucional del Perú. (2019). *Sentencia recaída en el expediente 01470-2016-HC/TC (Caso del comedor de Arequipa)*. Tribunal Constitucional.
- Tribunal Constitucional del Perú. (2025). *Sentencia 490/2025, Exp. N.º 04038-2022-PA (Caso Comunidad Campesina Santo Domingo de Olmos)*. Tribunal Constitucional.

La modulación de la procedencia del proceso de cumplimiento Reflexiones sobre el precedente vinculante de la sentencia 04745-2022-PC/TC

 ASTRID K. CABEZAS POMA*

241

INTRODUCCIÓN

¿A través de una reforma legal se puede modificar o eliminar un precedente vinculante establecido por el Tribunal Constitucional (TC)? En este trabajo se examinará dicha interrogante, que muestra una tensión entre la seguridad jurídica del precedente vinculante y su evolución a través de reformas legales.

Al respecto, en el precedente vinculante 00168-2005-PC/TC (conocido como precedente Villanueva Valverde), el TC estableció reglas para la procedencia del proceso de cumplimiento (2005). Sin embargo, posteriormente, el Congreso de la República promulgó el Nuevo Código Procesal Constitucional, en el 2021, en cuyos artículos se regularon algunos criterios de procedencia del proceso de cumplimiento que aparentemente colisionaban con las reglas del precedente

* Abogada por la Universidad de San Martín de Porres. Magíster en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Investigadora en la Dirección de Estudios e Investigación del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional. Código ORCID: 0009-0001-0413-5805. Correo electrónico: acabezas@tc.gob.pe

Villanueva Valverde. Frente a dicha tensión, en el precedente vinculante emitido en la sentencia 04745-2022-PC/TC, el TC concluye que la reforma legal del código procesal referido no eliminó el precedente vinculante Villanueva Valverde, sino únicamente lo moduló y precisó algunas de sus reglas.

Así, en este trabajo se comentará el precedente vinculante establecido en el expediente 04745-2022-PC/TC. Para ello, se examinará: 1) el precedente vinculante establecido en el expediente 00168-2005-PC/TC; 2) las reformas legales establecidas en el Nuevo Código Procesal Constitucional, relacionadas con la procedencia del proceso de cumplimiento; 3) el precedente vinculante establecido en el expediente 04745-2022-PC/TC; y 4) evaluación crítica del precedente vinculante establecido en el expediente 04745-2022-PC/TC.

1. EL PRECEDENTE VINCULANTE ESTABLECIDO EN EL EXPEDIENTE 00168-2005-PC/TC

En el expediente 00168-2005-PC/TC (2005), el demandante Maximiliano Villanueva Valverde interpuso demanda de cumplimiento contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP), con el objeto de que se cumpla con otorgarle su pensión inicial, de conformidad con la Ley 23908 (Antecedentes).

242

El TC declaró infundada la demanda de cumplimiento, por considerar que no le correspondía al demandante el beneficio de la pensión mínima establecida en la Ley 23908, ya que se le reconoció su pensión durante la vigencia de otra norma legal (Expediente 00168-2005-PC/TC, fundamentos 19-22).

En la sentencia emitida en dicho expediente, el TC estableció, en calidad de precedente vinculante, reglas para la procedencia del proceso de cumplimiento, de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (actualmente regulado en el artículo VI del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional). Dichas reglas fueron (Expediente 00168-2005-PC/TC, fundamentos 14-16):

14. 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.

15. Estos requisitos mínimos se justifican porque el proceso de cumplimiento, diseñado por nuestra Constitución y el Código Procesal Constitucional, dado su carácter sumario y breve, no es el adecuado para discutir los contenidos de normas generales cuyos mandatos no tienen las características mínimas a que hemos hecho referencia, o de normas legales superpuestas que remiten a otras, y estas a su vez a otras, lo cual implica una actividad interpretativa compleja que, en rigor, debe llevarse a cabo a través de las vías procedimentales específicas.

16. Del mismo modo, en este tipo de procesos el funcionario o autoridad pública tiene un deber absoluto de acatamiento de la norma legal o del acto administrativo, no siendo posible ningún tipo de discrecionalidad de su parte. Asimismo, en ellos los derechos del demandante son prácticamente incuestionables, de modo que, comprobada la renuencia y el incumplimiento de la norma legal o el acto administrativo conforme a las pautas descritas, de ineludible cumplimiento, corresponderá amparar la demanda.

Como se puede observar, el TC justificó los requisitos mínimos del mandato exigido, en el carácter sumario del proceso de cumplimiento; en la naturaleza ejecutiva de esta acción constitucional (donde la obligación debe ser incuestionable y su acatamiento, absoluto e ineludible); así como en el objetivo de evitar que el proceso de cumplimiento se convierta en un proceso declarativo o de conocimiento, en cuyo seno se discuta la controversia (Expediente 00168-2005-PC/TC, fundamentos 15-17).

En relación con el carácter sumario y ejecutivo del proceso de cumplimiento, el TC refirió en la sentencia del expediente 00168-2005-PC/TC, que, hasta ese momento, los criterios de la jurisdicción constitucional habían sido muy flexibles y amplios para evaluar las normas legales y los actos administrativos que se exigían a través de sendas demandas. Por ello, el TC estableció los requisitos mínimos que debían cumplir los mandatos cuyo cumplimiento se exigía, para los casos futuros, con el propósito de hacer al proceso de cumplimiento realmente eficaz y expeditivo. (fundamento 23)

En ese sentido, el precedente vinculante Villanueva Valverde fue relevante porque estableció criterios de procedencia de las demandas de cumplimiento, que no habían sido establecidas en el Código Procesal Constitucional del 2004 (Ley 28237, 2004), y sirvió como estándar para la procedencia de las demandas presentadas en los siguientes años.

2. LAS REFORMAS LEGALES ESTABLECIDAS EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL, RELACIONADAS CON LA PROCEDENCIA DEL PROCESO DE CUMPLIMIENTO

244

Con fecha 23 de julio de 2021, se publicó el Nuevo Código Procesal Constitucional, aprobado por el Congreso de la República a través de la Ley N.º 31307.

Este nuevo código dejó sin efecto el Código Procesal Constitucional anterior, aprobado por la Ley 28237, en el año 2004.

El Nuevo Código Procesal Constitucional regula los procesos constitucionales reconocidos en los artículos 200 y 200, inciso 3) de la Constitución. (Código Procesal Constitucional, 2021, artículo I del Título Preliminar)

En cuanto al proceso de cumplimiento, el Nuevo Código Procesal Constitucional detalla aspectos como el objeto de este proceso, las reglas aplicables para resolver la demanda, la legitimación y representación, el requisito especial de la demanda, las causales de improcedencia, el desistimiento de la pretensión, el contenido de la sentencia y su ejecución. (Código Procesal Constitucional, 2021, artículos 65-73)

De manera particular, sobre las reglas aplicables para resolver la demanda de cumplimiento, el nuevo código introdujo reglas que se apartan del precedente Villanueva Valverde por aplicarse cuando el mandato es genérico o poco claro; está sujeto a controversia compleja o a interpretaciones dispares, requiere determinarse su obligatoriedad o incuestionabilidad; y cuando es contrario a la ley o a la Constitución. En esos casos, el nuevo código prescribe que se aplica lo siguiente:

Artículo 66. Reglas aplicables para resolver la demanda

1) Cuando el mandato sea genérico o poco claro, el juez, previa interpretación de la norma legal o del acto administrativo firme, entra a resolver el fondo del asunto, debiendo observar las siguientes reglas:

- 1.1) Para la interpretación de la norma legal, el juez utiliza los métodos clásicos de interpretación jurídica; debiendo su resultado respetar lo que establecen las leyes de la materia y la propia Constitución.
- 1.2) La interpretación del acto administrativo firme debe respetar los principios generales del Derecho Administrativo; la jurisprudencia de los órganos administrativos correspondientes, así como la del Tribunal Constitucional.

2) Cuando el mandato esté sujeto a controversia compleja o a interpretaciones dispares, el juez, previo esclarecimiento de la controversia, entra a resolver el fondo del asunto. Para ello, deberá observar las siguientes reglas:

- 2.1) El juez aplica una mínima actividad interpretativa para superar la controversia, atendiendo a los métodos clásicos de interpretación jurídica, y aplicando los criterios de especialidad, cronológico y jerárquico.
- 2.2) Asimismo, y de ser necesario, el juez aplica una mínima actividad probatoria que, sin comprometer la finalidad urgente y perentoria del proceso de cumplimiento, permita confirmar la veracidad del mandato.

3) Cuando, para determinar la obligatoriedad o incuestionabilidad del mandato contenido en una norma legal o acto administrativo firme resulte necesario entrar al fondo del asunto, el juez admite a trámite la demanda, y esclarecerá la controversia.

4) Cuando el mandato, no obstante ser imperativo, sea contrario a la ley o a la Constitución, el juez debe así declararlo, y en consecuencia, desestimar la demanda. (Código Procesal Constitucional, 2021: artículo 66)

Sin embargo, dado que dichas reglas fijaban requisitos que aparentemente se apartaban del precedente vinculante Villanueva Valverde, el Tribunal Constitucional enfrentó la tarea de determinar si el precedente Villanueva Valverde había sido abrogado por el Nuevo Código Procesal Constitucional, o si existía la posibilidad de hacer un diálogo entre ambas fuentes (normativa y jurisprudencia) y de esa manera preservar la seguridad jurídica.

Es así que en el precedente vinculante establecido en el expediente 04745-2022-PC/TC, el Tribunal Constitucional zanjó dicho dilema.

3. EL PRECEDENTE VINCULANTE DEL EXPEDIENTE 04745-2022-PC/TC

En el expediente 04745-2022-PC/TC (2025), el demandante Centro de Promoción y Defensa Legal de Desarrollo Sostenible y el Ambiente – Perú (Ceprodelsa Perú) interpuso demanda de cumplimiento contra la Autoridad Nacional del Agua (ANA), con el objeto de que se cumpla con el mandato legal contenido en el artículo 53 de la Ley 28611, Ley General del Ambiente, que establece la obligación de las entidades, entre ellas del ANA, de vigilar, establecer criterios y de ser necesario, expedir opinión técnica previa en lo referente a la calidad de las aguas, aire o suelos y otros aspectos de carácter transectorial, para evitar los riesgos y daños de carácter ambiental. En ese sentido, deben evaluar periódicamente las normas, políticas y resoluciones emitidas a nivel sectorial, regional y local, a fin de determinar su correspondencia con la política nacional. (Antecedentes)

El TC declaró fundada la demanda de cumplimiento, por considerar que la ANA no había cumplido con el mandato legal contenido en el artículo 53 de la Ley 28611, Ley General del Ambiente.

246

En la sentencia, el TC estableció que, si bien el mandato legal (artículo 53 de la Ley 28611) estaba sujeto a controversia compleja, en aplicación del artículo 66.2 del Nuevo Código Procesal Constitucional, y basándose la interpretación sistemática, se determinó que la ANA es el ente rector y máxima autoridad del Sistema Nacional de Gestión de los Recursos Hídricos, y ostenta la competencia de evaluar periódicamente las políticas, normas y resoluciones emitidas por las entidades públicas a nivel sectorial, local y nacional. (Expediente 004745-2022-PC/TC, fundamentos 22-27)

En consecuencia, al constatar que el Gobierno Regional de Puno había emitido normas en materia de recursos hídricos, y que estas no habían sido evaluadas por el ANA, incumplió con el mandato legal de supervisar las normas, políticas y resoluciones emitidas por las entidades públicas a nivel sectorial, local y nacional. (Expediente 004745-2022-PC/TC, fundamentos 22-34).

En la sentencia emitida en el expediente de la referencia, el TC estableció, con carácter de precedente vinculante, las reglas que complementan los criterios que el órgano jurisdiccional debe verificar en el proceso de cumplimiento, para determinar su procedencia, de conformidad con el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. Dichas reglas se detallan a continuación (Expediente 04745-2022-PC/TC, fundamento 17):

17. Teniendo en cuenta lo incorporado por el artículo 66 del NCPCo, y lo dispuesto por el precedente vinculante Maximiliano Villanueva Valverde, corresponde esclarecer la aplicación en conjunto de estas reglas contenidas en ambos dispositivos jurídicos:

- a) En primer lugar, debe tenerse en cuenta que en todo proceso de cumplimiento se debe contar con un mandato vigente.
- b) Como segunda regla sustancial establecida en el precedente vinculante aludido en la Sentencia 00168-2005-PC/TC, se precisa que el mandato debe ser cierto y claro. En caso de presentarse una disyuntiva en aplicación de dicha regla, conforme al inciso 1 del artículo 66 del NCPCo, el juez procederá de la siguiente forma:
 - (i) Para realizar la interpretación de una norma legal, el juez utiliza los métodos clásicos de interpretación jurídica; su resultado deberá respetar lo que establecen las leyes de la materia y la propia Constitución Política.
 - (ii) En aquellos casos en que la labor interpretativa sea respecto de un acto administrativo firme, el juez constitucional deberá respetar los principios generales del derecho administrativo, la jurisprudencia de los órganos administrativos correspondientes, así como la del Tribunal Constitucional.
- c) En la aplicación de la regla sustancial de que el mandato esté sujeto a controversia compleja o a interpretaciones dispares, conforme al inciso 2 del artículo 66 del NCPCo, el juez constitucional, previo esclarecimiento de la controversia, podrá entrar a resolver el fondo del asunto, para lo cual, deberá observar las siguientes reglas:
 - (i) Se aplicará una mínima actividad interpretativa para superar la controversia, atendiendo a los métodos clásicos de interpretación jurídica, y aplicando los criterios de especialidad, cronológico y jerárquico.
 - (ii) Por otro lado, de ser necesario, el juez aplica una mínima actividad probatoria que, sin comprometer la finalidad urgente y perentoria del proceso de cumplimiento, permita confirmar la veracidad del mandato.
- d) Otra regla sustancial exige que el mandato sea obligatorio e incuestionable, para lo cual, conforme al inciso 3 del artículo 66 del NCPCo, el juez constitucional podrá conocer el fondo del asunto y esclarecer dicho aspecto.

