



UNIVERSIDAD ANDINA DEL CUSCO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



TESIS

EJECUCIÓN PROVISIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES

PARA OPTAR EL TÍTULO DE ABOGADO

Presentado por:

Bach. Luis Eduardo Castelo Galdos

Asesor:

Percy Velásquez Delgado

CUSCO – PERÚ

2019



AGRADECIMIENTOS

A mi familia, por su paciencia, sus consejos y su apoyo incondicional.

Al profesor Percy Velásquez Delgado, por haber despertado en mí la pasión por el estudio del derecho penal; y por su predisposición y tiempo como asesor, para contribuir en la realización de este trabajo.

Al profesor Roberto Gonzáles Álvarez, por haber despertado en mí la motivación por la profundización en el estudio del conocimiento jurídico; y por su predisposición y tiempo para el intercambio y aclaración de algunos de los conceptos claves para la realización de este trabajo.

A mis grandes amigos y compañeros de estudio, por las interminables charlas e, intercambio de información; sin las cuales no habría podido llegar a ampliar mis horizontes de conocimiento.



DEDICATORIA

A mis padres, Amilcar y Fanny.

A mis abuelos, Humberto y Celina.



RESUMEN Y PALABRAS CLAVE

RESUMEN

El presente trabajo pretende mostrar como el fenómeno jurídico conocido como «constitucionalización» (con todo lo que esto implica), también terminó por afectar el ordenamiento jurídico peruano; y, en particular, el ordenamiento jurídico-penal, bajo los alcances del Nuevo Código Procesal Penal del año 2004.

No obstante, debido a la poca profundización en el estudio de los fundamentos que inspiraron este nuevo modelo procesal y al poco desarrollo doctrinal de sus instituciones, viene sucediendo que, muchas de estas últimas terminan entrando en una suerte de contradicción con tales fundamentos; y, peor aún, terminan por (des)legitimar la actuación del poder estatal.

Tal vendría a ser el caso de la «ejecución provisional» de la sentencia condenatoria a pena privativa de libertad de carácter efectivo, regulado por el Nuevo Código Procesal Penal (2004); por el que se permite que el sujeto condenado en la primera instancia del proceso penal, siempre que se encuentre en libertad, sea internado en un establecimiento penal. Esto, como si de una sentencia condenatoria firme se tratase.

PALABRAS CLAVE

Constitucionalización—Derechos fundamentales—Ponderación—Garantías—Proceso penal—Ejecución penal—Sistema de ejecución provisional.



ABSTRACT AND KEYWORDS

ABSTRACT

This thesis aims to show how the legal phenomenon known as «constitutionalization» (with all that this implies), also ended up affecting the Peruvian legal system; and, in particular, the criminal legal system, under the scope of the New Criminal Procedure Code of 2004.

However, due to the little deepening in the study of the foundations that inspired this new procedural model and the little doctrinal development of its institutions, it is happening that, many of the latter end up entering a kind of contradiction with such foundations; and, worse still, they end up (de) legitimizing the action of state power.

Such would be the case of the «provisional execution» of the condemning sentence of imprisonment with effective nature, regulated by the New Criminal Procedure Code (2004); whereby the subject convicted in the first instance of the criminal process, provided that he is free, is allowed to be placed in a criminal establishment. This, as if it were a final conviction.

KEYWORDS

Constitutionalization—Fundamental rights—Weighing—Guarantee—Criminal proceedings—Criminal enforcement—Provisional execution system.



ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS	I
DEDICATORIA	II
RESUMEN Y PALABRAS CLAVE	III
ABSTRACT AND KEYWORDS	IV
CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN	1
1.1. Planteamiento del problema	1
1.2. Formulación del problema	2
1.2.1. Problema General	2
1.2.2. Problemas específicos	2
1.3. Objetivos	2
1.3.1. Objetivo general	2
1.3.2. Objetivos específicos	3
1.4. Justificación	3
1.5. Delimitación del tema	4
1.6. Limitaciones	4
1.7. Aspectos éticos	4
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO	5
2.1. Antecedentes	5
2.1.1. Jurisprudencia	5



2.2. Bases teóricas	7
2.2.1. Doctrinarias	7
2.2.2. Normativas	8
2.3. Definición de términos	9
2.3.1. Derechos fundamentales	9
2.3.2. Ejecución	10
2.4. Formulación de hipótesis	10
2.4.1. Hipótesis general	10
2.4.2. Hipótesis específicas	10
2.4.3. Categorías de estudio	11
2.5. Marco conceptual	11
2.5.1. Constitucionalización y derechos fundamentales	12
2.5.2. Ejecución de la sentencia penal y provisionalidad de la ejecución	43
2.5.3. Ejecución provisional y derechos fundamentales	68
CAPÍTULO III: DISEÑO METODOLÓGICO	84
3.1. Diseño	84
3.1.1. Tipo	84
3.1.2. Nivel	84
3.1.3. Enfoque	84
3.2. Técnicas de recolección de datos	85



3.2.1. Técnica.....	85
3.2.2. Instrumento.....	85
CAPÍTULO IV: RESULTADOS, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	86
4.1. Resultados	86
4.2. Discusión de resultados.....	86
4.3. Conclusiones	90
4.4. Recomendaciones	92
CAPÍTULO V: FUENTES DE INFORMACIÓN	94
5.1. Referencias bibliográficas.....	94
5.2. Referencias hemerográficas	95
5.3. Referencias electrónicas.....	96
ANEXOS.....	97



CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN

1.1. Planteamiento del problema

A nivel de nuestro ordenamiento jurídico-penal, se viene adoptando una postura constitucional-garantista en mérito a la entrada en vigencia del Nuevo Código Procesal Penal del año 2004¹. Sin embargo, en la actualidad, dicha postura se viene orientando más en relación a la efectivización de varias actuaciones procesales; antes que, a la concretización de los derechos y garantías fundamentales que le asisten a todo ciudadano. Y esto, porque tales derechos y garantías, base de nuestro ordenamiento jurídico, vienen siendo respetados en forma parcial e; incluso, llegando al punto de ser sacrificados en pro de una “buena administración de justicia”.

Así, en el NCPP (2004) se ha regulado la ejecución provisional de la sentencia condenatoria, en su extremo penal que impone pena privativa de libertad de carácter efectivo; el cual permite que el sujeto condenado en primera instancia sea internado en un centro penitenciario, pese a que su situación jurídico-procesal todavía no ha sido resuelta en forma definitiva (porque aún falta resolver dicha situación). Y, más aún, cuando las decisiones jurisdiccionales al interior de nuestro sistema procesal penal son tan débiles y cambiantes. Ello, debido a que muchas disposiciones normativas son aplicadas al pie de la letra, sin una justificación racionalmente aceptable y hasta al extremo de no otorgar, en muchas oportunidades, la posibilidad real y efectiva de poder cuestionar tales decisiones. Garantías mínimas con las que debiera cumplir toda actuación estatal.

Por otro lado, es bien cierto que la ola delincencial y de violencia en nuestro país ha generado que nuestros jueces se vean en la obligación de resolver con prontitud, los distintos

¹ En adelante NCPP (2004).

requerimientos instados por el Ministerio Público (en tanto titular de la acción penal). Dando muestra con ello de una respuesta oportuna y eficiente por parte del Estado frente a la comisión (o, presunta comisión) de delitos. Empero, dicha actuación nunca debe incurrir en afectaciones desproporcionales de los derechos y garantías fundamentales que amparan a todo ciudadano: antes, durante y después de haberse desarrollado el proceso penal. Pues, son estos mismos los que dotan de legitimidad al *ius puniendi* Estatal.

1.2. Formulación del problema

1.2.1. Problema General.

¿En qué medida se podría ejecutar provisionalmente la sentencia condenatoria, en su extremo penal que impone pena privativa de libertad de carácter efectivo?

1.2.2. Problemas específicos.

- ¿Cuándo se debe ejecutar provisionalmente la sentencia condenatoria, en su extremo penal que impone pena privativa de libertad de carácter efectivo?
- ¿Cómo se debe ejecutar provisionalmente la sentencia condenatoria, en su extremo penal que impone pena privativa de libertad de carácter efectivo?
- ¿Es la ejecución provisional la sentencia condenatoria, en su extremo penal que impone pena privativa de libertad de carácter efectivo, una medida cautelar de carácter extraordinario?

1.3. Objetivos

1.3.1. Objetivo general.

Analizar en qué medida se puede ejecutar provisionalmente la sentencia condenatoria, en su extremo penal que impone pena privativa de libertad de carácter efectivo.



1.3.2. Objetivos específicos.

- Evaluar en qué casos se debe ejecutar provisionalmente la sentencia condenatoria, en su extremo penal que impone pena privativa de libertad de carácter efectivo.
- Evaluar cómo es que se puede ejecutar provisionalmente la sentencia condenatoria, en su extremo penal que impone pena privativa de libertad de carácter efectivo.
- Evaluar si la ejecución provisional de la sentencia condenatoria, en su extremo penal que impone pena privativa de libertad de carácter efectivo, es una medida cautelar de carácter extraordinario.

1.4. Justificación

El fenómeno de «constitucionalización» del ordenamiento jurídico peruano supuso la adopción e interiorización de un grueso de derechos, inherentes a la dignidad de la persona humana, y de una serie de garantías, destinadas a hacer efectivos estos derechos. Erigiéndose así, tanto derechos como garantías, en la base legitimadora de toda actuación estatal.