- e) Cuando el mandato, pese a cumplir con las reglas sustanciales indicadas en el precedente vinculante Maximiliano Villanueva Valverde y haber superado alguno de los supuestos establecidos en el NCPCo, sea contrario a la ley o a la Constitución Política, el juez constitucional debe así declararlo y, en consecuencia, desestimar la demanda, conforme a lo indicado en el inciso 4 del artículo 66 del NCPCo.

En la sentencia, el TC considera que el legislador, mediante la promulgación del Nuevo Código Procesal Constitucional, introdujo modificaciones en la regulación del proceso de cumplimiento. Estas reformas incluyen, entre otras: (Expediente 04745-2022-PC/TC, fundamentos 9-10)

- a) la restricción del contenido de los actos administrativos que pueden ser objeto de cumplimiento;
- b) la adición de reglas específicas para evaluar el mandato contenido en normas legales o actos administrativos, aplicables en los siguientes supuestos:
- cuando el mandato es genérico o poco claro,
 - cuando el mandato esté sujeto a controversia compleja,
 - cuando sea necesario determinar la obligatoriedad o incuestionabilidad del mandato,
 - cuando, no obstante ser imperativo, su cumplimiento sea contrario a la ley o a la Constitución.

Para el TC, el precedente Villanueva Valverde estableció reglas sustanciales de carácter procesal, mas no desarrolló algún principio o derecho. En tal sentido, consideró que el Nuevo Código Procesal Constitucional no desconoce el precedente Villanueva Valverde, en tanto que desarrolla cambios reglas procesales respecto de, entre otros, el proceso de cumplimiento. Dichas reglas no desnaturalizan el diseño del proceso constitucional de cumplimiento como uno de tutela urgente y breve. (Expediente 04745-2022-PC/TC, fundamentos 10-11)

Al respecto, se advierte que en la sentencia recaída en el expediente 04745-2022-PC/TC, el TC validó la intervención del legislador sobre el diseño procesal del precedente, reconociendo así una capacidad de incidencia normativa sobre sus propias decisiones vinculantes.

El pronunciamiento expuesto en el caso Ceprodelsa (expediente 04745-2022-PC/TC) ofrece una respuesta preliminar a la interrogante central del presente trabajo: la posibilidad de que una reforma legal modifique un precedente vinculante establecido por el Tribunal Constitucional.

No obstante, la admisión de dicha viabilidad no clausura la controversia, sino que traslada el debate hacia la intensidad de control constitucional que el TC debe ejercer sobre las modificaciones legislativas a sus propias decisiones vinculantes. Persiste, por tanto, la necesidad de determinar si esta intervención legislativa erosiona la función del TC como supremo intérprete de la Constitución. Esta problemática exige delimitar los márgenes de la libertad de configuración del legislador y examinar los criterios del control que adopta el TC frente a las alteraciones normativas de sus precedentes; extremos que serán abordados a continuación, mediante un análisis de los alcances del expediente 04745-2022-PC/TC.

4. ANÁLISIS DEL PRECEDENTE VINCULANTE ESTABLECIDO EN EL EXPEDIENTE 04745-2022-PC/TC

4.1. La tensión entre la libertad de configuración legislativa y la función del TC de establecer precedentes vinculantes

En el marco del Estado constitucional de derecho, el sistema de fuentes del derecho no es una pirámide rígida. Por el contrario, siguiendo la tesis de Pino, este se asemeja a un caleidoscopio donde los poderes se encuentran en equilibrio, sin que ninguna autoridad sea por sí misma capaz de imponer la última palabra de forma aislada (Pino 2023: 279).

Bajo ese modelo, la validez del derecho surge de un proceso de diálogo y de un complejo entramado de vínculos y contrapoderes. En ese escenario, todo acto de producción del derecho está sujeto a un escrutinio de compatibilidad entre sus justificaciones y los principios constitucionales. (Pino 2023: 279)

Por consiguiente, la ley no se presenta como un acto incuestionable, sino como una propuesta sujeta a evaluación de conformidad con los principios y bienes jurídicos protegidos por la norma fundamental. En este esquema, el TC, como supremo intérprete de la Constitución (artículo 201 de la Constitución), se constituye como el validador final del diálogo interorgánico, a través del escrutinio que realiza sobre las propuestas normativas.

Esta dinámica se evidencia en el análisis del artículo 66 del Nuevo Código Procesal Constitucional. Dicha disposición procesal, al modificar las reglas establecidas en el precedente vinculante Villanueva Valverde, fue sometida al escrutinio del TC en la sentencia del expediente 04745-2022-PC/TC, y finalmente validada.

Así pues, se advierte que la configuración legislativa expuesta no debilitó la competencia del TC, sino que operó como una reinterpretación normativa sometida a un escrutinio de constitucionalidad. En la sentencia del expediente 04745-2022-

PC/TC, el TC evaluó, en su condición de supremo intérprete, si la nueva lectura del legislador era armonizable con el ordenamiento constitucional.

Este proceso muestra que hubo un diálogo o interacción entre el Poder Legislativo y el Tribunal Constitucional. El legislador, mediante el Nuevo Código Procesal Constitucional, actuó como impulsor de un cambio en el diseño de procedencia de las demandas de cumplimiento, alterando así el precedente vinculante Villanueva Valverde. Por su parte, el TC sometió a escrutinio la validez de dicha nueva propuesta legislativa, y finalmente convalidó las modificaciones legislativas, integrándolas al bloque de constitucionalidad.

En suma, se infiere que para el TC no se debilitaron ni erosionaron sus funciones. Al contrario, la modificación legislativa de su precedente vinculante habilitó la posibilidad de que el TC ejerciera su función de supremo intérprete de la Constitución, y evaluara la vigencia de su precedente vinculante bajo una nueva óptica legal. Con ello, se reafirma que la validez en el sistema constitucional es el resultado del diálogo inter orgánico donde el TC se constituye como el garante y validador definitivo de dicha interacción.

4.2. Los límites sustanciales a la potestad legislativa en la alteración de los precedentes vinculantes

En el Estado Constitucional, la supremacía de la Constitución redefine el concepto de seguridad jurídica. Siguiendo la tesis de Pino, esta jerarquía de la Constitución proyecta entre sus consecuencias: (Pino 2023: 276-277, 279)

- Las normas constitucionales contienen principios que son genéricos e indeterminados, cuya aplicación exige operaciones de concretización y de ponderación, de ser el caso.
- La validez de las leyes depende de juicios de valor, no solo formal sino también material, esto es, se requiere la valoración de compatibilidad y congruencia sustancial entre la ley y los principios constitucionales.
- Todo acto de producción del derecho está sujeto a un continuo escrutinio de compatibilidad con los principios constitucionales.

Si bien el legislador goza de la facultad de concretizar los principios constitucionales, dicha potestad no es absoluta. La libertad de configuración legislativa está sujeta a límites formales y materiales, las cuales deben someterse al escrutinio del juez constitucional, en su rol de supremo intérprete de la Constitución.

Bajo este enfoque, las reglas procesales establecidas en el Nuevo Código Procesal Constitucional, que reconfiguran el precedente Villanueva Valverde, están sujetas a límites formales y materiales.

Al respecto, en la sentencia del expediente 04745-2022-PC/TC, el TC consideró como restricciones específicas para la reforma legislativa de su precedente vinculante: a) la circunscripción a aspectos de naturaleza procesal, y b) la prohibición de incurrir en una desnaturalización de los fines esenciales del proceso constitucional. Estos dos criterios se articulan con los límites formales y materiales mencionados anteriormente.

Sin embargo, es relevante precisar que el desarrollo de estas restricciones no agota el catálogo de límites formales y materiales que podrían aplicarse a la libertad de configuración del legislador. En ese sentido, queda abierta la posibilidad de que, en futuros pronunciamientos, el TC profundice en otros parámetros de control que incidan tanto en aspectos de carácter procesal, como en la viabilidad de establecer limitaciones parciales o totales sobre el contenido material de las reformas legislativas a sus decisiones vinculantes.

4.3. Parámetros de control constitucional frente a la reforma legal del precedente vinculante

251

La resolución de casos constitucionales a menudo plantea cuestiones teóricas sobre el enfoque interpretativo más adecuado. Estas interrogantes se vinculan con el rol que desempeñan las Constituciones y con la delimitación de los límites de los poderes del Estado. (Waluchow 2012: 12)

En la doctrina constitucional contemporánea, hay diversas teorías sobre el método de interpretación apropiado. Principalmente, se dividen en originalismo y no originalismo.

El originalismo postula que los jueces interpreten la Constitución conforme al significado original o la intención de sus redactores; mientras que el no originalismo —también conocido como Constitución viviente— plantea que el significado de la Constitución no está fijado de forma inmutable en el tiempo, sino que debe evolucionar para reflejar valores morales y políticos contemporáneos. (Waluchow 2012: 11-27)

Bajo el marco del no originalismo, se considera que el Estado constitucional da un giro a la cultura de la justificación. En este modelo, todo acto de producción del derecho está sujeto a un continuo escrutinio de compatibilidad con los

principios constitucionales, los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, y la legitimación axiológica de las cortes constitucionales, en su rol de custodios de valores. (Pino 2023: 279)

Ahora bien, en la sentencia del expediente 04745-2022-PC/TC, se observa que el TC validó las reglas establecidas por el artículo 66 del Nuevo Código Procesal Constitucional, tras constatar que estas se limitaban a regular únicamente aspectos procesales, sin desnaturalizar el proceso constitucional, ni desarrollar principios o derechos. Este escrutinio, al considerar elementos procesales y sustantivos, sugiere que el TC adoptó un enfoque no originalista y, a su vez, denota su apertura hacia la evolución legislativa de sus propios criterios.

No obstante, esta validación institucional abre la oportunidad para que el TC, en futuros pronunciamientos, profundice sobre ciertos parámetros de control, tales como la incidencia de la reforma legislativa de sus precedentes en principios constitucionales, y la delimitación de conceptos como la «mínima actividad interpretativa» exigida a los jueces para evaluar las controversias del proceso de cumplimiento. Asimismo, queda abierto el debate para establecer criterios de razonabilidad que permitan distinguir cuándo las modificaciones legales de carácter procesal inciden de forma directa o indirecta, en principios o derechos fundamentales.

252

BIBLIOGRAFÍA

- Constitución Política del Perú. (1993). Congreso Constituyente Democrático.
- Expediente 00168-2005-PC/TC. (2005). *Sentencia*. Tribunal Constitucional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00168-2005-AC.html>
- Expediente 04745-2022-PC/TC. (2025). *Sentencia*. Tribunal Constitucional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2025/04745-2022-AC.pdf>
- Ley 28237. (2004). *Código Procesal Constitucional*. Congreso de la República.
- Ley 31307. (2021). *Nuevo Código Procesal Constitucional*. Congreso de la República.
- Pino, Giorgio. (2023). Seguridad Jurídica. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*. N.º 25, octubre 2023, 262-284.
- Waluchow, Wil. (2012). Constitutionalism. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. 2012, 1-48.

SECCIÓN CLÁSICOS



Julio Ayasta González

Registro fotográfico el día de su incorporación como juez de la
Corte Superior de Justicia de Lima

(13 de enero de 1956)

Nota introductoria sobre Inconstitucionalidad de las leyes de Julio Ayasta González

 EDDY CHAVEZ HUANCA*

Si la Constitución ha reglado ella misma su enmienda (como es el caso de la Constitución peruana), no hay problema, puesto que las enmiendas pueden tener por finalidad asegurar su propia estabilidad. Pero cuando se va a la reforma por medios distintos de los previstos en ella, el problema es muy otro, y semejante procedimiento podrá ser tildado de inconstitucional.

Julio Ayasta González

257

En relación con el control de constitucionalidad de las leyes, Julio Ayasta aborda el tema utilizando la comparación jurídica; de entrada, hace mención de los límites y contrapesos del poder existente en el sistema jurídico norteamericano y cómo es que se defiende la supremacía constitucional en el país que ha generado un caso canónico, como el de *Marbury vs. Madison*. Cabe desatacar que, desde el inicio, el énfasis en señalar que los mecanismos de control a desarrollar son y deben operar dentro de los márgenes jurídicos vigentes denota la importancia de identificar los límites del poder de legislar, los cuales deben considerar siempre la supremacía de la Constitución.

* Abogado. Maestro en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú. ORCID: 0000-0003-4385-3436. Correo electrónico: echavez@pucc.edu.pe.

Ayasta trabaja con diversas fuentes y, en la mayoría de los casos, supera las barreras idiomáticas mediante una consulta directa. Por ejemplo, para el análisis de lo principal, utiliza como uno de sus ejes temáticos centrales el hoy hartamente debatido *gobierno de los jueces*, para lo cual acude principalmente a la obra de Edouard Lambert (1921)⁽¹⁾. Realiza alcances y precisiones en relación con la competencia del Poder Legislativo y cómo esta no pocas veces colisiona con el espíritu de la Constitución, y desarrolla, además, los procedimientos que pueden emplear los jueces para llevar a cabo el control de constitucionalidad.

Asimismo, acota un tema que ha ido cobrando fuerza con el tiempo: *la judicialización de la política y la politización de la justicia*. Ayasta explica que una de las causas del ejercicio de labores más allá de los límites competenciales —haciendo mención del Poder Judicial de los Estados Unidos— se debe a la pervivencia de los *poderes de policía* del *Ancien Régime* en lo concerniente a la labor profesional del juez, esto es, la administración de justicia.

Siguiendo fuentes francófonas, Ayasta refiere la importancia de la labor judicial para el derecho estadounidense y cómo lo consuetudinario constituye la base de su desarrollo. Incluso, hace eco del estilo y metodología empleados en la formación de los abogados en las universidades americanas, donde resulta vital maniobrar en el estudio y en la práctica de la jurisprudencia.

Además, hace evocación del caso peruano y de cómo se articula la impugnación de las leyes inconstitucionales. Alude al artículo 133 (Constitución Política del Perú, 1933):

Hay acción popular ante el Poder Judicial contra los reglamentos y contra las resoluciones y decretos gubernativos de carácter general que infrinjan la Constitución o las leyes, sin perjuicio de la responsabilidad política de los ministros. La ley establecerá el procedimiento judicial correspondiente.

Por otro lado, menciona cuál es el papel de la Corte Suprema frente a los casos de inconstitucionalidad. Integra, además, un análisis del artículo XXII del Título Preliminar del Código Civil peruano y destaca la importancia de abordar el control constitucional desde la labor de todos los jueces, más que concentrarlo en una sola área del derecho. Para finalizar, su artículo refiere a los límites que deben respetarse cuando se pretende llevar a cabo una reforma de la Constitución.

¹ También se puede consultar su versión traducida al castellano: Lambert (2010).

I BIBLIOGRAFÍA

- Lambert, E. (1921). *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis: l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*. Marcel Giard & Cie Libraries-Éditeurs.
- Lambert, E. (2010). *El gobierno de los jueces* (L. Pomed, Nota preliminar; F. de la Fuente, Trad. y adapt.). Tecnos.

Inconstitucionalidad de las Leyes*

 JULIO AYASTA GONZÁLEZ

Sumario:

I. CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES. II. ORGANIZACIÓN DE ESTE CONTROL EN LOS ESTADOS UNIDOS. III. EL LLAMADO «GOBIERNO DE LOS JUECES». IV. ¿CÓMO SE IMPUGNAN LAS LEYES INCONSTITUCIONALES EN EL PERÚ? V. ANÁLISIS DEL ART. XXII DEL TIT. PREL. DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO. VI. REVISIÓN DE LA CONSTITUCIÓN EN EL PERÚ. VII. ¿PUEDE CONSIDERARSE COMO INCONSTITUCIONAL UNA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN?

261

I. CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES

Por lo general, no existe una forma jurídicamente expresada para anular una ley que ha sido votada infringiendo las normas constitucionales. Es en Estados Unidos donde el Poder Judicial pone límites al Poder Legislativo del Estado federal cuando se infringen los preceptos constitucionales, en aplicación del principio de supremacía constitucional, contenido en el artículo VI, apartado 2, de la Constitución de los Estados Unidos.

* La *Revista Peruana de Derecho Constitucional* agradece y cumple con dar los créditos a la familia del autor. El presente artículo, «Inconstitucionalidad de las leyes», de Julio Ayasta González inicialmente fue publicado en la *Revista de jurisprudencia peruana*, en mayo de 1945, en la ciudad de Lima.

El control de la constitucionalidad de las leyes es la consecuencia lógica de la supremacía constitucional en un Estado. Bajo el imperio de la constitución, ninguno de los poderes públicos es soberano, en el sentido de que no podría ser controlado en el ejercicio de sus funciones. Por el contrario, el principio es que todo poder público es susceptible de control, especialmente por medios jurídicos.

Este principio se aplica al poder legislativo constituido, lo mismo que a los demás poderes del Estado. En virtud del principio de la limitación de los poderes constituidos y de la superioridad de la ley constitucional sobre la ley ordinaria, se ha organizado en los Estados Unidos el control de la constitucionalidad de las leyes. Con razón ha señalado el Prof. Hauriou (1929) que, si el Parlamento inglés ha sido históricamente como soberano, ello se debe a que Inglaterra carece de una Constitución nacional.

II. ORGANIZACIÓN DE ESTE CONTROL EN LOS ESTADOS UNIDOS

El control jurisdiccional es una institución original, ligada estrechamente al desenvolvimiento del federalismo americano. Según Lambert (1921), este control se extiende no solo al Estado federal, sino también a los Estados particulares; corresponde a los jueces ordinarios y puede producirse con ocasión de cualquier litigio en que la ley impugnada por inconstitucionalidad sería aplicable.

262

Desde el punto de vista del alcance del principio de constitucionalidad de las leyes, hay que distinguir dos aspectos: 1) el control de la competencia legislativa, es decir, el caso de conflicto entre dos textos; 2) el control de las tendencias legislativas, que supone el conflicto entre el espíritu de la Constitución, con sus tendencias individualistas, y el espíritu de la legislación ordinaria.

En cuanto a los procedimientos empleados por los jueces en el control de la constitucionalidad de las leyes, son tres: 1) la excepción de inconstitucionalidad; 2) el recurso al procedimiento de equidad, o sea, la demanda ante la Corte del libramiento de una orden que prohíba ejecutar la ley a los representantes o funcionarios del poder ejecutivo encargados de velar por su aplicación, esto es, la declaración, por parte del juez, de la inconstitucionalidad de la ley. Cuando la Corte Suprema ha pronunciado la inconstitucionalidad de una ley, esta declaración obliga no solo a las jurisdicciones subordinadas, sino también a la propia Corte; 3) el empleo del procedimiento de sentencia declaratoria, que es un modo de introducción del control judicial de la constitucionalidad de las leyes mucho más efectivo que la excepción de inconstitucionalidad y el recurso al procedimiento de equidad.

III. EL LLAMADO «GOBIERNO DE LOS JUECES»

El control de inconstitucionalidad no se ha limitado a las leyes de las legislaturas. Lambert (1921) observa cómo este control ha ido ampliando su alcance, cómo ha sobrepasado lo puramente contencioso para llegar hasta las enmiendas constitucionales y, por ende, penetrar en el dominio de lo político. Es el llamado «gobierno de los jueces». Sin duda, no se somete a las cortes una cuestión de inconstitucionalidad sino con ocasión de un proceso; pero, en primer lugar, los fallos que pronuncian tienen el valor de fallos de reglamento (*arrêts de règlements*): están obligadas por su propia jurisprudencia, de tal manera que esta es ley; tienen poderes de equidad, es decir, de policía, que les permiten obligar a los agentes públicos a rehusar la aplicación de la ley; en segundo lugar, se libran a una interpretación constructiva de las leyes tan audaz que conduce a su deformación y corrección; finalmente, resuelven tan decisivamente sobre la legislación que el legislador recurre a consultas officiosas antes de hacer la ley. Todo esto sobrepasa la función contenciosa de un juez que se limitaría a la aplicación de la ley en un proceso determinado (Lambert, 1921).

Esa hipertrofia del poder judicial en Estados Unidos obedece a la siguiente causa determinante: los países anglosajones, por lo general, han permanecido en el antiguo régimen, en el sentido de que para ellos el juez no ha sido despojado de sus antiguos poderes de policía por la institución de un régimen administrativo.

Y es que, como dice Hauriou (1929), el derecho americano es *judge made*, hecho por el juez, en razón de la supervivencia de la costumbre. Lo es en su parte consuetudinaria, pues no habrá que olvidar que el *common law* es la base consuetudinaria de los principios generales del derecho, porque los jueces americanos consideran a la ley escrita con la misma libertad que la costumbre y la interpretan conforme a los principios consuetudinarios. No solo la ley escrita no es defendida por el poder ejecutivo, sino que jamás ha sido objeto de codificación.

Esta invasión del juez sobre la ley se ha acentuado aún más, como lo hace notar Lambert (1921), por el método de enseñanza del derecho que se sigue en las Universidades americanas, que es exclusivamente el «caso de jurisprudencia» o caso de especie. Los estudiantes, futuros magistrados y hombres de negocios, no practican las colecciones de leyes, sino únicamente las colecciones de casos de jurisprudencia; no proceden por principios legales, sino por principios jurisprudenciales, de manera que, tanto en la enseñanza como en la práctica judicial, la ley desaparece por completo bajo la glosa de la jurisprudencia. Ocurre lo contrario de lo que sucede en la mayoría de países latinos, en los que la enseñanza de la jurisprudencia se equilibra con la enseñanza doctrinaria que se imparte en las facultades de Derecho (Hauriou, 1929, p. 278).

IV. ¿CÓMO SE IMPUGNAN LAS LEYES INCONSTITUCIONALES EN EL PERÚ?

Por lo que al tema se refiere, cabe afirmar que nuestro derecho alude a la manera de impugnar las leyes inconstitucionales. Como refiere el art. 133 de la Constitución peruana, «[h]ay acción popular ante el Poder Judicial contra los reglamentos, resoluciones y decretos gubernativos de carácter general que infrinjan la Constitución o las leyes, sin perjuicio de la responsabilidad política de los ministros». Obsérvese, sin embargo, que la Corte Suprema de Justicia del Perú, frente a un caso de inconstitucionalidad, no puede declarar de oficio la inconstitucionalidad de una ley. El juez solo podrá rechazar la acción basada en una ley inconstitucional. Y cuando la carta política dice «hay acción popular», queda entendido que es únicamente a solicitud de parte interesada que se puede recurrir ante el Poder Judicial contra las resoluciones y leyes que lesionan intereses de particulares.

Pero supongamos que el juez se halla frente a una ley manifiestamente inconstitucional: ¿podrá dejar de aplicarla? Creemos que sí. Y ahora se presenta otro problema: ¿podría oponerse la excepción de inconstitucionalidad contra una ley manifiestamente inconstitucional? No, porque se correría el riesgo de convertir al Poder Ejecutivo y al Poder Judicial en Poder Legislativo, al interpretar o juzgar como viciadas de inconstitucionalidad leyes aparentemente irregulares (Álvarez Gendin, 1925, pp. 103-104).

264

V. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO XXII DEL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO

He aquí un precepto de derecho consignado en la legislación civil peruana y que otros códigos omiten, por tratarse más bien de un precepto de orden constitucional. En efecto, según el Código Civil peruano, «cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal se preferirá aquella». De manera que la primera ley que el juez deberá observar será la Constitución; es decir, se ha establecido un orden de prelación, no pudiendo los jueces aplicar una ley que sea incompatible con una disposición constitucional.

En punto a lo que aquí se trata, y como ya lo dijimos en el número anterior, los jueces no tienen facultad para apreciar la inconstitucionalidad, pero se llega al mismo resultado si se advierte que los jueces tienen que atenerse al principio de la primacía constitucional. El Poder Judicial en el Perú —como muy bien lo ha dicho un autor— «no tiene facultad para declarar la inconstitucionalidad de una ley» (Torres, 1939, p. 13).

En este particular, son notables las tendencias extraídas de la doctrina por el Prof. Cornejo para explicar este tema. Estas tendencias pueden resumirse así: 1) el Poder Judicial puede declarar la inconstitucionalidad de una ley; 2) debe haber un órgano especial encargado de ese control (Cornejo, 1937, pp. 59-61).

VI. REVISIÓN DE LA CONSTITUCIÓN EN EL PERÚ

En cuanto a las reformas constitucionales, la Constitución peruana, en el art. 236, señala lo siguiente:

[...] toda reforma constitucional debe ser aprobada por las Cámaras en Legislatura Ordinaria y ser ratificada por ambas Cámaras en otra Legislatura Ordinaria. La aprobación y la ratificación requieren la mayoría de los votos del número legal de miembros de cada una de las Cámaras.

Justifica la razón de ser de esta disposición un anhelo puramente democrático. Nada más categórico que la declaración de un precepto como el contenido en la Constitución del Perú, según el que la revisión deberá verificarse por las Cámaras en Legislatura Ordinaria; solo ellas podrán determinar cuáles artículos de la Constitución serán objeto de revisión, bien para suprimirlos, modificarlos o sustituirlos por otros.