Por otro lado, supuso también el tener que adoptar medidas destinadas a salvaguardar la integridad del ciudadano, así como, a regular la convivencia pacífica de la sociedad. Pero, siempre dentro del marco del respeto y la plena vigencia de los derechos y garantías fundamentales ya indicados.

Por tanto, esto implica que: i) toda medida adoptada por un Estado, para regular la convivencia pacífica de su sociedad, tenga que guardar armonía con los derechos y garantías fundamentales previstas en su ordenamiento jurídico; y, ii) toda restricción de estos derechos —con sus correlativas garantías—, tenga que operar por vía de excepcionalidad y atendiendo a las características de cada caso en concreto.



Es por ello que resulta conveniente analizar el hecho de llegar a conocer si cuando fue establecida la figura de la ejecución provisional de la sentencia condenatoria, en su extremo penal que impone pena privativa de libertad de carácter efectivo, se hizo tomando en consideración todos los alcances que emanan de los derechos y garantías fundamentales previstos en el ordenamiento jurídico. O, si, por el contrario, este trae consigo (al momento de su ejecución específicamente) algún tipo de afectación desproporcional de los mismos.

De igual forma, se hace necesario su conocimiento en tanto su desarrollo tendrá un impacto en los operadores jurídicos; y, sobre todo, en los sujetos procesados que a diario vienen siendo afectados con la ejecución provisional de la sentencia condenatoria en los términos que ha sido regulado en el NCPP (2004).

1.5. Delimitación del tema

Punto específico de la investigación: La ejecución provisional de la sentencia condenatoria, en su extremo penal que impone pena privativa de libertad de carácter efectivo, bajo el régimen del NCPP (2004).

1.6. Limitaciones

La principal limitación que se advierte en el desarrollo del presente trabajo, está constituida por el poco material bibliográfico respecto de la variable «ejecución provisional».

1.7. Aspectos éticos

Durante el desarrollo de la presente investigación, se respetó la «confidencialidad» de todos y cada uno de los datos personales consignados en las sentencias que se anexaron al mismo.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes

2.1.1. Jurisprudencia.

- **ACUERDO PLENARIO N° 010-2009/CJ-116**

ACORDARON:

11°. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 6° al 9°.

(...) **FUNDAMENTO JURÍDICO 8°.** Es evidente que la regulación del momento inicial de la ejecución de una pena es un ámbito que incumbe al legislador procesal —el Código Penal, por lo demás, no ha establecido un precepto al respecto—. En su relación con los recursos, puede existir, como regla, el sistema de ejecución provisional o el sistema suspensivo. En la legislación procesal penal nacional se ha optado por ambos modelos. En este contexto cabe precisar lo siguiente:

- A.** Si se examina el régimen del NCPP, podrá advertirse, en el caso de la sentencia condenatoria, la inclinación por el primer modelo: la impugnación no tiene efecto suspensivo —así lo dispone el artículo 402°.1 NCPP como regla específica frente a la genérica del artículo 412°.1 NCPP—, con la excepción de la imposición de las penas de multa o limitativas de derechos, una de las cuales es, por cierto, conforme al artículo 31°.3 del Código Penal, la pena de inhabilitación. *Ello significa, entonces, que sólo las sentencias que imponen penas de privativas de libertad y restrictivas de libertad que consignan los artículos 29° y 30° del Código Penal —en adelante, CP— se cumplen provisionalmente pese a la interposición de un recurso impugnatorio contra*

*ellas*². Por tanto, si el condenado estuviera en libertad y se impone pena o medida de seguridad privativa de libertad de carácter efectivo, el Juez Penal, interpuesto el recurso, según lo autoriza el artículo 402°.2 NCPP, podrá optar por su inmediata ejecución o por imponer alguna restricción de las previstas en el artículo 288° NCPP. A su turno, el Tribunal de Revisión, en caso se hubiera optado por la inmediata ejecución de la pena impuesta, podrá suspenderla, atendiendo a las circunstancias del caso, según el artículo 418°.2 NCPP. Tal efecto suspensivo concluirá cuando la sentencia queda firme.

En consecuencia, la pena de inhabilitación conforme a las disposiciones pertinentes del NCPP no se ejecuta hasta que la sentencia condenatoria adquiera firmeza. Rige plenamente, en este dominio, el denominado sistema suspensivo. (...)

- **PLENO JURISDICCIONAL PENAL DISTRITAL, DE FECHA 19 DE SEPTIEMBRE DEL 2014, REALIZADO EN LA CIUDAD DE TRUJILLO**
CONCLUSIONES PLENARIAS

PRIMER TEMA: En los supuestos de las sentencias condenatorias en las que se impone pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución, ¿Cuándo se inicia su ejecución?

El Pleno adopto POR MAYORÍA la SEGUNDA PONENCIA que enuncia lo siguiente:

Las sentencias condenatorias a pena privativa de libertad suspendida, deben ejecutarse cuando adquieran firmeza, de conformidad al artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Penal que establece que la presunción de

² Cursiva nuestra.



inocencia del imputado se mantiene hasta que no se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada, así como en mérito a lo prescrito por el artículo 418.1 del mismo Código que establece como regla general que el recurso de apelación contra las sentencias tendrá efecto suspensivo; *estableciendo este dispositivo legal como excepción, en su inciso 2, que si se trata de una sentencia condenatoria en la que se imponga una pena privativa de libertad efectiva, este extremo se ejecutará provisionalmente*³. Asimismo, de una interpretación a contrario del artículo 412.2 del Código Procesal Penal, las impugnaciones contra las sentencias que dispongan la libertad del imputado no podrán tener efecto suspensivo.

2.2. Bases teóricas

2.2.1. Doctrinarias.

¿Prisión preventiva en segunda instancia o ejecución provisional de la sentencia?

Autor: Fredy Valenzuela Ilizarbe

Institución: *Legis.pe*

Año: 2017

CONCLUSIONES:

Por lo expuesto, queda claro, a nuestro juicio, **que se debe preferir la ejecución provisional de la sentencia condenatoria**, con independencia de que el imputado haya estado en libertad o haya estado con prisión preventiva, a fin de evitar que se presenten los problemas mencionados en los párrafos precedentes. Naturalmente, también resulta

³ *Idem.*



atendible que, en ciertos casos, por sus particularidades, se suspenda la ejecución de la sentencia.

Y es que, tal como actualmente se encuentran reguladas estas instituciones (ejecución provisional y prisión preventiva), no existe coherencia normativa entre la ejecución provisional de la sentencia, el efecto suspensivo de los recursos y la persistencia y aplicación de la prisión preventiva en segunda instancia, por lo que es necesario un análisis detallado para que, de ser el caso, **se realicen las modificaciones legislativas** que sean necesarias que le otorguen armonía a la regulación del Código Procesal Penal de 2004.

Lo manifestado es recomendable para que no se afecte la **seguridad jurídica**, esto es, para que personas que estén en la misma situación no reciban un tratamiento diferenciado.

En consecuencia, la uniformización normativa resulta imperiosa.

2.2.2. Normativas.

NCPP (2004)⁴

Artículo 402°. - Ejecución provisional

1. *La sentencia condenatoria, en su extremo penal, se cumplirá provisionalmente aunque se interponga recurso contra ella; salvo, los casos en que la pena sea de multa o limitativa de derechos.*
2. Si el condenado estuviere en libertad y se impone pena o medida de seguridad privativa de libertad de carácter efectivo, el Juez penal según su naturaleza o gravedad, y el peligro de fuga, podrá optar por su inmediata ejecución o imponer

⁴ *Idem.*

algunas de las restricciones previstas en el artículo 288°, mientras se resuelve el recurso.

Artículo 412° - Ejecución provisional

1. *Salvo disposición contraria de la Ley, la resolución impugnada mediante recurso, se ejecuta provisionalmente, dictando las disposiciones pertinentes si el caso lo requiere.*
2. Las impugnaciones contra las sentencias y demás resoluciones que dispongan la libertad del imputado no podrán tener efecto suspensivo.

Artículo 418° - Efectos

1. El recurso de apelación tendrá efecto suspensivo contra las sentencias y los autos de sobreseimiento, así como los demás autos que pongan fin a la instancia.
2. *Si se trata de una sentencia condenatoria que imponga pena privativa de libertad efectiva, este extremo se ejecutará provisionalmente.* En todo caso, el Tribunal Superior en cualquier estado del procedimiento recursal decidirá mediante auto inimpugnable, atendiendo a las circunstancias del caso, si la ejecución provisional de la sentencia debe suspenderse.

2.3. Definición de términos

2.3.1. Derechos fundamentales.

Acepción jurídica

“Conjunto básico de facultades y libertades garantizadas judicialmente que la constitución reconoce a los ciudadanos de un país determinado” (PODER JUDICIAL DEL PERÚ, 2012).

Acepción dogmática

“Los derechos fundamentales son los derechos básicos de la persona que se basan en su dignidad y que, a su vez, se constituyen como fundamento del Estado y de la sociedad en su conjunto. (...)” (Landa Arroyo, 2017, pág. 11)

2.3.2. Ejecución.

Acepción jurídica

“(En derecho procesal) Dar cumplimiento a lo dispuesto por la autoridad jurisdiccional en el ejercicio de sus funciones” (PODER JUDICIAL DEL PERÚ, 2012).