Así pues, para modificar la Constitución vigente, es preciso que los acuerdos que cada Cámara adopte sean tomados por la mayoría de los votos del número legal de miembros de cada una de ellas. La iniciativa corresponde a los diputados y senadores, y al presidente de la República, con aprobación del Consejo de Ministros.

Pero aquello a que aludimos en las líneas anteriores permanecería inaccesible a la investigación, inaccesible al estudio, si dejásemos de plantearnos el problema en la siguiente forma: ¿puede el Congreso (que da las leyes, las interpreta, modifica y deroga) facultar al Poder Ejecutivo, en casos especiales, para dictar leyes? No. ¿Por qué? Porque hay que evitar un conflicto de atribuciones; si bien en el Perú la Ley 8929, de 24 de julio de 1939, autoriza al Poder Ejecutivo, mediante ley especial, para que dicte durante el receso del Congreso las leyes que fueren necesarias sobre las materias determinadas en la misma ley autoritativa. Dictar una ley significa llenar todo un proceso legislativo (discusión, oportunidad de la norma, su conformidad con el medio, las costumbres, usos, etc.); si no se lleva a cabo este proceso, estaría de más el poder legislativo.

Hay otro argumento que se puede invocar y que es consecuencia del enunciado anterior. Lo podemos formular así: ¿puede el Congreso dejar a la potestad discrecional del Gobierno la regulación de aquellos asuntos que signifique que ese órgano de la soberanía se ha desprendido, en forma general, de una facultad que es inalienable? Nuevamente viene a colación la reforma introducida en la Constitución del Perú por la Ley 8929, pero eso no obsta para sostener, como lo ha hecho ya el Prof. Tola (1943), «que el Congreso no puede desprenderse de esa facultad, porque si lo hiciera iría contra el espíritu mismo que anima la Constitución» (pp. 803 y ss.).

VII. ¿PUEDE CONSIDERARSE COMO INCONSTITUCIONAL UNA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN?

Hemos dicho que la Constitución puede reformarse. Esto, por lo menos, nos reconforta. Pero cuando se reforma la Constitución, acaso la autoridad que lo hace ¿no habrá rebasado el régimen de derecho? He aquí un problema hasta cierto punto delicado, pero no, por delicado, difícil de resolver.

Aparte de los eruditos estudios de Marbury y Frierson (citado por Lambert, 1921, pp. 109-129) en Estados Unidos, Carl Schmitt (año, pp. 121-122) en Alemania, y Dana Montaña (1941) y Linares Quintana (1944a) en Argentina, todavía no se ha reflexionado teóricamente sobre la validez de una enmienda de la Constitución. Y es que la cuestión, por escabrosa, ha sido eludida, cosa que no debió ocurrir, porque una cosa es hacer política y otra, hacer derecho.

Quien quiera penetrar en la esencia de la cuestión que deje a un lado las investigaciones eruditas y observe cómo el hombre que cultiva el derecho habla con el derecho. Carl Schmitt, que ha tratado el problema con gran lucidez, sostiene que «la competencia para reformar la Constitución no es una competencia normal en el sentido de un círculo de actividades regulado y delimitado». No hay que confundir la dación de una ley con la reforma de una ley constitucional. La reforma de una ley constitucional es una facultad extraordinaria, pero no ilimitada. Esto es tan claro que sostener lo contrario equivaldría a desterrar la Constitución. Asimismo, Schmitt agrega: «toda reforma constitucional deberá responder a un anhelo de la ciudadanía en que queden garantizadas la identidad y continuidad de la Constitución considerada como un todo».

Además, y como será fácil observar, la reforma constitucional no significa en manera alguna destrucción de la Constitución, puesto que «los órganos competentes para acordar una ley de reforma de la Constitución no se convierten en destructores de la carta fundamental» (Schmitt, año, pp. 121-122).

Resulta interesante referir ahora el punto a la Constitución del Perú. Según el art. 236 de la Constitución peruana, se puede llegar a la reforma constitucional; solo que esta, como anota el Prof. Linares Quintana, no debe estar en pugna con los principios de la Constitución misma. Dicho, en otros términos, una reforma de la Constitución no puede contradecir sus principios. Si la Constitución ha reglado ella misma su enmienda (como es el caso de la Constitución peruana), no hay problema, puesto que las enmiendas pueden tener por finalidad asegurar su propia estabilidad. Pero cuando se va a la reforma por medios distintos de los previstos en ella, el problema es muy otro, y semejante procedimiento podrá ser tildado de inconstitucional.

En el caso del Perú, el plebiscito no era el medio de que se podía disponer para reformar la Constitución. Hay que sentar como base que la Constitución no puede ser modificada ni reformada sino por los procedimientos que la misma carta señala¹. Y, para terminar, se dirá quizás que se trata de una cuestión política más que de una cuestión judicial, pero nosotros creemos que la cuestión es esencialmente judicial y que los tribunales no se inmiscuyen en política cuando ejercen una supervisión sobre el procedimiento de reforma de la carta fundamental².

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez Gendin, S. (1925). *Teoría general de las fuentes del derecho*. Reus.
- Cornejo, A. G. (1937). *Código Civil. Exposición sistemática y comentario* (T. I). Gil.
- Dana Montaña, S. M. (1941). La Constitución federal argentina. *Boletín de la Biblioteca del Congreso*, número de septiembre-diciembre.
- Durán, M. (1944). El conflicto entre la H. Convención Nacional y la Excma. Corte Suprema de Justicia de Bolivia. *Revista de Estudios Jurídicos, Políticos y Sociales*, número de diciembre.
- Hauriou, M. (1929). *Précis de Droit Constitutionnel*. Sirey.
- Lambert, E. (1921). *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis : l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois* (T. VI). Instituto de Derecho Comparado de Lyon.
- Linares Quintana, S. V. (1944a). ¿Puede una reforma de la Constitución ser inconstitucional? *La Ley*, (7).

¹ Sobre este punto, revisar el interesante estudio del Dr. Manuel Durán (1944).

² Cfr. en el interesante estudio del Prof. Linares Quintana (1944b).

Linares Quintana, S. V. (1944b) La vasta ilustración de la jurisprudencia norteamericana. *Revista de Derecho y Legislación*, número de setiembre-diciembre, pp. 100-115.

Tola, F. (1943). Necesidad de organizar el Estado en el Perú dentro de los moldes del derecho. *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, año VII, (3).

Torre, O. (1939). *La aplicación del derecho y el nuevo Código Civil*. Lima.

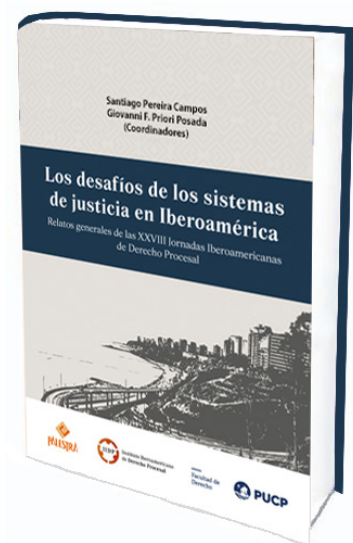
**SECCIÓN RESEÑAS
BIBLIOGRÁFICAS**

Los desafíos de los sistemas de justicia en Iberoamérica

Relatos generales de las XXVIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal

 CARINA X. GÓMEZ FRÖDE*

271



Título: Los desafíos de los sistemas de justicia en Iberoamérica
Coordinadores: Santiago Pereira Campos y Giovanni F. Priori Posada
Ciudad: Lima
Editorial: Palestra, IIDP, Facultad de Derecho, PUCP
Año: 2025
Páginas: 464

* Abogada por la Universidad Nacional Autónoma de México. Maestra en Derecho por el Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM. Doctora en Derecho por el Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Presidenta del Instituto Mexicano de Derecho Procesal. Presidenta del Tribunal Universitario de la UNAM. Ponente y autora de obras jurídicas nacionales e internacionales. Código ORCID: 0000-0002-1065-2649. Correo electrónico: freude.carina@gmail.com

INTRODUCCIÓN

No todo el tiempo los ponentes y asistentes a un encuentro académico tienen la fortuna de contar con un libro que recoja ponencias generales y nacionales de sus participantes. Es de reconocer y admirar la costumbre que nos impusieron nuestros mayores maestros procesalistas de llevarnos a nuestra casa, una vez concluido el congreso, un libro impreso que deja huella del encuentro, sobre todo ahora que imperan los libros digitales. El contar con memorias siempre nos ha brindado la oportunidad de analizar con calma cada uno de los temas discutidos durante las jornadas, así como revisar las perspectivas y puntos de vista de los autores.

Este libro recoge una selección de las ponencias presentadas en las XXVIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal celebradas en la ciudad de Lima, del 28 al 30 de abril del 2025, organizadas por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, así como la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú; bajo la dirección de nuestros presidente y vicepresidente, Santiago Pereira Campos y Giovanni F. Priori Posada.

El Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal fue fundado en la Ciudad de Montevideo, en el año de 1957, en homenaje a Eduardo J. Couture. Su propósito, desde entonces, ha sido promover el desarrollo, investigación y estudio del derecho procesal mediante la cooperación de académicos de diferentes países de Iberoamérica. Somos una familia de procesalistas, quienes nos reunimos cada dos años en diferentes lugares de Iberoamérica. Gracias a estos espacios de reflexión se nos plantean nuevos desafíos bajo una perspectiva científica y comparada.

Estas jornadas fueron novedosas ya que se realizó una convocatoria con un gran número de participantes para el Programa *Call for papers*, relacionado con los temas procesales discutidos durante las jornadas. Los jóvenes procesalistas también fueron convocados para participar en concursos en homenaje a tres queridos maestros: Mario Kaminker, Sergio García Ramírez y Vicente Gimeno Sendra; sobre la Ley Modelo de Arbitraje para Iberoamérica del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal; Inteligencia artificial y proceso; y Flexibilidad del proceso judicial, respectivamente. Además este encuentro se distinguió por incluir en las mesas a una persona que fungió como contraponente, a efecto de enriquecer el diálogo y la crítica constructiva necesaria para abordar los diversos puntos de vista en relación a los temas analizados.

DESARROLLO

El libro contiene una presentación a cargo de nuestro presidente y vicepresidente, un total de cinco desafíos y un resumen de los autores.

El primer desafío se relaciona con el tema de la *Ejecución civil*. La ponencia general estuvo coordinada por María José Capelo y Álvaro Pérez Ragone. En palabras de la colega Macarena Vargas, se aborda una temática central para la protección de los derechos de las personas: las tareas pendientes y los caminos a seguir para el diseño de sistemas de ejecución más modernos, eficientes y equilibrados que aseguren a todas las personas, nada más y nada menos que el cumplimiento de lo fallado o lo resuelto por los jueces. Este primer tema es enriquecido con las ponencias nacionales de países como Perú, Portugal, Brasil, España, México, Bolivia, Chile, Colombia, Argentina y Uruguay. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva se traduce y es aplicable a la ejecución civil.

El segundo desafío se denomina *Precedentes judiciales*. Tiene que ver con la ética y cultura del precedente en Iberoamérica. Esta ponencia general estuvo a cargo de Leandro Giannini y Daniel Mitidiero. Aborda, desde un análisis crítico institucional, normativo, ético y cultural, la forma de identificar y gestionar la eficacia; sobre todo, la vinculatoriedad de los precedentes, su posible superación o cambio parcial y los fundamentos, que justifican o no, volverlos obligatorios. Se destaca la necesidad de actuar con prudencia, habilidad comparativa y argumental a la hora de sentar criterios interpretativos que serán prospectivamente vinculantes en cada uno de los países de Iberoamérica.

En cuanto al tercer desafío, denominado *Flexibilización y acuerdos procesales*, a cargo de María Victoria Mosmann e Ignacio M. Soba Bracesco, se pone sobre la mesa un debate sobre la flexibilización y los pactos procesales como un mecanismo para alcanzar una mayor eficacia del sistema procesal. Se analiza de manera crítica las ventajas y los inconvenientes que presentan los países iberoamericanos. Se reflexiona sobre el contenido en el marco del Estado constitucional, indagando si los sistemas vigentes que rigen las formas de los actos procesales responden a su arquetipo, dimensión, dinamismo y variabilidad.

En cuanto al cuarto desafío, denominado *Inteligencia artificial, sistema de justicia y proceso judicial en Iberoamérica*, tiene como propósito realizar una evaluación crítica de los avances en el empleo de la inteligencia artificial (IA) en la realidad iberoamericana, concretamente, desde dos grandes perspectivas: El tipo de programas que se están utilizando y la regulación de la IA en general, específicamente en el área de la justicia. María Cristina Chen Stanziola y Renzo Cavani incluyen las perspectivas de gran parte de los países iberoamericanos, incluso las disposiciones actuales de la Unión Europea. La IA tiene el potencial de transformar el sistema de justicia al mejorar su eficiencia, accesibilidad y transparencia; sin embargo, su implementación debe hacerse con cautela, asegurando la supervisión

humana y la regulación adecuada para evitar abusos y garantizar un uso justo. Con un enfoque equilibrado y ético, la IA puede convertirse en una herramienta poderosa para fortalecer el acceso a la justicia y la confianza en el sistema judicial.