Acepción dogmática

“En su acepción común el vocablo *ejecución* alude a la acción y efecto de ejecutar. Ejecutar es, a su vez, realizar, cumplir, satisfacer, hacer efectivo y dar realidad a un hecho”. (...) (Couture, 2016, pág. 357).

2.3.2.1. Provisional.

Acepción jurídica

“(Procedimiento Civil) Dícese principalmente de lo que no es definitivo y puede ser devuelto o modificado” (PODER JUDICIAL DEL PERÚ, 2012).

2.4. Formulación de hipótesis

2.4.1. Hipótesis general.

La sentencia condenatoria, en su extremo penal que impone pena privativa de libertad de carácter efectivo, podría ejecutarse provisionalmente en la medida que no se genere una afectación desproporcional de derechos fundamentales.

2.4.2. Hipótesis específicas.

- La sentencia condenatoria, en su extremo penal que impone pena privativa de libertad de carácter efectivo, podrá ejecutarse provisionalmente cuando:



- a) No se constituya como una regla general su ejecución;
 - b) Se entienda como la consolidación de los efectos de la imposición de una medida de coerción procesal, consistente en la prisión preventiva.
- La sentencia condenatoria, en su extremo penal que impone pena privativa de libertad de carácter efectivo, podrá ejecutarse provisionalmente de la forma siguiente:
 - a) De tratarse de una situación en donde no existe una prisión preventiva de por medio, a través de la teoría de ponderación de bienes;
 - b) Cuando se entienda como una consolidación de los efectos de la imposición de una medida de coerción procesal, consistente en la prisión preventiva, revisando los plazos y los presupuestos que sustentaron su imposición.
 - La sentencia condenatoria, en su extremo penal que impone pena privativa de libertad de carácter efectivo, no es una medida cautelar de carácter extraordinario.

2.4.3. Categorías de estudio.

- **Categoría 1.**

Derechos fundamentales.

- **Categoría 2.**

Ejecución provisional.

- **Subcategoría.**

Rol del Juez penal al momento de la imposición de una pena privativa de libertad de carácter efectivo, en la primera instancia del proceso penal.

2.5. Marco conceptual

2.5.1. Constitucionalización y derechos fundamentales.

2.5.1.1. La constitucionalización de los ordenamientos jurídicos.

2.5.1.1.1. Bases fundamentales⁵.

Este fenómeno, proceso o, si se quiere, cambio de paradigma constitucional encuentra su punto de partida en las Constituciones que surgieron con posterioridad a la II Guerra Mundial. Pues, tal y como indicó Ferrajoli (2001), es en este momento exacto de la historia en el que se (re)descubre el «significado» y «valor» de la Constitución, en tanto ésta dejará de entenderse única y principalmente como límite al poder —público—; y se convertirá, sobre todo, en garantía de derechos fundamentales. (pág. 54)

De esta forma, la Constitución, clásica y tradicionalmente concebida como carta política que regula la forma de organización —administrativa— de un Estado; cambiará y pasará a ser: «carta fundadora», «ley fundamental», «norma suprema» de todo el régimen político, legislativo y judicial que lo conforma. Y esto, debido a la incorporación de «derechos fundamentales» en ella.

De manera que, tal y como ya señaló Comanducci (2002), esta «nueva» Constitución se va a caracterizar por ser altamente «invasiva»; capaz de condicionar: legislación, jurisprudencia, doctrina e, incluso a las mismísimas relaciones privadas. (pág. 95)

Tal es así que, en lo que concierne al «ámbito legislativo», se puede ver que estas —nuevas— Constituciones afectaron la clásica relación «Estado-leyes»; en virtud de la cual, las segundas se constituían en la fuente primera y máxima de todo sistema de derecho instaurado en los primeros.

⁵ Subtítulo tomado del artículo: *¿Qué es la constitucionalización del derecho?*, escrito por Carbonell y Sánchez Gil; en Carbonell, M., y Sánchez Gil, R. *¿Qué es la constitucionalización del derecho?* QUID IURIS, 13, pp. 33-55.



Al respecto, indicó Zagrebelsky (1997): “La ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución.” (pág. 34) Pero no de cualquier Constitución, sino de una en la cual todo debe «converger» como un punto de llegada, antes que como un punto del que todo debe partir. (pág. 14)

Es importante aclarar esto último, debido a que entender a la Constitución en sentido contrario, esto es, como punto de partida en el cual ya todo está dado; implicaría, ni más ni menos, un simple cambio en la jerarquización de los ordenamientos jurídicos, donde esta —nueva— Constitución estaría pasando a cumplir una función similar a la que tenía la ley en los denominados «Estados —legales— de Derecho». Y claramente la idea no es esa.

Por tanto, tal y como afirmó Landa Arroyo (2013), ciertamente nos encontramos en presencia de una Constitución distinta, —rectamente— entendida como un «concepto interpretativo» por excelencia. (pág. 15) Y ello, porque es a partir de la interpretación de todos y cada uno de los conceptos que esta —nueva— Constitución recoge, que aquellos (y esta última —en general—) se van desarrollando y concretando caso por caso. Y no como acontecía en los denominados Estados —legales— de Derecho, donde no se precisaba de mayor interpretación de la ley que la literalidad de su regulación expresa.

De esta forma, estas —nuevas— Constituciones también terminan por afectar la labor del legislador (en cuanto creador de la legislación vigente), debido a que, como sostuvo Pozzolo (2018), ya no cabe espacio libre para la «voluntad legislativa». (pág. 18) Esto último, porque el legislador se encontrará —estrictamente— vinculado de inicio a fin, en su tarea de legislar, por el contenido esencial (y fundamentador) de las Constituciones. Siendo la ley, a estos efectos, —fiel— reflejo del desarrollo y concreción de derechos fundamentales.



Por otro lado, en lo que respecta al «ámbito judicial» (o, jurisdiccional —en sentido estricto—), se puede apreciar cómo estas —nuevas— Constituciones —igualmente— llegaron a afectar la relación «Jueces-ciudadanos»; en virtud de la cual, los primeros se constituían en estrictos aplicadores de la ley en desmedro de los segundos.

Hoy, sin embargo, se puede decir que la posición del juzgador pasará a ser uno de, si se quiere, «aplicador» de la Constitución. Pero, un aplicador en la línea de actuar la Constitución, concretizando su contenido fundamental y extrayendo de ellas, vía interpretación, normas idóneas para regular en buena forma todas y cada una de las controversias derivadas de las relaciones «Estado-ciudadanos». E, incluso, como indicó Guastini (2016), también en toda controversia derivada de las relaciones «entre los propios ciudadanos». (pág. 277 y ss.)

En este contexto, la labor jurisdiccional ya no se va a reducir a la simple sujeción del juez a la ley; sino que, aquella irá a actuar como un medio de «control de legitimidad constitucional». (Ferrajoli, 2001, pág. 55) Con lo cual, todo juez, en el ejercicio de la función jurisdiccional, deberá observar el contenido constitucional y atender al desarrollo y concreción de los derechos fundamentales, como parámetro de su actuación. Sea que trate de controversias surgidas entre el Estado y sus ciudadanos; o, estrictamente entre ciudadanos.

Finalmente, en lo que respecta al «ámbito doctrinal», el proceso de constitucionalización (y, en consecuencia, la idea de esta «nueva» Constitución) terminará también por alcanzar a los estudiosos del derecho. Pues, estos últimos dejarán de ser (en el supuesto que alguna vez lo hayan sido) —meros— descriptores de las leyes; y se convertirán en «(re)interpretadores» de los ordenamientos jurídicos. (Ferrajoli, 2001, pág. 55)

De manera que, bajo la mirada del constitucionalismo actual, su función no se va a reducir única y principalmente a dar cuenta de cómo viene funcionando determinado ordenamiento

jurídico, a luz del —ya conocido— Estado legal de Derecho (o, lo que es lo mismo, bajo los —clásicos— criterios de validez y vigencia de las leyes). Sino que, tal y como afirmó Guastini (2016), su tarea se va a extender y centrar, sobre todo, en dotar de fundamento al ordenamiento jurídico, desde la Constitución. (págs. 279-280).

De esta forma, la expresión «constitucionalización» termina haciendo alusión, ni más ni menos, al «proceso de transformación» que sufre un ordenamiento jurídico (y un Estado —en general—)⁶; en cuyo final se tiene que éste último terminó completamente impregnado por el contenido de la Constitución. (Guastini, 2016, pág. 278)

Esto es así, porque el contenido constitucional fuertemente condicionado por la existencia de catálogos de derechos fundamentales —en la «nueva» Constitución—, se va a extender; y, a su vez, vincular al todo que integra un ordenamiento jurídico.