La tecnología y el proceso judicial en línea son el quinto desafío, presentado por Antonio Cabral y Mónica Bustamante Rúa. Este desafío incluye los informes nacionales de 10 países iberoamericanos. Se analiza el proceso electrónico, la comunicación digital de los actos procesales, el expediente en línea, el tratamiento de la prueba electrónica y acceso remoto, las dificultades prácticas como la falta de infraestructura, la resistencia cultural y la brecha digital. Se proponen estrategias para superar estas barreras y garantizar un acceso igualitario a la justicia digital. Como dice atinadamente Mónica Bustamante Rúa: «Y no lo olvidemos: el futuro es HOY».

CONCLUSIONES

Los temas contenidos en este libro, de acuerdo a Santiago Pereira, son esenciales para buscar recomponer la confianza de las personas en los sistemas de justicia: pensar un nuevo sistema procesal desde la voz innovadora de nuestros jóvenes; buscar caminos para abrir las puertas de la justicia, especialmente en situaciones de vulnerabilidad; fomentar la seguridad jurídica mediante los precedentes judiciales; diseñar procesos jurisdiccionales más flexibles que permitan acuerdos procesales proporcionales y eficientes; asumir el gran desafío de la tecnología con los procesos en línea y de la inteligencia artificial como un instrumento para mejorar el sistema judicial; y que la ejecución de las sentencias sea, por fin, efectiva y eficiente. Millones de personas en toda Iberoamérica se merecen una respuesta urgente del Estado y de la academia para hacer efectivos sus derechos. La tarea es inmensa y merece el esfuerzo, de lo contrario, citando a Eduardo J. Couture: «...tanto viajar, tanto subir y bajar tribunas culturales, tanto escribir y corregir, habrían sido un vano y penoso esfuerzo».

El nuevo derecho de la Inteligencia Artificial

✍ MOISÉS A. REJANOVINSCHI TALLEDO*



275

Título : **El nuevo derecho de inteligencia artificial**
Autor : Giusella Finocchiaro
Ciudad : Lima.
Editorial : Palestra
Año : 2025
Páginas : 216

* Abogado PUCP. Magíster en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia por la misma casa de estudios. Asesor en temas de propiedad intelectual y de competencia. Docente en la Pontificia Universidad Católica del Perú en la maestría de Derecho de Propiedad Intelectual y de la Competencia, en el Programa de Segunda Especialidad de Protección al Consumidor, y en la Facultad de Derecho. Código ORCID: 0000-0001-7335-0931. Correo electrónico: mrejanovinschi@pucp.pe

El presente libro de Guisella Finocchiaro —y de traducción de Mayte Chumberiza Tupac Yupanqui e Hilda Rojas Sinche— está enfocado a la regulación de la inteligencia artificial en el derecho europeo, motivo por el cual debe tenerse una particular atención al comparar la misma en el ámbito nacional.

En el prefacio, la autora señala que el libro es una antología de obras ya publicadas y surge de la necesidad de brindar información a los alumnos del curso Derecho de Internet y de los Medios Sociales en la Universidad de Bolonia. (p. 9)

Este libro sirve como herramienta para quien desee revisar aspectos diversos en el ámbito digital, así como las implicancias con la inteligencia artificial.

DESARROLLO

El libro cuenta con nueve capítulos referidos a diversos ámbitos de la inteligencia artificial, como la protección de datos personales, el derecho de autor y la protección al consumidor. En ese sentido, se dedicarán líneas breves a algunos capítulos de dicha obra.

En el primer capítulo titulado Regulación de la inteligencia artificial, se entiende a la Ley de la Inteligencia Artificial (Reglamento UE 2024/1689) como «un sistema automatizado diseñado para funcionar con distintos niveles de autonomía y que puede tener capacidad de adaptación tras su despliegue y que, con fines explícitos o implícitos, deduce de la entrada que recibe cómo generar salidas tales como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones que pueden influir en entornos físicos o virtuales». (p. 12)

Cabe precisar que, a nivel nacional, se cuenta con la Ley N.º 31814, en cuyo literal a) del artículo 3 define a la inteligencia artificial como «tecnología emergente de propósito general que tiene el potencial de mejorar el bienestar de las personas, contribuir a una actividad económica global sostenible positiva, aumentar la innovación y la productividad, y ayudar a responder a los desafíos globales clave». Acerca de esta definición, el lector puede encontrar nuestra opinión en el *Call for Papers* del II Congreso Internacional de Derecho Administrativo, organizado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

En las siguientes líneas de dicho capítulo, Finocchiaro aborda el contexto geopolítico en el que se emite la norma citada, para concluir con una crítica:

Si la UE quiere realmente proteger los derechos fundamentales [...] (debe) [...] abordar las cuestiones de fondo verdaderamente pendientes [...]. Inclu-

yen, sin duda, la definición de un método nuevo y general de responsabilidad por los daños causados [...] el desarrollo de nuevas soluciones jurídicas que permitan [...] el flujo de datos personales y no personales [...] y la identificación de nuevos instrumentos eficaces y rápidos de protección contra la discriminación [...]. (p. 31)

En el cuarto capítulo, denominado Inteligencia artificial y protección de datos, la autora cita principios vinculados a datos personales y anónimos. Estos últimos «son únicamente aquellos que [...] no pueden vincularse a una persona física [...]. La vinculabilidad depende de numerosos factores [...]. Por tanto, el anonimato es relativo [...]» (p. 86). Posteriormente, sostiene que en el caso de los datos anónimos no se aplica el reglamento referido a datos personales, «pero hay que recordar que la calificación de datos anónimos es dinámica». (p. 88)

Al respecto, el numeral 4 del artículo 2 de la Ley N.º 29733 define al dato personal como «Toda información sobre una persona natural que la identifica o la hace identificable a través de medios que pueden ser razonablemente utilizados». Es decir, mientras hagan identificable a la persona se consideran datos personales, por ejemplo, un nombre de dominio en el que el titular sea una persona natural, según Opinión Consultiva N.º 014-2021-JUS/DGTAIPD.

277

En el principio calidad de datos, la autora sostiene que el responsable de su tratamiento debe garantizar que éstos sean:

[A]decuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que se traten; exactos y, en caso necesario, actualizados [...] que se tomen todas las medidas razonables para suprimir o rectificar a su debido tiempo los datos que sean inexactos [...] se conserven en una forma que permita la identificación de los interesados durante un periodo no superior al necesario para los fines para los que se traten. (p. 89)

Ante ello, plantea la cuestión si el tratamiento de los datos personales puede recaer en la inteligencia artificial, respondiendo que el responsable del mismo es una persona natural o jurídica. (p. 90)

Para quien piense abordar dicho problema en el ámbito nacional, atendiendo a la reflexión previa, puede revisar enunciativamente en la Ley N.º 29733: el ámbito de aplicación (artículo 3), el principio de calidad (artículo 8), la definición de tratamiento (artículo 2.19), de titular de bases de datos personales (2.17) y de encargado del tratamiento (artículo 2.8), así como lo correspondiente al tratamiento y a los límites del consentimiento (artículos 13 y 14, respectivamente).

A su vez, también puede abordarse lo desarrollado en el Reglamento de la Ley, aprobado por Decreto Supremo N.º 016-2024-JUS.

La autora aborda, en dicho capítulo, los supuestos de las decisiones automatizadas, la finalidad del tratamiento y la responsabilidad.

En el séptimo capítulo, aborda lo correspondiente a la inteligencia artificial y su relación con el derecho de autor, planteando las preguntas de quién puede ser reconocido como autor, así como el creativo mínimo para que una obra se encuentre protegida.

Así, tenemos que se citan casos como el del Tribunal de Internet de Pekín, el de Zarya of the Dawn, el del Tribunal del Distrito de Columbia, entre otros, así como de titularidad de derechos. (p. 155-158)

De manera complementaria, a quien pueda interesarle absolver las preguntas planteadas por la autora en el ámbito nacional, puede revisar primariamente los siguientes artículos del Decreto Legislativo N.º 822: las definiciones de autor (artículo 2.1) y obra (artículo 2.17), obra originaria (artículo 2.24) y derivada (artículo 2.25), protección de la forma de expresión (artículo 8), titularidad del derecho (artículo 10).

278

Entonces, debe tenerse en cuenta, resumidamente, las normas citadas en el párrafo precedente, que en el ámbito nacional el autor es la persona natural y la obra una creación intelectual personal, contando con los elementos de originalidad, posible de ser divulgada y reproducida.

En este extremo, la autora, citando a tribunales británicos señala lo siguiente: «el autor es la persona que ha proporcionado las instrucciones y los datos necesarios para controlar, así como acondicionar la máquina con el fin de producir un determinado resultado, mientras que la titularidad de derecho de autor se niega al simple usuario de la propia máquina que se limita a proporcionar datos no creativos». (p. 159)

Además, en este capítulo realiza una reflexión sobre el proyecto «AI Bill» al respecto de la protección de obras creadas con el apoyo inteligencia artificial, extendiendo el ámbito de protección a las obras «creadas con ayuda de inteligencia artificial, siempre que se sean fruto del trabajo intelectual del autor». (p. 164)

El octavo capítulo narra la relación de la inteligencia artificial con el Poder Judicial, así como el uso que realizan los abogados litigantes que utilizaron dichas herramientas, códigos de conducta de los colegios de abogados, planteando las

ventajas y riesgos en el ámbito judicial: rapidez y uniformidad en las decisiones, la reutilización de los datos de identificación de los jueces en las resoluciones para predecir sus prácticas profesionales. (pp. 172 y 173)

A su vez, la autora indica que debe tenerse en cuenta «el impacto en los derechos fundamentales [...] en particular si el sistema no se entrena con datos de alta calidad [...]. El peligro es que se produzca un trato discriminatorio y que el uso de herramientas de IA se convierta en un factor de desigualdad». (p. 181)

Finalmente, el noveno capítulo aborda la relación de la inteligencia artificial con la protección al consumidor. Ante ello, anota el siguiente contexto: «el consumidor [...] al utilizar servicios digitales [...] contribuye a determinar el precio de los anuncios o a construir la reputación de un [...] proveedor [...] el conocido nivel de asimetría tecnológica y de información entre los usuarios y los operadores de la web. Tal vacío de información puede generar expectativas erróneas». (pp. 204 y 205)

Sobre ello, en el ámbito nacional, actualmente el Código de Protección y Defensa del Consumidor regula las relaciones entre un consumidor y proveedor, desarrollando el artículo 65 de la Constitución Política del Perú.

En dicho ámbito de aplicación, deberá reflexionarse sobre la figura de la protección del consumidor como destinatario final, su contraparte como es el proveedor quien le brinda productos y/o servicios, y los derechos correspondientes en el mundo digital.

En concordancia con lo anterior, se sugiere revisar del Código de Protección y Defensa del Consumidor, a fin de evaluar el contexto tecnológico, las siguientes normas de manera enunciativa: las definiciones de consumidor y proveedor, el ámbito de aplicación y la relación de consumo (artículos III, IV. 1 IV.2, IV.5) y al menos la revisión de los derechos de información (artículo 2), idoneidad (artículos 18 a 22), seguridad y salud (artículos 25 y 29), no discriminación en el consumo (artículos 38 y 39), cláusulas abusivas (artículos 49 a 51).

Debe tenerse en cuenta que, en ocasiones, para comprender el alcance de los derechos de los consumidores se acude a normas sectoriales, tales como las del sistema financiero, inmobiliario, entre otros.

CONCLUSIONES

El libro aborda diversos aspectos de la inteligencia artificial desde la perspectiva europea que pueden servir como un insumo adicional a la reflexión de la

aplicación de dicha tecnología disruptiva al ámbito nacional. Esta herramienta, como toda tecnología disruptiva, plantea retos a diversas actividades humanas, y dentro de ello, a lo correspondiente a la regulación mediante el derecho.

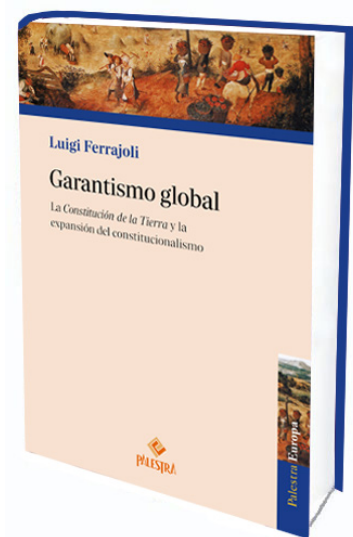
La presente reseña solo ha comentado brevemente algunos capítulos del mismo. Se recomienda al lector buscar adicionalmente fuentes referidas a la normativa nacional, así como proyectos legislativos, con el fin de evaluar su aplicación en el ámbito nacional.

Garantismo global

La Constitución de la Tierra y la expansión del constitucionalismo

✍ EDDY CHÁVEZ HUANCA*

281



Título : **Garantismo global.**
La Constitución de la Tierra y la expansión del constitucionalismo

Autor : Luigi Ferrajoli

Ciudad : Madrid – Lima

Editorial : Palestra

Año : 2024

Páginas : 192

* Abogado. Maestro en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú. ORCID: 0000-0003-4385-3436. Correo electrónico: echavez@pucc.edu.pe

INTRODUCCIÓN

Esta obra presentada por Luigi Ferrajoli se titula *Garantismo Global: La Constitución de la Tierra y la expansión del constitucionalismo* (Palestra, 2024). Contiene un total de seis capítulos, divididos en 192 páginas. Útil para entender las formas por las cuales se puede legitimar un poder que trascienda a lo nacional, es decir, lo supranacional desde el punto de vista de los problemas globales como el cambio climático, por ende, este garantismo global debe ir de la mano con «soluciones globales» que desplacen a las «soluciones nacionales», lo que se refleja como una forma de transición de la soberanía de los estados a la de Estado global, que tiene como actores políticos principales a los organismos internacionales.

El contenido de la obra desarrolla, de manera teórica, la forma en que se debe de integrar el derecho en función al garantismo global para así contrarrestar desastres globales como el cambio climático; la lucha por la paz; igualdad y la preservación de la naturaleza. A su vez, critica y señala de ineficaz a las políticas que un Estado nación puede desprender en base a su propia legislación y presta mayor interés al rol que la Organización de las Naciones Unidas (ONU), organismos y cortes internacionales puedan tener en este panorama.

DESARROLLO

Una Constitución de la Tierra para salvar a la humanidad

La humanidad atraviesa el momento más dramático de su historia, dice Ferrajoli al empezar este capítulo. En ese sentido, el autor hace énfasis en cinco problemas globales que las instituciones existentes no pueden solucionar de por sí, desplazando evidentemente el panorama al ámbito supranacional. Pasa a explicar el contexto de estos amenazantes sucesos, a los cuales califica como:

Ambiental: En referencia al rol opresivo del hombre hacia el planeta tierra, debido a las acciones irreparables que los hombres causan en la atmósfera de la tierra lo que precariza su habitabilidad; además, hace referencia al impacto negativo del desarrollo industrial, o llamado también «ecológicamente insostenible», lo que hace que emerja el calentamiento global lo que acarrea el cambio climático.

Guerras: En referencia a los conflictos armados del siglo XXI, el profesor florentino se concentra en las guerras entre Rusia y Ucrania, además de la guerra entre Israel y el grupo terrorista Hamas, lo que genera crisis humanitarias por los inocentes fallecidos y el hecho de contravenir a los pactos internacionales.

Desigualdades, pobreza, hambre y enfermedades: En referencia al incremento de la hambruna y la pobreza, además del misérrimo sistema de salud en muchos países, lo que ocasiona la escasez de los tratamientos a enfermedades como la tuberculosis, SIDA, malaria y similares.

Devaluación y explotación del trabajo: En referencia al trabajo esclavo generado por la diminuta competencia en los mercados, producto de la «globalización», según el autor, las medidas liberales se tornan como generadoras de precariedad y presión, lo que a su vez conciben salarios de menos de un dólar por hora y más personas que realizan labores en condiciones de esclavitud.

Los inmigrantes: En referencia a los centenares de millares de migrantes que huyen de sus países y, según el autor, son rechazados de las fronteras de otros países por causas discriminatorias raciales, lo que a su vez se torna como una violación para el «derecho a emigrar» tipificado en los tratados internacionales de derechos humanos.

Ante esto, el autor califica a los estados que se han alejado de los Pactos de las Naciones Unidas como los causantes del avance de estos problemas mundiales, los califica en dos puntos: i) en Estados que mantienen su soberanía contraproducente a las decisiones internacionales del *establishment* global y ii) la falta de institucionalidad de los derechos de libertad y sociales establecidos en estos pactos. Ante ello, el autor propone como solución una *Constitución de la Tierra*, producto de unificar los pueblos para así legitimar el poder de los organismos supranacionales y los derechos reproducidos en los mismos por sobre los Estados soberanos.

En cuanto al proyecto de una *Constitución de la Tierra*, Ferrajoli pone énfasis en determinadas características que esta carta debe de cumplir: **a.** desarrollar un constitucionalismo global, **b.** estar dotada de constitucionalismo social, **c.** debe sustentarse en un constitucionalismo de derecho privado, **d.** debe proponer un constitucionalismo en función a la protección de los bienes naturales y los bienes artificiales como las vacunas o los medicamentos, **e.** no debe de ser tomada como una ampliación del constitucionalismo, sino que también de una realización del mismo, haciendo énfasis en un *Estado global*, y **f.** la Constitución de la Tierra debe ser antinacionalista, antiidentitaria y antifascista.

CONCLUSIONES

En este libro, llamado *Garantismo Global*, el jurista italiano desarrolla la secuela de su libro anterior, *Por una Constitución de la Tierra* (2022). En ambos libros, teoriza la creación de una constitución mundial, para así tutelar los dere-

chos humanos, derechos fundamentales y bienes fundamentales por parte de los organismos internacionales, quienes desarrollan una nueva forma de gobierno, en donde la soberanía de los Estados nación pasen a la de este nuevo leviatán de la mano de instituciones y garantías del derecho internacional, menoscabando a factores importantes para su composición, como la identidad, las fronteras y la referida soberanía. Ferrajoli insiste en que este resquebrajamiento de la soberanía de los Estados podría traer algo mucho mejor, esto, en tanto y en cuanto se llegue a estructurar su *Constitución de la Tierra* y tomar acción para que así sea; ya que, insiste en que es la única forma de combatir los problemas globales y traer la paz perpetua a la tierra.

Constitución Política del Perú

Treinta años de vigencia

✍️ MARÍA SOFÍA CORTEZ OLAZÁBAL*

285



Título : **Constitución Política del Perú.
Treinta años de vigencia**
Autor : AA. VV.
Ciudad : Lima
Editorial : Fondo Editorial del Congreso
del Perú
Año : 2024
Páginas : 527

* Egresada de la carrera de Derecho por la Universidad de Lima. Código ORCID: 0009-0000-4852-3597. Correo electrónico: mcortez@tcperu.gob.pe

INTRODUCCIÓN

En el 2025, el Fondo Editorial del Congreso del Perú publicó *Constitución Política del Perú: Treinta años de vigencia*, una obra que conmemora las tres décadas de vigencia de la Constitución de 1993. El libro reúne veinte ensayos, en donde los autores analizan, desde diversas perspectivas, el proceso de consolidación, tensiones y desafíos que ha experimentado la carta magna desde su promulgación hasta la fecha. De ese modo, esta publicación nos ofrece una visión sobre temas vigentes en el constitucionalismo peruano, teniendo en cuenta el contexto nacional marcado por crisis políticas recurrentes y el constante debate sobre la reforma constitucional.

DESARROLLO

La obra ha sido dividida de acuerdo a los títulos de la Constitución Política del Perú; es decir, los artículos se encuentran referidos a la persona y la sociedad, al Estado y la Nación, el régimen económico, la estructura del Estado, las garantías constitucionales y, por último, la reforma constitucional. Los autores de esta obra son especialistas en sus respectivas áreas y cuentan con una amplia trayectoria en los temas que presenta el libro.

En el apartado *De la persona y de la sociedad*, los ensayos analizan cómo son tratados los derechos fundamentales, los derechos sociales, económicos y políticos, así como la función pública en la Constitución de 1993. En cuanto a *Del Estado y de la Nación*, se aborda la definición del Estado, la noción de nación, el territorio, la soberanía y el dominio marítimo; además de ofrecer un análisis del régimen jurídico de los tratados y su aplicación interna. El apartado referido al título *Del régimen económico* desarrolla los fundamentos del modelo de economía social de mercado instaurado por la Constitución de 1993, la relación entre crecimiento económico y protección de los recursos naturales, el alcance del régimen tributario, entre otros temas. Con relación al título *De la estructura del Estado*, los trabajos estudian el funcionamiento de las instituciones públicas durante las tres décadas de vigencia constitucional, como el Congreso, el Ministerio Público, el Poder Judicial y la Defensoría del Pueblo. Sobre el título *De las garantías constitucionales*, se revisan los procesos previstos en la carta de 1993 y se proponen reformas. Por último, los trabajos sobre el título *De la reforma constitucional* abordan el procedimiento y límites del poder de reforma, así como los debates actuales respecto a la necesidad de modificaciones al modelo vigente.

Es necesario mencionar que, entre los autores, se observa que han contribuido con artículos dos miembros del Congreso Constituyente Democrático, en donde se pueden encontrar interesantes comentarios sobre el proceso constituyente de ese entonces, y que explican los cambios y precisiones que se hicieron con respecto de la Constitución de 1979.

Cabe resaltar que la presente publicación destaca por la diversidad de enfoques que los autores adoptan en sus análisis de los contenidos del texto fundamental. Por ejemplo, algunos autores adoptan un enfoque histórico-comparado al analizar la evolución histórica del tema que tocan en sus trabajos en las constituciones del Perú hasta llegar a la vigente carta de 1993.

Entre estos, destacan los trabajos de Carlos Hakansson y de Luis García Corrochano Moyano. El primero, en su artículo titulado «La Constitución de 1993 y el neopresidencialismo», revisa las fases históricas por las que pasaron las constituciones peruanas, las cuales dieron forma a su contenido actual, subrayando que «el contenido de la Constitución de 1993 es resultado de una evolución progresiva compuesta por hechos históricos que han marcado su derrotero» (Hakansson, 2024). Por su parte, García Corrochano, en «Los tratados», estudia el desarrollo del derecho internacional en la historia constitucional peruana, así demuestra cómo ha variado el tratamiento normativo de los tratados en nuestras cartas.

En un sentido similar, varios trabajos recurren a contrastar la Constitución de 1979 con la de 1993, con el fin de identificar aspectos que han sido continuados o modificados en la que se encuentra vigente. De este modo, Marco Antonio Vinelli y Antonella Fernández Marina, en su artículo «Régimen agrario y las comunidades campesinas y nativas», realizan un análisis comparativo de la regulación del capítulo agrario en estas cartas. Luis Lamas Puccio estudia el rol del Ministerio Público en la Constitución de 1979 y la Constitución de 1993. Por su parte, Ángel Delgado, en «Tres momentos constitucionales para la descentralización política del Perú (1979-1993-2002)», examina los hitos que configuraron el proceso de descentralización que partió de la Constitución de 1979 y su consolidación bajo la vigente Constitución de 1993.

De igual modo, puede advertirse que el conjunto de artículos dedicados al régimen económico es de los más extensos del libro, lo que refleja la importancia medular que este capítulo desempeña en la Constitución de 1993. En tal sentido, los autores profundizan en tópicos como la economía social de mercado, la protección de la propiedad privada, la libre iniciativa empresarial y los límites al rol económico del Estado, los cuales son estudiados desde perspectivas históricas, teóricas y jurisprudenciales.

Asimismo, es importante resaltar la referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en múltiples trabajos, en donde los autores refuerzan sus ideas valiéndose de las interpretaciones del texto fundamental que realiza el Tribunal Constitucional en sus decisiones, en la que este define conceptos, precisa los alcances normativos o dilucida la interpretación de los preceptos constitucionales. Ciertamente esto demuestra que los treinta años de vigencia de la Constitución no pueden comprenderse al margen del rol del Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la norma fundamental. En consecuencia, esta obra nos muestra que la consolidación del constitucionalismo peruano ha dependido tanto del texto constitucional como de su desarrollo jurisprudencial.

Es destacable también el aporte de algunos autores que identifican las innovaciones institucionales introducidas por la Constitución de 1993, como es la creación de la Defensoría del Pueblo y la instauración de un sistema electoral tripartito integrado por el JNE, la ONPE y el RENIEC, el aporte de este modelo a la institucionalidad democrática, así como las críticas que han surgido por su desempeño a lo largo de los años.

CONCLUSIÓN

En conclusión, *Constitución Política del Perú: Treinta años de vigencia* constituye un aporte importante para comprender las transformaciones institucionales del país en las últimas tres décadas y proporciona herramientas de análisis para evaluar los desafíos constitucionales que se presentan ante el contexto político-social actual. Esta publicación confirma la importancia de promover la reflexión académica sobre la vigencia de la Constitución y contribuye a enriquecer el debate sobre la necesidad de reformas que fortalezcan el Estado constitucional de derecho en el Perú.

SECCIÓN DOCUMENTOS

Nota preliminar

Actas de las sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil peruano (referidas al artículo XXI del Título Preliminar del Código Civil de 1936 que establecía el control difuso de constitucionalidad de las leyes)

 ALFREDO ORLANDO CURACA KONG*

 MARÍA SOFÍA CORTEZ OLAZÁBAL**

En esta oportunidad, presentamos en la sección «Documentos de la *Revista Peruana de Derecho Constitucional*» las actas de las sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil, correspondientes a los debates sobre la incorporación de una disposición relativa a la aplicación del control difuso de constitucionalidad por parte de los jueces en el Título Preliminar del Código Civil de 1936. Este documento histórico es de especial relevancia por su carácter pionero en la regulación del control de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico peruano, pues, si bien la efímera Constitución de 1856 dispuso en su artículo 10 la nulidad de toda ley que la contraviniera, no estableció un mecanismo específico para su inaplicación ni otorgó expresamente dicha facultad a los jueces (Ramos Núñez, 2011, p. 36).