2.5.1.1.2. Principales aspectos de la constitucionalización⁷.

Entre los principales aspectos que trae este «proceso de constitucionalización», podemos identificar a los siguientes:

a) *La existencia de una Constitución rígida, que incorpora derechos fundamentales.* Una Constitución será rígida, señaló Guastini (2016), sí y solo sí «es escrita» y «está protegida» contra la legislación ordinaria. (págs. 280-281)

⁶ Esto, entendiendo por «ordenamiento jurídico» a un conjunto estructurado de normas en el marco de un Estado Constitucional de Derecho. Es estructurado, porque las leyes que lo conforman (y de las cuales precisamente se extraen las normas), —todas ellas— se relacionan entre sí. Y esta relación no es más que una de fundamentación; es decir, que todas provienen de un mismo lugar: la Constitución. Para una comprensión mucho más completa de esta definición, véase: Guastini, R. *LECCIONES DE DERECHO CONSTITUCIONAL*. (C. E. Moreno More, Trad.) Legales Ediciones, Lima: 2016.

⁷ Todos y cada uno de los aspectos desarrollados en este ítem, se encuentran en función a la estructura hecha por Paolo Comanducci en su artículo intitulado: *Formas de (Neo)constitucionalismo: Un análisis metateórico*. Isonomía (16), pp. 89-112. Así también, para un desarrollo más completo de los mismos, véase: Guastini, R. *LECCIONES DE DERECHO CONSTITUCIONAL*. (C. E. Moreno More, Trad.) Legales Ediciones, Lima: 2016.

Por un lado, el hecho de que una Constitución como ésta tenga que estar escrita, significa que en ella van a estar incorporados, de forma expresa, «catálogos de derechos fundamentales». Del otro, se dirá que está protegida, por cuanto, en la misma, van quedar establecidos «procedimientos de modificación» de su contenido, bastantes estrictos y distintos, por ejemplo, de los previstos para el —normal y regular— procedimiento de elaboración, modificación y supresión de las leyes.

En tal sentido, en el Perú, conforme se desprende del Título I, Capítulo I, de la Constitución Política —actual—, se puede perfectamente decir que se está ante la presencia de una Constitución de este tipo, debido a que, en ella, fue expresamente reconocido un catálogo de derechos —fundamentales— que tiene a la defensa de la persona humana y el más completo respeto de su dignidad, como fin supremo de la sociedad y el Estado peruano.

Derechos fundamentales que, en definitiva, se constituyen en esa parte de la Constitución, único contenido constitucional, que no podrá ser modificado (en el sentido de ser disminuidos; o, limitados en su ejercicio; o, incluso, al punto de llegar a ser suprimidos de la Constitución⁸) bajo ninguna circunstancia.

Y, además, porque esta misma Constitución, en su artículo 206°, prevé un mecanismo de reforma que se ajusta a las exigencias de este aspecto constitucional; esto, en tanto el procedimiento de reforma —del contenido— constitucional es uno distinto y mucho más estricto con relación al que —normalmente— sigue el de producción, modificación y promulgación de sus leyes.

b) *La garantía jurisdiccional de la Constitución.* Para que una Constitución esté garantizada, siguiendo a Guastini (2016), queda claro que, además de la rigidez

⁸ Así, en la Constitución Política del Perú, artículo 32° —párrafo último—.



constitucional (esto es, que la Constitución esté escrita y protegida), debe existir un «control sobre la conformidad de las leyes» en relación a la Constitución. (pág. 281)

Motivo por el cual deberá tratarse de un control distinto e, independiente del político. (Carbonell & Sánchez Gil, 2011, pág. 34)

Esto significa, en primer lugar, que toda ley desde su promulgación, entrada en vigencia y, posterior aplicación; además de estar sujeta a los —clásicos— criterios formales (de validez y vigencia), también lo estará a un «nuevo criterio» (sustancial) establecido desde la Constitución. Y, en segundo lugar, que el control de conformidad de una ley con relación a la Constitución («criterio sustancial»), exige la imprescindible existencia de un órgano que, *a priori*, no esté atado a ninguno de los poderes en los que reside el Estado. Esto último, a efectos de que dicha función pueda ser realizada sin injerencias de ningún tipo.

De esta forma, siguiendo a Guastini (2016), se reconoce la existencia de distintos modelos (o, sistemas de control constitucional) que perfectamente pueden servir para este fin; tales como: i) el «norteamericano» que viene a ser *a posteriori* (por vía de excepción); y, por ende, *in concreto*. Siendo ejercido por todo juez dentro del ámbito de sus competencias y con efectos limitados. O, ii) el que se maneja en «Francia» que viene a ser *a priori* (también por vía de excepción); y, por ende, *in abstracto*. Siendo ejercido por un Tribunal Constitucional. O, asimismo, iii) el modelo que se maneja —principalmente— en «Alemania, Italia y España» que viene a ser *a posteriori* (igualmente por vía de excepción); y, por ende, *in concreto*. Siendo ejercido por un Tribunal Constitucional y de efectos *erga omnes*. (págs. 282-283)

Para el caso del Perú, por ejemplo, conforme se desprende del artículo 201° de la Constitución Política, este tipo de control (el de conformidad de las leyes en relación a la

Constitución) ha sido regulado y —en principio— conferido al Tribunal Constitucional (como máximo intérprete de la Constitución peruana; y, a su vez, como órgano autónomo y distinto de los tres poderes peruanos) para que éste pueda realizar tal función: i) *a priori*, por vía de excepción; y, por ende, *in abstracto*. Es decir, como consecuencia de una ley demandada como inconstitucional al momento de su promulgación y/o entrada en vigencia. O, también, ii) *a posteriori*, —igualmente— por vía de excepción; y, por ende, *in concreto*. Es decir, como consecuencia directa de una controversia específica. En ambos casos, los efectos serán válidos para «todo» el ordenamiento jurídico.

Asimismo, la Constitución peruana va un poco más allá y también reconoce la posibilidad de que tal control pueda ser ejercido por los órganos jurisdiccionales ordinarios. Con lo cual, para el caso en el que el contenido de una ley sea contrario al que recoge la Constitución; todo juez, en el ejercicio de su labor jurisdiccional, podrá (y, de hecho, deberá) realizar un «control difuso» constitucional⁹. Es decir, podrá «inaplicar» (o, mejor, dejar de aplicar) una ley específica al caso concreto; y preferir, en su lugar, la concretización del contenido constitucional.

En consecuencia, se debe entender que este segundo tipo de control será realizado *a posteriori*, de forma excepcional; y, por ende, *in concreto*. Cuyos efectos únicamente serán válidos para el ámbito de competencia del juez que lo ejerza.

c) La fuerza vinculante de la Constitución. Esta fuerza, señalaron Carbonell y Sánchez Gil (2011), nace como consecuencia del proceso mismo que termina dotando de «contenido normativo» a toda la Constitución. (pág. 34). Esto es, como producto del cambio de

⁹ Así, en la Constitución Política del Perú, artículo 138° —párrafo último—.

«significado» y «valor» de la Constitución, clásicamente entendida como —mera— carta política; por el de Constitución, entendida ahora como norma fundamental.

De esta forma, el contenido constitucional, expresado —principalmente— como derechos fundamentales, no solo va a limitar el ejercicio del poder público; sino también lo va a vincular y condicionar en todas sus manifestaciones, en defensa y garantía de concretización de aquellos.

En el caso del Perú, por ejemplo, de conformidad con lo establecido en el artículo 38° de la Constitución Política, esta fuerza se materializa en el «deber» que recae en todos los peruanos: de respetar, cumplir y defender la Constitución. Ello, (naturalmente) independientemente que se trate de una relación «Estado-ciudadanos»; o, «ciudadanos-ciudadanos».

Esto es así, en la medida que: i) el Poder Legislativo —peruano— está expresamente vinculado y obligado a velar por el respeto de la Constitución, garantizando que ésta se haga efectiva frente a todos aquellos que pretendan afectarla en su contenido¹⁰; ii) el Poder Ejecutivo —peruano— está expresamente vinculado y obligado a cumplir (él mismo) con la Constitución, así como, a hacer que los demás la cumplan¹¹; y iii) el Poder Judicial —también peruano— está expresamente vinculado y obligado a ejercer su labor —principalmente— con arreglo a la Constitución¹².

d) *La «sobreinterpretación» (o, supra-interpretación) de la Constitución.* Tal y como afirmaron Carbonell y Sánchez Gil (2011), este cuarto aspecto se constituye en una «modalidad hermenéutica» que básicamente consiste en dotar de significado al contenido

¹⁰ *Ibidem.*, artículo 102°, inciso 2.

¹¹ *Ibid.*, artículo 118°, inciso 1.

¹² *Ibid.*, artículo 138° —párrafo primero—.



constitucional desde la Constitución. (pág. 35). Por cuanto, si bien las nuevas Constituciones se van caracterizar por ser extensas; las mismas, nunca van a poder regular todos los espacios de la vida de las personas. (Guastini, 2016, pág. 285)

De este modo, se reconoce que, aun cuando la Constitución haga su mejor esfuerzo por querer alcanzar a todas las relaciones que surgen de la interacción «Estado-ciudadanos», «ciudadanos-ciudadanos»; todavía va a existir un vasto ámbito de situaciones que no siempre van a poder ser —expresamente— regulados en su totalidad. Y esto, naturalmente debido a una imposibilidad y limitación propia de los hombres; así como, a la complejidad de las diversas relaciones que surgen entre estos. Y, entre estos últimos y el Estado.

Por otro lado, a través de ella se permite la posibilidad que, aun cuando el contenido constitucional no pueda ser (o verse) realizado, de forma evidente, en el caso concreto; se deba procurar —siempre— encontrar la respuesta en la Constitución. De cuyo contenido constitucional se podrán extraer las normas idóneas que resuelvan este tipo de situaciones, sin llegar a generar afectación alguna de sus contenidos.

e) La aplicación directa de las normas constitucionales. Este tipo de aplicación, indicó Guastini (2016), nos lleva a entender que el contenido constitucional puede producir «efectos directos» y ser aplicado, por todo juez, en cualquier situación que se le presente. (págs. 287-288)

Ciertamente, esto es algo que, en tiempos anteriores a la postguerra, era totalmente impensado, debido a que la Constitución había nacido únicamente para poner límites al poder público (o, mejor, para ser ella —misma— límite del poder), en el sentido de que el ejercicio del mismo debía de organizarse y dividirse para encontrar un equilibrio (o, contrapeso).



En sentido contrario, dentro del constitucionalismo actual, se tiene a una —nueva— Constitución que se caracteriza por ser «amplia», altamente «invasiva», capaz de «vincular» y «condicionar» al todo que integra un Estado. Y, consecuentemente, a todas las relaciones que surgen de su interacción.

Por lo tanto, dado que el ámbito judicial se constituye en un espacio en el que tales relaciones afloran con mayor intensidad, este aspecto se encontrará —principalmente— vinculado con la labor jurisdiccional. Y, por lo mismo, se traduce en la obligación de que todo juez, en el ejercicio de su función, tenga que concretizar el contenido constitucional en cada caso concreto. Ya sea «prefiriendo», «actuando» o, si se quiere, «aplicando» la Constitución en todas y cada una de las indicadas relaciones.

De esta forma, en el Perú, conforme está establecido en el artículo 138° —párrafo primero— de la Constitución Política, se tiene que la potestad entregada al poder judicial para «administrar justicia», deberá de ser ejercida: primero, con arreglo a la Constitución; y, después, a las demás leyes —que de ella nazcan—.

Así también, en su artículo 51°, refiere que la Constitución (y los derechos fundamentales) prevalecerá(n) sobre la ley. Consagrándose con ello, a nivel del ordenamiento jurídico peruano, la primacía (o, supremacía) constitucional como parámetro de actuación legítima de los jueces (y de todo operador jurídico —en general—).

f) La interpretación adecuadora de las leyes. Señaló Guastini (2016), de una interpretación de las leyes «conforme a la Constitución». Y ello, en el sentido de que ninguna disposición normativa (ley) llega a estar total y completamente determinada hasta momentos antes de su interpretación. (pág. 288)



Con lo cual, en la búsqueda por llegar a determinar el contenido final de una ley, esta «actividad hermenéutica» deberá ser realizada tomando en cuenta el contenido constitucional. De tal forma que esta se corresponda siempre con la Constitución; y, a su vez, signifique el desarrollo y concreción de su contenido.

Por otro lado, de ser el caso en el que un resultado interpretativo sea distinto o, contrario al contenido constitucional (lo cual es perfectamente posible —y, de hecho, pasa con mucha frecuencia—); todo juez, sin más, estará obligado a apartarse de aquél en garantía de conformidad de la ley con la Constitución.

2.5.1.2. Sigue: Los derechos fundamentales.

2.5.1.2.1. Origen.

Siguiendo a González Álvarez (2013), podemos decir que estamos en presencia de un «concepto histórico» que, a su vez, pertenece al «mundo moderno». (pág. 283) Se dice que es histórico, por cuanto hunde sus raíces más profundas en el documento inglés de mayor tradición de la historia jurídico-política: la «Carta Magna», suscrita en el año de 1215, por el Rey Juan I —de Inglaterra— y los nobles —ingleses—.

En ella fueron reconocidas una serie de libertades que, con el paso del tiempo, se constituyeron en uno de los antecedentes históricos de mayor importancia para la concepción actual de los derechos fundamentales. Esto, en tanto representan, ni más ni menos, el primer momento de «afirmación de la libertad» de los individuos frente a las intervenciones —tantas veces arbitrarias— de los Estados.

Tal es así que, sirvió de inspiración para los grandes movimientos revolucionarios que surgían en la Inglaterra de aquellos años, dando paso (y, a su vez, dotando de fundamento) a



otros tantos documentos jurídico-políticos de gran valor, tales como: la «*Petition of Rights* de 1628»; o, la «Ley de Habeas Corpus de 1679»; o, asimismo, el «*Bill of Rights* de 1689». Los que, a su vez, significaron los más importantes avances en la «tipificación positiva» de las libertades que los ciudadanos —ingleses— iban alcanzado. (Alexy R. , 2003, pág. 32)

Ahora bien, como era de esperarse, tal tipificación tuvo un gran impacto, primero, en las colonias norteamericanas, donde en el año de 1776, hecha la Declaración de Independencia, se dio paso al «*Bill of Rights*» (o, mejor, declaración de derechos) de Virginia. Y, luego, en Francia donde, en el año de 1789, se dio paso a la «Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano».

De esta forma, se dice que pertenece al mundo moderno, pues, se sostiene que la expresión «derechos fundamentales» (o, *droix fondamentaux*) habría surgido como tal, en la Francia de las últimas décadas del siglo XVIII. Lugar, desde donde se proyectó a casi todas las Constituciones modernas, luego de ser asumida por la Ley Fundamental de Bonn en el año de 1949. (González Álvarez, 2013, pág. 255)

Sin embargo, es preciso resaltar también que la expresión pudo haber nacido en Alemania, en tanto se afirma que fue en la Constitución Imperial de 1849 (mejor conocida como la Constitución de la Iglesia de San Pablo —de Frankfurt—) donde se adoptó un catálogo completo de derechos denominados expresamente como «fundamentales». (Alexy R. , 2003, pág. 33)

La cual, a su vez, dio paso al «primer catálogo nacional» de derechos fundamentales, recogido en la Constitución —alemana— de Weimar del año de 1919. Y, posteriormente a la Ley Fundamental de la República Federal Alemana (o, Ley Fundamental de Bonn) del año de 1949, aún vigente en nuestros días.

Lejos de esto, la importancia que dichos antecedentes adquieren, desde estos primeros momentos hacia adelante; son cruciales para un completo y mejor entendimiento de los derechos fundamentales. Y, consecuentemente, de los ordenamientos jurídicos constitucionalizados.

2.5.1.2.2. Dos conceptos fundamentales.

Luego de un breve recuento sobre algunos momentos históricos y puntuales que recogen un poco la historia de estos derechos, es que salen a la luz dos concepciones que nos pueden servir perfectamente para comprenderlos de una mejor forma. Así, el primero de ellos descansa en la idea de Carl Schmit, para quien, tal y como indicó Alexy (2003), solo los «derechos humanos liberales del individuo» llegan a ser derechos fundamentales en sentido propio. Con lo cual, el individuo se constituye en su único titular; el Estado en su único destinatario; y la no intervención en la esfera de libertad del primero, en su único objeto. (pág. 24)

Se toma por válida esta concepción porque, de un lado, reconoce que se trata de derechos que están inspirados en los individuos y su posición de defensa frente a los Estados. Es decir, toma como punto de partida todas aquellas «libertades» que históricamente nacieron para limitar el ejercicio arbitrario del poder, —dividiéndolo y— obligando a que éste reconozca en favor de los primeros, una serie de libertades que les permitan desarrollarse plenamente.

No obstante, ello no debe excluir la idea de que su objeto también pueda consistir en la realización de acciones positivas por parte del Estado, con el fin de garantizar su efectivo ejercicio. O, igualmente, que su destinatario pueda ser otro individuo. O, incluso, que estos derechos puedan llegar a ser ponderados en determinados casos (como se verá más adelante).



Y, del otro, porque trae consigo la relación de «implicancia necesaria» que debe existir entre los derechos fundamentales y los derechos humanos. (Alexy R. , 2003, págs. 25-26) O, si se quiere, tal y como señaló Gonzáles Álvarez (2013), de una vinculación existente entre los derechos fundamentales y los —denominados— derechos naturales. (pág. 258)

Sin embargo, es preciso destacar que esta relación deberá de ser entendida en el sentido de que los derechos fundamentales únicamente deben de representar serios «intentos» de darle una dimensión positiva a los derechos humanos. Pues, solo de esta forma se va a poder superar con éxito las grandes dudas que hasta la actualidad se vienen discutiendo —y debatiendo— en torno a estos últimos¹³. (Alexy R. , 2003, págs. 27-28)

En el caso del Perú, por ejemplo, esta relación se hace visible cuando en el artículo 44° de su Constitución Política se reconoce como un deber primordial del Estado: «el garantizar la plena vigencia de los derechos humanos». Esto, a su vez, significa que en la Constitución peruana (y, por consiguiente, a nivel de su ordenamiento jurídico) los derechos humanos reconocidos en las diferentes cartas internacionales, vienen siendo incorporados. Sea bajo la denominación de derechos fundamentales; o, simplemente de derechos humanos. Pero que, al fin y al cabo, tienen como punto de inicio —y final— a la defensa de la persona humana y el más completo respeto de su dignidad.