* Director de Publicaciones y Documentación del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional. Código ORCID: 0009-0000-6105-561X. Correo electrónico: acuraca@tc.gob.pe

** Egresada de la carrera de Derecho por la Universidad de Lima. Código ORCID: 0009-0000-4852-3597. Correo electrónico: mcortez@tcperu.gob.pe

Para comprender cómo este proyecto logró plasmarse en el Código Civil de 1936, es necesario hacer una breve revisión de su elaboración y promulgación. La gestación de este Código fue un proceso extenso y complejo que, de acuerdo con el historiador Jorge Basadre, citado por el doctor Ramos Núñez, se desarrolló en tres etapas: i) la reforma, que comprendió el periodo de 1922 a 1929, durante el cual se llevaron a cabo las sesiones de la Comisión Reformadora; ii) la preparación del texto del proyecto, que abarca el periodo de 1930 a 1936, en el cual se elaboró y presentó el anteproyecto del Código con base en lo acordado en las sesiones; y, por último, iii) la revisión y promulgación, que se inició con la creación de dos comisiones revisoras y acabó con la promulgación del Código Civil mediante un decreto del 30 de agosto de 1936 (Ramos Núñez, 2009, p. 26).

La Comisión Reformadora del Código Civil peruano fue creada mediante el Decreto Supremo de 26 de agosto de 1922, con el objetivo de revisar y reformar las instituciones del Código Civil de 1852, e instaló sus labores el 8 de setiembre del mismo año. A partir de esa fecha, comenzaron las sesiones de la Comisión, las cuales se llevaron a cabo en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. La Comisión estuvo integrada por destacados juristas, nombrados mediante la Resolución Suprema N.º 104: el doctor Juan José Calle, fiscal de la Corte Suprema; el doctor Manuel Augusto Olaechea, decano del Colegio de Abogados; los doctores Pedro Oliveira y Alfredo Solf y Muro, catedráticos de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Mayor de San Marcos, y el doctor Hermilio Valdizán, catedrático de la Facultad de Medicina.

El documento que aquí se presenta corresponde al debate sostenido en las sesiones en las que se revisó el anteproyecto del Título Preliminar, cuya elaboración había sido encargada al doctor Calle. Fue en el marco de esta revisión cuando se produjo uno de los debates más relevantes en el derecho constitucional peruano. Casi al finalizar la 20.^a sesión, el doctor Solf y Muro planteó la incorporación de una disposición que establecía: «Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se preferirá la primera». Con ello, propuso la adopción de un modelo de control difuso de constitucionalidad.

En la sesión siguiente, se continuó el debate sobre la pertinencia de esta disposición. Al respecto, el doctor Calle, manifestó, entre otros aspectos, una posición favorable a su inclusión, aunque precisó que los alcances de esta institución, aplicada por la Corte Suprema estadounidense, se limitaban al caso concreto. Asimismo, planteó la cuestión relativa a si, en el caso peruano, los jueces inferiores podrían aplicar este precepto. El doctor Solf aclaró que su propuesta se inspiraba en el Código de Panamá y sostuvo que, en dicho ordenamiento, la disposición era

aplicada por todos los jueces y no únicamente por la Corte Suprema. Sobre este particular, el doctor Olaechea expresó su discrepancia, al considerar que resultaría excesivo conceder tal facultad a los jueces inferiores. A su turno, el doctor Calle opinó que, conforme a los principios generales de legislación, los jueces podían aplicar la Constitución y dejar de lado la ley incompatible. La complejidad del asunto llevó al doctor Oliveira a proponer el aplazamiento del debate de este tema para un análisis más detenido.

El debate fue retomado en la 23.^a sesión, ocasión en la que el doctor Calle presentó ante la Comisión algunas disposiciones del Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Capital Federal argentina, con el propósito de esclarecer el planteamiento formulado por el doctor Solf. Ello generó un interesante intercambio de ideas. El doctor Olaechea destacó la regulación argentina de los dos casos de recurso de inconstitucionalidad de la ley: el de apelación y el de jurisdicción originaria del tribunal. Por su parte, el doctor Oliveira propuso adoptar la norma en el Título Preliminar y que su reglamentación sea encomendada a una ley especial que la propia Comisión elaboraría. En esta sesión, la Comisión acordó que el principio discutido sería recogido en el nuevo Código Civil, pero se aplazó la discusión del precepto y del procedimiento para otra oportunidad (Comisión Reformadora del Código Civil Peruano, s. f.).

En la 160.^a sesión, se presentó el Segundo Anteproyecto del Título Preliminar, que contenía las disposiciones que la Comisión ya había aprobado para el nuevo Código Civil. En dicho texto se incorporó de manera definitiva la facultad de los jueces para revisar la constitucionalidad de las leyes. En ese contexto, las actas consignan una exposición de los antecedentes normativos del derecho comparado que sirvieron de base para la redacción del artículo, en particular el artículo 5 de la Ley 57 de 1887 de Colombia y el artículo 12 del Código Civil de Panamá de 1916.

Como se mencionó, las sesiones de la Comisión concluyeron en 1929 y, debido al convulsionado ambiente político y social de la época —la caída del Oncenio de Leguía en 1930, la guerra civil, el magnicidio del presidente Sánchez Cerro en 1933, entre otros acontecimientos—, el proyecto de reforma tardó varios años en ser aprobado y promulgado. Recién en 1936 se nombró una Comisión Revisora del proyecto. Así, el 26 de junio de 1936, dicha Comisión evaluó el Título Preliminar, incluida la disposición sobre la aplicación del control difuso de constitucionalidad, y la sesión culminó con la aprobación del precepto (Ramos Núñez, 2011, p. 39).

No cabe duda de que la reproducción de estas actas es fundamental para el estudio de los orígenes históricos del control difuso de constitucionalidad en el Perú, las cuales evidencian que su incorporación en nuestro ordenamiento fue el

resultado de un interesante proceso deliberativo, en el que los juristas tomaron como base la experiencia en el derecho comparado para realizar un análisis sobre el rol de los jueces en la defensa de la supremacía constitucional. Por tanto, su publicación constituye un aporte relevante para la comprensión del desarrollo histórico del control de constitucionalidad en el Perú, que invitamos a revisar.

BIBLIOGRAFÍA

Comisión Reformadora del Código Civil Peruano. (s. f.). *Actas de las sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil peruano* (Primer fascículo, 23.^a sesión).

Ramos Núñez, C. (2009). *Historia del derecho civil peruano. Siglos XIX y XX. Tomo VI: El Código Civil de 1936. Vol. 2, La génesis y las fuentes*. Fondo Editorial de la PUCP.

Ramos Núñez, C. *Historia del derecho civil peruano. Siglos XIX y XX. Tomo VI: El Código Civil de 1936. Vol. 3, El bosque institucional*. Fondo Editorial de la PUCP.

De las Actas de las Sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil Peruano

21.º Sesión del miércoles 28 de febrero de 1923

Reunidos en la Universidad Mayor de San Marcos los miembros de la Comisión Reformadora del Código Civil y secretarios que suscriben, se leyó y aprobó el acta de la anterior.

El señor Calle manifestó que estaba en discusión el artículo propuesto por el señor Solf en la sesión anterior y según el cual, cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se preferirá la primera.

Expresó en seguida el señor Calle que el señor Olaechea había opinado extra sesión favorablemente a la proposición del señor Solf, y que él también estaba por que se sancionase; pero que deseaba hacer presente que la doctrina que autoriza a la Corte Suprema de los Estados Unidos a interponerse entre la Constitución y el Poder Legislativo y declarar nula una disposición de este, si atenta a derechos o a propiedades privadas que garantiza la Constitución, solo funciona cuando, dentro de la tramitación de determinado proceso, se tacha alguna disposición del Congreso de ser contraria a la Constitución; que la decisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, según lo expresan los tratadistas de derecho constitucional, no afecta más que al caso determinado; y que el Poder Ejecutivo, sin violar la Constitución, puede seguir exigiendo el cumplimiento de aquella ley en todos los casos en que no se haya reclamado contra ella ante los tribunales. Que, siendo este el carácter de la institución americana, que ha sido adoptado por el Código de Procedimientos Civiles de la República Argentina, cabe preguntar si en el Perú sería posible

establecer que los jueces inferiores pudieran declarar la no aplicación de una ley por considerarla contraria a los preceptos constitucionales. Agregó el señor Calle que le parecía que el señor Solf prestaba, en este último sentido, su proposición.

El señor Solf manifestó que su proposición, tomada del artículo 12 del Código de Panamá, tenía implícita la autorización a los jueces inferiores de juzgar acerca de la validez de una ley, si había incompatibilidad entre sus preceptos y los de la Constitución.

El señor Olaechea manifestó que, en su concepto, la facultad de declarar la inconstitucionalidad de la ley solo podía corresponder a la Corte Suprema, pues sería una reforma excesiva la de entregar al criterio de los jueces inferiores una facultad de tan extraordinaria gravedad; que, si la causal de inconstitucionalidad solo pudiera invocarse en la Corte Suprema, el objeto del recurso de nulidad debería ser triple, pues comprendería los puntos generales o particulares de aplicación de la ley, las cuestiones de hecho y prueba y la inconstitucionalidad de la ley aplicable. Expuso el señor Olaechea que la Corte Suprema no podía conocer de oficio de la inconstitucionalidad, sino a demanda de parte; y que habría que sistematizar el uso de este derecho señalando la oportunidad de ejercerlo, la forma escrita y la intervención necesaria de todos los órganos de la defensa y del juzgamiento.

296

El señor Solf manifestó que creía encontrar cierta anomalía en que los jueces inferiores no pudieran templar la inconstitucionalidad de la ley y tuvieran que fallar, necesariamente, en el sentido de sus disposiciones; también que la Corte Suprema no pudiera hacerlo, si minó expresando que, sin embargo, no rechazaba la idea de limitar tan importante facultad a este Tribunal.

El señor Oliveira propuso el aplazamiento de la cuestión mientras se estudiaba el funcionamiento de la institución en los Estados Unidos y la manera de incorporarlo a nuestro derecho positivo.

El señor Calle manifestó que, en su concepto, planteada una incompatibilidad entre una ley y la Constitución, pueden los jueces, de conformidad con los principios generales de legislación y jurisprudencia, aplicar la Constitución dejando de lado la ley.

La Comisión acordó el aplazamiento.

23.º Sesión del miércoles 14 de marzo de 1923

Reunidos en la Universidad Mayor de San Marcos los miembros de la Comisión Reformadora del Código Civil y secretarios que suscriben, se leyó y aprobó el acta de la anterior.

Se dio cuenta de los siguientes oficios:

Del señor prefecto de Ica, remitiendo los datos estadísticos de los matrimonios civiles realizados en la pro.

Del señor obispo de Huaraz, enviando los que resultan de las informaciones parroquiales de su diócesis, referentes a la edad en que generalmente se contrae en ella el matrimonio religioso.

El señor Calle manifestó que, estudiando la forma propuesta por el señor Solf para dar a la Corte Suprema la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, había encontrado en el Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Capital Federal Argentina disposiciones que podían ilustrar el punto, y que traía a fin de que se le diera lectura para conocimiento de la Comisión.

Así se hizo, produciéndose un animado debate, en el curso de cual:

El señor Olaechea manifestó que encontraba muy interesante la contemplación de los dos casos en que, según la ley argentina, procedía el recurso de inconstitucionalidad: el caso de apelación y el de jurisdicción originaria del tribunal. Sobre las posibilidades de ambos casos disertó extensamente el señor Olaechea.

El señor Oliveira disertó también extensamente, pronunciándose en el sentido de adoptar el principio en el título preliminar, dejando para una ley especial —que la misma Comisión elaboraría— su reglamentación.

El señor Solf manifestó que tenía dudas respecto de la constitucionalidad de la reforma en el sentido de la ley argentina, que le parecía propia de un precepto de la carta política.

El señor Calle expresó su opinión en el sentido de que la reforma en cuestión debía ser presentada, cualquiera que fuera su suerte, si la Comisión estimaba que ella era necesaria y conveniente.

Estando acordes los miembros de la Comisión sobre el principio, se convino en aplazar la discusión del precepto y del procedimiento para otra oportunidad.

160.a Sesión del miércoles 7 de julio de 1926

Reunidos los señores miembros de la Comisión Reformadora del Código Civil y secretarios que suscriben, se leyó y aprobó el acta de la sesión anterior.