Así también, tal relación se muestra cuando el Tribunal Constitucional, de conformidad con lo establecido en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política —peruana—, señala que los derechos fundamentales tienen que ser interpretados «en

¹³ Por la naturaleza de este trabajo no es posible aborarlos ahora. Sin embargo, si se desea conocer un poco más respecto de algunas de las dificultades vinculadas a los derechos humanos que se tienen hasta la fecha; véase: Alexy, R. *Tres escritos sobre derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Universidad Externado de Colombia. (Traducción de C. Bernal Pulido). Bogotá, 2003; pág. 24 y ss. Así también, Barberis, M. *Estado, derechos, interpretación. Una perspectiva evolucionista*. Palestra, Lima, 2013; pp. 47 y ss.



relación» con los derechos humanos recogidos en los diferentes Tratados y Convenios que el Perú, como país, ha suscrito.

Por otro lado, el segundo, descansa en la idea de que son derechos fundamentales todos aquellos derechos que han sido «expresamente catalogados» de esa forma en una Constitución. Ello, debido a que este hecho, tal y como indicó Gonzáles Álvarez (2013), sirve para estructurarlos con una función doble, esto es: en un «plano subjetivo» (y cuyo sustento se encuentra en la primera concepción) como garantía de libertad individual —e igualdad— en las relaciones «Estado-ciudadanos», «ciudadanos-ciudadanos»; y, en un «plano objetivo», como principio (o, valor) que dota de fundamento al ordenamiento jurídico (y al todo que integra un Estado —en general—), desde la Constitución. (pág. 257)

Esto último responde básicamente a que, en el año de 1958, con la sentencia del «caso Luth» en Alemania, se dieron a conocer tres ideas que hasta el día de hoy permanecen vigentes¹⁴: en primer lugar, que los derechos fundamentales no solo garantizan derechos de defensa, sino también enuncian un todo normativo que ha sido denominado convenientemente como «principios» (o, valores objetivos). En segundo lugar, que, como principios, pasan a «vincular» a los tres poderes del Estado; y, en consecuencia, los derechos fundamentales pueden aparecer en cualquier situación derivada de la relación «Estado-ciudadanos»; o, «ciudadanos-ciudadanos». Y, en tercer —y último— lugar, que, al existir la posibilidad de

¹⁴ En este caso se analizó el problema entre el director de cine, Veit Harlan, y el presidente de la oficina de prensa de Hamburgo, Erick Luth, quien había atacado públicamente a aquél, por haber dirigido una película de propaganda antisemita de nombre «*Judío dulce*». Además de incitar a las empresas cinematográficas a no incluir estas películas dentro de su programación, así como, al público —en general— a no ir a verlas.

Una vez que se judicializó el conflicto, los Tribunales alemanes de primera y segunda instancia entendieron que la conducta del periodista vulneraba lo dispuesto en el § 826 del BGB (Código Civil alemán). Por el contrario, el Tribunal Constitucional Federal concedió el recurso de amparo interpuesto por Luth, al considerar que su conducta era un ejercicio legítimo de la libertad de expresión y que este derecho era válido —también— para el ámbito del derecho civil. Así, en Alexy, R. *Tres escritos sobre derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Universidad Externado de Colombia. (Traducción de C. Bernal Pulido). Bogotá, 2003. N. del trad., p. 43.



que estos derechos puedan encontrarse en diversas situaciones (producto de las indicadas relaciones) se precisa de una «técnica» que pueda ponderarlos —en los casos concretos—. (Alexy R. , 2003, págs. 43-45)

Tal es su vigencia hasta nuestra actualidad que, en el Perú, estas ideas han sido recogidas (y, a su vez, asumidas) por el Tribunal Constitucional, quien viene resaltando en varias de sus sentencias respecto del rol de los derechos fundamentales como «principios» (o, valores objetivos)¹⁵; de su eficacia vertical (frente a los poderes del Estado) y horizontal (frente a los particulares)¹⁶; y la ponderación de derechos —fundamentales— para el caso de colisión (*rectius*, «encuentro») entre los mismos —en un caso concreto—¹⁷.

De manera que, esta concepción es válida porque permite conocer la «doble dimensión» de los derechos fundamentales, en tanto: i) derechos (o, libertades) individuales; y ii) principios (o, valores objetivos). Motivo por el cual, ya no se van a limitar más (como históricamente se trató de hacerlo) a únicamente exigir del Estado que se abstenga de interferir en ellos («dimensión negativa»); sino que —también— va a exigir de éste: tutela, desarrollo y concretización —de los mismos— («dimensión positiva»).

Por lo tanto, podemos llegar a decir que la fundamentalidad de estos derechos emana, por un lado, de la importancia que representó (y representa al día de hoy) la afirmación de la libertad frente al poder del Estado; así como, de la relación que, a partir de ella, se logra establecer entre los derechos humanos y los derechos fundamentales (esto último, con la precisión hecha párrafos arriba). Y, por otro lado, de la doble dimensión (negativa y positiva)

¹⁵ Así, en la STC N° 01417-2005-AA.

¹⁶ Así, en la STC N° 00474 2016-PA.

¹⁷ Así, en la STC N° 03869-2012-PA.



que estos derechos llegan a alcanzar, como consecuencia de su positivización en la Constitución.

2.5.1.2.3. Límites y ponderación.

Afirmó Alexy (2003): el gran problema que presentan los derechos fundamentales al interior de los ordenamientos jurídicos, es el de la posibilidad de que estos derechos puedan ser —o no— «restringidos» en determinados casos. (pág. 38) Ello, debido a la eventualidad de que dos (o más) derechos fundamentales, «encontrados» en un caso concreto, puedan exigir (ambos) plena realización.

En este contexto, la «ponderación» se ha de presentar como la alternativa más viable y práctica en tanto permite fijar ciertos límites al indicado accionar; y, por cuanto se sirve del «principio de proporcionalidad» para cumplir con su cometido. De esta forma, ponderación y proporcionalidad se encontrarán íntimamente ligados, tal y como sucede, con este último y los derechos fundamentales.

En primer lugar, que los derechos fundamentales se encuentren directa y estrictamente vinculados al principio de proporcionalidad, exige entender a los primeros como «principios»; y, a estos últimos como «mandatos de optimización». (Alexy, 2011, pág. 12) De igual forma, —también— exige entender a la Constitución: i) como «norma rígida» dirigida a limitar el poder y garantizar los derechos fundamentales de las personas; y ii) como un «sistema» edificado sobre la base de la unidad y normatividad constitucionales. (Castillo-Córdova, 2013, pág. 4)

De manera que, los derechos fundamentales, en tanto límites al ejercicio del poder del Estado (dimensión negativa), así como, obligaciones de tutela, desarrollo y concretización —de los mismos— (dimensión positiva); se reconocen también como principios; o, mejor,

como «normas-principio» que pueden —y deben— ser realizados en la mayor medida de sus posibilidades, tanto fácticas, como jurídicas.

Esto es así, porque la «concepción principialista» de los derechos fundamentales, en su forma «estructural-funcional», parte de la —ya muy bien conocida— distinción entre dos tipos de normas existentes al interior de todo ordenamiento jurídico —constitucionalizado—. Es decir, de «normas-regla», por un lado; y de «normas-principio», del otro¹⁸.

Ahora bien, decimos que es «estructural» porque en los primeros se advierte una estructura constituida específicamente por «mandatos deónticos»; esto es, de todo aquello que te indica: i) que está «prohibido» hacer, ii) que está «permitido» hacer, y iii) que está —uno— «obligado» a hacer. Tal sería el caso, por ejemplo, de la disposición normativa (regla) que señala que la «detención policial de oficio», en el Perú, procede únicamente en casos de flagrante delito¹⁹.

En tanto que, en los segundos se advierte una estructura generalmente constituida por la sola afirmación del derecho. Así, un ejemplo de ello, sería la «norma-principio» que establece que toda persona tiene el derecho fundamental a la vida²⁰. Motivo por el cual, estos últimos —siempre— van a requerir de desarrollo y concretización²¹.

¹⁸ Esta distinción fue inicialmente resaltada por Ronald Dworkin, para quien los sistemas jurídicos, además de estar conformados por «reglas» edificadas sobre la base de su validez y eficacia (y, principalmente aquejadas por el problema de la vaguedad del lenguaje del derecho, así como por la posibilidad abierta de conflictos entre ellas. Lo que, a su vez, daba paso a la existencia de casos no regulados, en los que no siempre se podía ofrecer una única respuesta correcta desde el sistema jurídico); también lo estaba, de un modo esencial, por «principios» (los cuales, a diferencia de los primeros, sí podían llegar a ofrecer una «única respuesta correcta» para los casos en que las primeras no lo hicieran). Para un desarrollo más profundo sobre esta distinción —entre principios y reglas—, véase: Alexy, R. *SISTEMA JURÍDICO, PRINCIPIOS JURÍDICOS Y RAZÓN PRÁCTICA*. (Traducción de Manuel Atienza). Doxa 5 (1988), pp. 139-151. Así también, Atienza, M., y Ruiz Manero, J. *SOBRE PRINCIPIOS Y REGLAS*. Doxa 10 (1991), pp. 101-120.

¹⁹ Así, en el NCPP (2004), artículo 259°.

²⁰ Así, en la Constitución Política del Perú, artículo 1°.

²¹ Esta primera distinción, a la que hemos llamado de estructura o, específicamente de «estructural», sirve sustancialmente, en la línea señalada por Zagrebelsky, para diferenciar la Constitución de la ley. Con lo cual, toda «norma-principio» nos va —y tiene que— reconducir directamente a la Constitución; o, mejor, a un derecho fundamental. En sentido contrario, toda «norma-regla» principalmente nos reconducirá a la ley. Y ello, claro está, sin



Por otro lado, decimos que es «funcional» porque los primeros exigen un cumplimiento bajo la fórmula «todo o nada»; esto es: o se cumplen; o no lo hacen. Y, porque en los segundos la exigencia de cumplimiento (*rectius*, actuación) se corresponde con la medida de sus posibilidades. Es decir, aquí se «optimizan» tanto las posibilidades fácticas, como las jurídicas, para la actuación y, consecuente (de)limitación del contenido de los derechos fundamentales.

En segundo lugar, que la ponderación implique el «principio de proporcionalidad», siguiendo a Alexy (2003), significa que sus tres sub-principios: i) idoneidad, ii) necesidad y iii) proporcionalidad —en sentido estricto—, van a ser deducibles de ella. (pág. 101) Y esto, básicamente porque se precisa de una técnica (o, mejor, de un «procedimiento») que sirva de «límite» a quien va a realizar la ponderación. A la vez que, servirá también para dotar de un importante grado de «racionalidad» a la decisión.

En esa línea, a nivel del ordenamiento jurídico peruano, el Tribunal Constitucional viene señalando que, para una posible determinación (*rectius*, delimitación) del contenido de todos y cada uno de los derechos —fundamentales— expresamente establecidos en la Constitución; se hace necesario optar por el método de la «ponderación», con la utilización de criterios de «razonabilidad» y de «proporcionalidad». De los cuales se derivan los juicios (o, sub-criterios) de adecuación, necesidad y proporcionalidad —en sentido estricto—.

Cabe resaltar aquí que, el Tribunal Constitucional —peruano— generalmente confunde ambos criterios, el de razonabilidad y proporcionalidad. Ello, porque en algunas ocasiones afirmó que es el primer criterio el que incluye los juicios de adecuación, necesidad y

perjuicio de que también pueda hacerlo a una determinada parte de la Constitución. Así, en Zagrebelsky, G. *El derecho dúctil. Ley, derechos, interpretación*. (Traducción de Marina Gazcón) Trotta, Madrid: 1997, p. 109 y ss.

proporcionalidad —en sentido estricto—²²; y, en otras, que es el segundo²³. En nuestro caso, únicamente veremos el principio de proporcionalidad junto a sus tres sub-principios²⁴.

En tal sentido, el primer sub-principio (juicio o, sub-criterio) nos conduce al procedimiento por el cual se pretende identificar que el medio elegido sirva para cumplir con el fin —último— de la «norma-principio» en cuestión (y del ordenamiento jurídico —en general—). Lo que, siguiendo a Castillo-Córdova (2013), exige cumplir con dos cosas: primero, será que efectivamente se identifique al fin, como uno constitucionalmente válido para el ordenamiento jurídico; y, segundo, que el medio sea apto, el adecuado para cumplir con tal fin. (pág. 5) Por tanto, aquí se puede advertir que se trata de una relación «de medio a fin».

Por lo general este sub-principio no reviste mayores problemas. Sin embargo, en el Perú, un ejemplo de «no superación» del mismo, podrá encontrarse en los argumentos de la decisión del Tribunal Constitucional, respecto del caso de la conocida periodista Magaly Medina Vela y la ex-bailarina Mónica Adaro Rueda. En donde esta última se vio afectada en su derecho —fundamental— a la intimidad, debido a la emisión de un reportaje que, abiertamente, la mostraba teniendo relaciones sexuales en un cuarto de hotel.

Así, el Tribunal Constitucional llegó a sostener que el reportaje denominado como «Las Prostivedettes», emitido en el programa de televisión nacional Magaly TV, no mostraba la más mínima consideración, ni por la persona —afectada—, ni por su vida privada. Y, por

²² Así, en la STC N° 6712-2005-HC; f.j. 40 y ss. Y, de igual modo, en la STC N° 0050-2004-AI; N° 0051-2004-AI; N° 0004-2005-AI; N°0007-2005-AI; y N° 0009-2005-AI (Acumulados), f.j. 109 y ss.

²³ Así, en la STC N° 2235-2004-AA, f.j. 6 y ss; en la STC N° 00850-2008-PA, f.j. 21 y ss; y en la STC N° 579-2008-PA, f.j. 24 y ss.

²⁴ Para una distinción entre razonabilidad y proporcionalidad, véase: Gonzáles Álvarez, R. *NEOPROCESALISMO. TEORÍA DEL PROCESO CIVIL EFICAZ*. ARA, Lima: 2013. Así también, Barak, A. *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*. Palestra, Lima: 2017.



tanto, claramente estaba desconociendo el objetivo constitucionalmente previsto en el artículo 1° de la Constitución Política del Perú, que tiene a la persona humana y el más completo respeto de su dignidad, como fin supremo de la sociedad y del Estado²⁵.

En palabras del propio Tribunal:

“(…) ni la democracia se veía favorecida con un reportaje de este tipo y menos aún la dignidad de la persona podría ser argüida como sustento jurídico del mismo. Nada productivo para el Estado democrático y constitucional de derecho se ha de conseguir con el video sobre ‘Las Prostivedettes’, ni con la emisión de imágenes que muestran las partes íntimas de la querellante, máxime si los medios de comunicación social están obligados a colaborar con el Estado en la educación y formación moral y cultural de la nación, tal como lo precisa el artículo 14°, in fine, de la Constitución”.²⁶

De modo que, únicamente cuando el medio elegido resulte siendo manifiestamente contrario (esto es, carente de la aptitud mínima) a los fines constitucionalmente establecidos tanto para la «norma-principio» en concreto, como para el ordenamiento jurídico —en general—; este sub-principio se tendrá por no superado.

El sub-principio de necesidad, por su parte, nos conduce al procedimiento mediante el cual se busca identificar y elegir de entre todos los medios posibles, el que mejor exista —y sirva— para alcanzar el fin (o los fines) previamente establecido(s) como válido(s) para el ordenamiento jurídico. Con lo cual, una vez superado el sub-principio de idoneidad, será necesario descartar la existencia de, por lo menos, algún medio alternativo que haya podido

²⁵ Así, en la STC N° 6712-2005-HC; f.j. 42.

²⁶ *Ibidem.*, f.j. 43 —párrafo segundo—.

servir en igual (o mayor) proporción (del medio inicialmente elegido) a estos fines. Por tanto, aquí se puede ver que se trata de una relación «de medio a medio(s)».

Un ejemplo de «no superación» de este sub-principio se puede encontrar en los argumentos de la decisión del Tribunal Constitucional —peruano—, respecto del caso de la ley destinada a regular la publicidad estatal en medios de comunicación privados (Ley N° 30793); donde se alegó que esta última afectaba directamente al derecho —fundamental— a la información, debido a que, con ella, se estaba pretendiendo impedir que el Estado pudiese contratar con cualquier medio de comunicación privado en —casi— «todos» los supuestos posibles.

De esta forma, el Tribunal Constitucional básicamente argumentó que la ley que regula el gasto de publicidad del Estado Peruano –Ley N° 30793, no era ni el único, ni el estrictamente necesario, para cuidar de los recursos públicos peruanos²⁷. Esto, al advertir la presencia de una diversidad de medios, tales como: i) la posibilidad de «reglamentar la Ley N° 28874» (ley anterior que regulaba la publicidad estatal)²⁸; o, ii) la posibilidad de «desarrollar indicadores que muestren el impacto de la publicidad estatal»²⁹; o, asimismo iii) la posibilidad de introducir «medidas de fiscalización y ciertos límites al financiamiento», por parte de la Contraloría General de la República peruana³⁰. Los que —igualmente— hubiesen podido servir para alcanzar el fin (previamente establecido como válido para el ordenamiento jurídico peruano), en idéntica e, incluso mayor proporción del que inicialmente se eligió.

En palabras del propio Tribunal:

“En virtud de las alternativas anotadas, este Tribunal considera que la normativa impugnada no supera el subcriterio de necesidad. Si bien la prohibición introducida en la

²⁷ Así, en la STC N° 0012-2018-PI y N° 0013-2018-PI (Acumulados); f.j. 126.

²⁸ *Ibidem.*, f.j. 129.

²⁹ *Ibid.*, f.j. 92.

³⁰ *Ibid.*, f.j. 131 y 132.

ley impugnada busca reducir la arbitrariedad en el gasto de publicidad estatal, frente a los malos usos que se puedan dar en este ámbito, lo cierto es que tal objetivo puede alcanzarse mediante las alternativas sugeridas, que no restringen el derecho a la libertad de información”.³¹

De modo que, si el medio inicialmente elegido no resultase ser insuperable, el único y el estrictamente necesario para alcanzar el fin (o los fines) constitucionalmente establecido(s) como válido(s) para el ordenamiento jurídico; deberá quedar proscrito. Y, en consecuencia, se tendrá por no superado este sub-principio.

Finalmente, el sub-principio de proporcionalidad —en sentido estricto— nos conduce al procedimiento por el cual se articulan los dos sub-principios precedentes. Así, siempre que se haya superado con éxito los sub-principios indicados, en este punto se van a tener que evaluar tanto la idoneidad, como la necesidad del medio, a luz de la «ley de la ponderación».