El señor presidente manifestó, en seguida, que le parecía que ya era tiempo de ir ordenando convenientemente las materias discutidas y aprobadas por la

Comisión, a fin de que pudieran ser contemplados nuevamente en conjunto los títulos correspondientes, como medio de facilitar su revisión y acordar no solo la colocación definitiva de los dispositivos legales, sino también su redacción final; que, en esa virtud, presentaba impresos los segundos anteproyectos del Título Preliminar y del Libro Primero —Derecho de las Personas— del nuevo Código. Agregó que, para su mejor inteligencia había creído también conveniente hacer una breve exposición de su contenido, la misma que deseaba se tomara en cuenta al hacer el trabajo de revisión insinuado.

TÍTULO PRELIMINAR

EXPOSICIÓN

En el segundo anteproyecto, después de establecer, en la forma acordada por la Comisión, el día en que la ley comienza a regir, se reproducen los dispositivos II, I, VI y VII del Título Preliminar del Código vigente, agregando al del III que la ley «no protege el manifiesto abuso del derecho», como se propuso en el primer anteproyecto.

298

En su oportunidad indiqué que esta adición está tomada de la segunda parte del artículo 2 del Código Civil de Suiza y, aunque la Comisión no ha acordado todavía su incorporación al Título Preliminar del Proyecto, los fundamentos en que se apoya y la convicción que tengo de su utilidad como declaración legislativa me inducen a insistir en el asunto¹.

La Comisión acordó oportunamente trasladar las disposiciones de la Sección Segunda del Código vigente, relativas a los extranjeros, al Título Preliminar del Proyecto que estamos elaborando, por considerar que este es el lugar que más propiamente les corresponde, y adoptar además, en cuanto a las reglas de derecho internacional privado a ellos aplicables, el sistema del domicilio. En esta virtud, se han incorporado los artículos 1, 4, 5, 9, 26, 39, 44 y 45 del Tratado de Derecho Civil Internacional Privado del Congreso de Montevideo, con los cuales se han compuesto los artículos VI, VII, VIII, IX, XIII, XIV, XV y XXVIII del Título Preliminar del Proyecto.

Los artículos X, XI y XII están formados por los artículos 1, 2 y 3 del Anteproyecto sobre Actos Jurídicos del señor Olaechea, que la Comisión acordó transferirlos al Título Preliminar.

¹ Ocupándome de él especial y separadamente.

Los artículos XVII a XXIII, inclusive, sobre aplicación de la ley extranjera y modo de comprobarla, son también los que tiene aprobados la Comisión.

Los artículos XXIV, XXV, XXVI y XXVII son la reproducción de los artículos 36, 37, 38 y 39 del Código Civil vigente, el último modificado como lo acordó la Comisión.

Los artículos XXIX, XXXI y XXXII son la reproducción de los VIII, IX-XI del Título Preliminar del Código vigente, y el XXXII, la modificación del XII del mismo Título, más en armonía con el verdadero espíritu de los propósitos de la propia ley actual.

Los precedentes legislativos inmediatos del artículo XXX son el 5 de la Ley 57 de 1887 de Colombia, que establece que «cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal se preferirá aquella»; precepto incorporado después al Título Preliminar de su Código Civil por el Acto Legislativo número 3 de 1910, y que el Código Civil de Panamá, promulgado el 22 de agosto de 1916, consignó textualmente en su artículo 12.

La respuesta única que se obtuvo a la consulta que hicimos sobre punto de tanta importancia fue enteramente favorable a su incorporación al Proyecto. (Véase pp. 134 y ss. de las *Consultas de la Comisión Reformadora del Código Civil*).

REVISTA PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Guía de instrucción para los autores

1. Sobre la Revista Peruana de Derecho Constitucional

1.1. Descripción general

La *Revista Peruana de Derecho Constitucional* (en adelante RPDC) es la revista oficial del Tribunal Constitucional del Perú. Su primer número ha sido publicado en 1999. Desde el año 2023 la publicación es semestral (sus fechas de aparición son julio y diciembre de cada año), la misma que es dirigida por el Magistrado Director General del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional (CEC). Además, la integran: un Consejo Consultivo, un Consejo Editorial y el editor (labor que se encuentra a cargo del Director de Publicaciones y Documentación del CEC).

1.2. Recepción y publicación

La RPDC recibe y publica trabajos de investigación sobre Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional, Teoría del Estado, Historia Constitucional, Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Ciencia Política y ramas afines.

1.3. Sobre los contenidos

Los contenidos de cada número de la RPDC están dedicados a un tema jurídico que es elegido por su Director. Los trabajos de investigación que se encuentran relacionados al referido tema se publican en una **sección especial**. A diferencia de las investigaciones ajenas al número temático de la RPDC, que se publican en la **sección estudios constitucionales**. La RPDC también contiene una **sección homenaje**, donde se publican trabajos

especialmente preparados en reconocimiento a un/a jurista destacado/a o sus propios trabajos. Adicionalmente, la RPDC ofrece la **sección de jurisprudencia comentada**, donde se publican estudios críticos a las sentencias relevantes; una **sección clásicos**, en la que se publican trabajos de autores clásicos; una **sección de documentos**, en la que se publican documentos históricos; y una **sección de reseñas bibliográficas** en la que se comentan obras publicadas recientemente.

1.4. Invitación a publicar

El Director General invita formalmente a especialistas en la materia a escribir en la RPDC. La convocatoria también es abierta y permanente. Los trabajos de investigación que sean enviados para publicación a la RPDC, deberán atender el cronograma establecido para cada número de la revista; del mismo modo, tomar en consideración los requisitos mínimos exigidos y superar la evaluación correspondiente.

2. Sobre la remisión de los trabajos

Los trabajos remitidos para la **sección especial** tienen que ser originales e inéditos, los mismos que deberán ser enviados al siguiente correo electrónico: publicaciones.cec@tc.gob.pe u otro que se designe. Para efectos de su publicación los trabajos serán objeto de evaluación por pares anónimos. El idioma principal de los contenidos publicados en la RPDC es el español. Sin perjuicio de ello, serán publicados aquellos trabajos remitidos en idiomas distintos al español, siempre y cuando sean pertinentes a las convocatorias realizadas y cumplan los requerimientos editoriales establecidos.

Para todos los efectos, es responsabilidad de los autores el envío de trabajos en estricto cumplimiento de los derechos de autor en relación a la legislación vigente.

3. Formato de los trabajos de investigación

3.1. Formato

Los trabajos de investigación deberán presentarse en formato Word, estilo y tamaño de letra en Times New Roman 12. El espacio tendrá un interlineado de uno y medio. La extensión total del trabajo de investigación presentado

no deberá superar las veinte (20) páginas (un máximo de 9,000 palabras), quedan incluidas las notas a pie de página, bibliografía, apéndices, imágenes, cuadros estadísticos y demás información que contenga. De manera excepcional, el Director podrá autorizar una extensión mayor.

La primera página incluirá el título, nombre del autor o autores y su dirección o direcciones de correo electrónico, (de ser el caso) código de investigador ORCID (*Open Researcher and Contributor ID*) conforme a las indicaciones que aparecen a continuación.

3.2. Título

El título se colocará en español e inglés al medio, en negrita y en mayúsculas. La comprensión del mismo deberá ser factible y coincidir con el contenido de la investigación. De preferencia se debe evitar el uso de palabras que sean de difícil entendimiento, en otro idioma y el uso de acrónimos.

3.3. Resumen

Los trabajos irán precedidos de un breve resumen, en español e inglés (*abstract*), cuya extensión debe estar comprendida entre 120 y 150 palabras. Su contenido ha de limitarse a tratar lo reflejado en el trabajo. No deberán incluir situaciones, ideas o pensamientos que no estén relacionados con el trabajo remitido.

3.4. Palabras clave

Se incluirá un máximo de diez palabras clave, en español e inglés (*Keywords*). Las palabras clave del trabajo de investigación irán una a continuación de las otras precedidas por un punto y coma.

3.5. Sumario

El sumario contendrá los títulos y subtítulos del trabajo de investigación remitido, las notas (de haberlas) y la bibliografía. Indicará, por tanto, cómo se encuentra estructurado. Se recomienda que los títulos se numeren en romanos y en mayúsculas y los subtítulos en números arábigos y en minúsculas.

Un ejemplo es el siguiente:

- I. PLANTEAMIENTO
- II. LEGITIMIDAD DEL USO DE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EXTERNA
 1. Perspectiva jurídico-teórica
 2. Perspectiva jurídico-positiva
- III. LA PRÁCTICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL
- IV. VALORACIÓN DE LA PRÁCTICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL
 1. Frecuencia y asimetrías
 2. Las razones del uso moderado
 3. Función y valor jurídico
 4. Algunos usos problemáticos
 - 4.1. La correcta comprensión de la doctrina citada
 - 4.2. La jurisprudencia extranjera controvertida en origen
 - 4.3. La selección de la jurisprudencia citada: representatividad y pertinencia
- V. CONCLUSIONES

NOTAS

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS¹

Dependiendo de la cantidad de títulos y subtítulos puede permitirse un sumario que solo contenga los títulos. Este formato se puede incluir si no ha sido remitido por el autor. También se puede modificar.

Además del artículo, los autores deben presentar las siguientes declaraciones: 1. Declaración de originalidad, 2. Declaración de Metadatos y Biodatos; y 3. Declaración de Ciencia Abierta. De igual modo, los autores deberán remitir el texto de su artículo empleando el Formato de presentación del trabajo.

¹ Sumario extraído de: Arzo Santisteban, X. (2022). La cita de jurisprudencia constitucional comparada por el Tribunal Constitucional español. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 125, 13-44. DOI: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.125.01>

4. Sobre el proceso de publicación

4.1. *Revisión de pares ciegos*

La RPDC acusa recibo de los trabajos de investigación remitidos. Todas las investigaciones presentadas para la **sección especial** son evaluadas aplicándose el método de revisión por pares ciegos. Ni el autor tendrá conocimiento de quien es el revisor ni el revisor tendrá conocimiento de quién es el autor. Los revisores serán especialistas en la materia. De presentarse observaciones o errores advertidos que pueden ser corregidos, el trabajo será remitido al autor para que, si lo considera, efectúe los ajustes pertinentes. Si el autor manifiesta no estar de acuerdo con las observaciones, tiene la posibilidad de solicitar el retiro de su trabajo. Los trabajos serán sometidos a programas de detección de similitud.

4.2. *Publicación posterior*

Previa comunicación de conformidad, aquellos trabajos que no llegasen a ser publicados en el número para el que fueron presentados, se informará previamente al autor si está de acuerdo en que la publicación del mismo se realice en el número sucesivo de la RPDC.

5. Sobre el citado

El citado y las referencias deben ajustarse a la Norma APA, Sétima Edición. El citado y las referencias podrán ser corregidos a este formato o el trabajo podrá ser devuelto al autor para que realice las correcciones correspondientes. Excepcionalmente, tratándose de trabajos seleccionados para la publicación en la *sección clásicos o documentos históricos*, podrá aceptarse el estilo de citado original. La RPDC puede realizar ajustes menores al formato referido, lo que se verá en cada caso en concreto.

6. Derechos de autor

Respecto de aquellos trabajos que hayan cumplido las exigencias editoriales y su dictamen sea el de publicable, se comunicará al autor que el mismo ha sido **seleccionado para ser publicado**.

La RPDC se reserva los derechos de reproducción, distribución, donación, venta (de ser el caso), de la revista y por ende de los contenidos de la misma en cualquier formato en que se haya realizado su publicación. En ese sentido, los autores manifiestan su consentimiento para la publicidad

de la RPDC a través de medios de comunicación que puedan ser utilizados para su difusión, ya sean canales tradicionales o virtuales (redes sociales, canal de *Youtube*, notas de prensa, y demás existentes).

7. Sobre la comunicación entre los autores y el editor de la RPDC

Para los interesados en publicar en la revista, que tengan el interés en enviar o hayan enviado sus colaboraciones en todo aquello respecto de la publicación de la revista, se debe desarrollar una comunicación permanente con el editor o quien sea por él designado para la debida y oportuna atención, la misma que se va desarrollar a través del siguiente correo: publicaciones.cec@tc.gob.pe u otro que se designe.

8. Otras pautas a considerar por parte del editor

La aceptación o rechazo serán realizadas con la debida pertinencia y en estricto cumplimiento de los requerimientos académicos y editoriales establecidos. Del mismo modo, queda en salvaguarda la confidencialidad en todo el proceso editorial: recepción, evaluación, observación y dictamen de las colaboraciones. Asimismo, se llevará a cabo de manera diligente, la publicación y difusión de la revista en los formatos y medios correspondientes.

9. Sobre la remisión de la guía de instrucción para los autores

Esta guía de instrucción para autores será remitida junto con la invitación para escribir las colaboraciones de investigación solicitadas por la RPDC.

Siendo que la convocatoria de la revista es abierta, los requisitos para el envío de trabajos son de conocimiento público. Se podrá acceder a los mismos a través de las vías institucionales de la entidad; de tal modo, que todos aquellos interesados en participar en las convocatorias a publicar en la revista, cumplan oportunamente con las exigencias editoriales previamente señaladas, con ello se busca promover el envío de colaboraciones que desde la primera oportunidad se ajusten a lo solicitado.

10. Consultas y comentarios

Si tuviera alguna duda y/o comentario, puede escribir al siguiente correo electrónico: publicaciones.cec@tc.gob.pe.

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