Esta última, a su vez, podrá darse bajo la fórmula «cuanto mayor-tanto mayor», propio de una ponderación entre derechos —fundamentales— que pueden ser restringidos, limitados o, incluso sacrificados³². O, del «más-más», propio de una ponderación —de los contenidos— de derechos fundamentales (e, incluso también de los contenidos de las garantías, de ser el caso) que exigen ser «delimitados» para alcanzar una total y completa actuación.

Sobre este punto (y por el cual mostramos nuestra inclinación), Gonzáles Álvarez (2013) indicó que la ley de la ponderación funcionaría de la forma siguiente: «a más fundamentalidad

³¹ *Ibid.*, f.j. 140.

³² La fórmula completa bajo la cual se expresa la «ley de la ponderación» en este caso, es la siguiente: «Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o afectación de uno de los principios, tanto mayor debe de ser la importancia de la satisfacción del otro». Así, en Alexy, R. *LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD*. Revista Española de Derecho Constitucional (91), p. 15. Del mismo modo, en Alexy R. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Universidad Externado de Colombia. (Traducción de C. Bernal Pulido). Bogotá, 2003., p. 103.



de las propiedades empíricas potencialmente relevantes, más fundamentalidad de las propiedades normativas potencialmente relevantes». (pág. 471) De manera que, entre las propiedades empíricas y normativas potencialmente relevantes habilitadas —*in casu*—, se llegue a encontrar un «equilibrio». (pág. 474)

Así, por ejemplo, proyectada «la ley de la ponderación» bajo la fórmula del «más-más» al caso peruano de la conocida periodista y la ex-bailarina³³; en un primer momento, se configuraría de la forma siguiente: dado que estamos en presencia del derecho —fundamental— a la intimidad, por un lado; y del derecho —fundamental— a la información, del otro; en el caso concreto se puede apreciar como «propiedades empíricas potencialmente relevantes» de este último, tanto la noticia que ponía al descubierto una red de prostitución clandestina, como la filmación y difusión de un video donde, abiertamente, se mostraba el momento exacto en el que la persona involucrada mantenía relaciones sexuales en un cuarto de hotel, como consecuencia del pago de un dinero. Lo cual, a su vez, daba paso (esto es, «habilitaría») a las «propiedades normativas potencialmente relevantes», consistentes en: la prostitución clandestina como acto prohibido a nivel del ordenamiento jurídico —peruano—; y la protección del derecho —fundamental— a la salud.

Por otro lado, del derecho —fundamental— a la intimidad se puede considerar como «propiedades empíricas potencialmente relevantes» —*in casu*—: todos aquellos «datos», «hechos» o, «situaciones» que están estrictamente «reservados» para la persona; y, por lo tanto, son «desconocidos» para la sociedad³⁴. Lo cual, a su vez, daría paso (esto es, «habilitaría») a las «propiedades normativas potencialmente relevantes», consistentes en: la

³³ STC N° 6712-2005-HC.

³⁴ Así, en la STC N° 6712-2005-HC, f.j. 38 —párrafo segundo—.

protección de la vida privada como derecho humano³⁵; el derecho —fundamental— al libre desarrollo de la personalidad³⁶; y el derecho —fundamental— a la inviolabilidad de domicilio³⁷.

Ahora bien, siguiendo a Gonzáles Álvarez (2013), en un segundo momento (el de la ley de la ponderación como «equilibrio» —en sentido estricto—) se procederá a realizar un «esclarecimiento y declaración de los espacios fácticos coherentes con los constitucionales» (pág. 493). Por lo tanto, aquí se tendrá que equilibrar los hechos contenidos en ambos derechos —fundamentales—, con el fin de llegar a mantenerlos proporcionalmente iguales frente a las exigencias —constitucionales— del caso concreto.

Con lo cual, dentro de nuestro ejemplo, tendríamos lo siguiente: si, tanto la noticia sobre la posible existencia de una red de prostitución clandestina, como la filmación y difusión de un video que, abiertamente, mostraba a la persona involucrada manteniendo relaciones sexuales en un cuarto de hotel, previo pago de un dinero, no exceden el ámbito de ejercicio, tutela y garantía de desarrollo y concretización del derecho —fundamental— a informar; y, por lo tanto, permiten alcanzar de forma idónea y —estrictamente— necesaria los beneficios correspondientes a las exigencias constitucionales del caso concreto, constituidos por la prostitución clandestina, como acto prohibido en el ordenamiento jurídico —peruano—, y la protección del derecho —fundamental— a la salud; entonces, serán «declarados» como parte del contenido de este derecho.

Del mismo modo: si, dentro de todos aquellos «actos», «hechos» o, «situaciones» que quedan estrictamente reservados para la persona y desconocidos para la sociedad; se incluye

³⁵ *Ibidem.*, f.j. 37.

³⁶ Conforme al criterio de definición dado por el Tribunal Constitucional en la STC N° 0072-2004-AA. Así, en la STC N° 6712-2005-HC, f.j. 38 —párrafo tercero—.

³⁷ STC N° 6712-2005-HC, f.j. 43.

a la práctica sexual, con independencia de su motivo —o causa—, sin llegar a exceder el ámbito de ejercicio, tutela y garantía de desarrollo y concretización del derecho —fundamental— a la intimidad, directamente vinculado a la vida privada, como derecho humano, y a los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad e, inviolabilidad de domicilio; entonces, será «declarado» como parte del contenido de este derecho³⁸.

En definitiva, una vez equilibradas las propiedades empíricas potencialmente relevantes, con las propiedades normativas potencialmente relevantes, según las exigencias —constitucionales— del caso concreto; en un tercer momento, corresponde dar a conocer el resultado de este «equilibrio habilitador». De manera que, tanto de las propiedades empíricas potencialmente relevantes habilitadas *in casu*, como de las propiedades normativas potencialmente habilitadas —también— *in casu*; se abrirá paso el «contenido delimitado» de uno y otro derecho fundamental.

No obstante, —todo— lo indicado líneas arriba será cierto a condición de que se pueda llegar a entender que los derechos fundamentales no están para ser «restringidos», «limitados» o, incluso «sacrificados»; para favorecer la actuación de otros derechos —igualmente— fundamentales³⁹. Ni mucho menos que, en virtud de los mismos, se reconozca la posibilidad de que «alguien» esté facultado para hacerlo.

Si esto no se entiende así, se estaría desconociendo —y, por ello mismo, contradiciendo— dos de los pilares que forman parte de todo ordenamiento jurídico —constitucionalizado—; a

³⁸ Cabe resaltar aquí que la «declaración» del contenido de un derecho, presupone un contenido declarado *prima facie* anterior a los hechos del caso concreto. Motivo por el cual esta actividad no implica creación alguna. Así, en González Álvarez, R. *NEOPROCESALISMO. TEORÍA DEL PROCESO CIVIL EFICAZ*. ARA, Lima: 2013, p. 496.

³⁹ Esto es así, porque tales derechos tienen como finalidad el limitar el ejercicio del poder; y, a su vez, el llegar a ser efectivos por medio de su tutela, desarrollo y concretización.

saber: el de i) unidad y ii) normatividad —constitucionales—⁴⁰. Pues, en virtud del primero, se establece que el contenido constitucional tendrá que estar determinado en un solo sentido, hacia una única finalidad. Esto es, limitar el poder y garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales.

Y, porque, en virtud del segundo, se establece que los derechos fundamentales deberán de vincular «en todo» al Estado y a sus particulares. Así, en tanto límites al poder del Estado (dimensión negativa), y obligaciones de protección, desarrollo y concretización —de los mismos— (dimensión positiva); los derechos fundamentales exigen —siempre— su total y completa realización.

De manera que, ante la diversidad y complejidad de todas y cada una de las relaciones surgidas de la interacción «Estado-ciudadanos» y «ciudadanos-ciudadanos», se reconoce que van a existir momentos (los que de hecho pasan con mucha frecuencia) en el que dos (o más) derechos fundamentales se «encuentren» en un caso concreto⁴¹; y ambos, con la posibilidad —real— de poder ser actuados plenamente. En cuyo caso, la ponderación deberá servir para «delimitar» el contenido de uno y otro derecho fundamental.

Lo cual, a su vez, traerá como resultado, por un lado, i) la delimitación del contenido de un derecho fundamental en el sentido de indicar que su exigencia de actuación, en el caso concreto, «si es parte» del ámbito de ejercicio, tutela y garantía de concretización del mismo. Y, del otro, ii) la delimitación del contenido del otro derecho fundamental —restante— en el

⁴⁰ En este sentido, Castillo-Córdova, L. *PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD*. (Universidad de Piura, Ed.) REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA, 2013. Así también, Gonzáles Álvarez, R. *NEOPROCESALISMO. TEORÍA DEL PROCESO CIVIL EFICAZ*. ARA, Lima: 2013. Aunque, este último habla de «unidad» y «coherencia» constitucionales.

⁴¹ Por «encuentro», aquí debe entenderse la acepción del término que indica: no un choque, no una contradicción; sino, el simple acto de coincidencia de dos o más cosas (o, mejor, de dos [o más] derechos fundamentales), en un punto específico (el caso concreto).

sentido de indicar que su exigencia de actuación, en el caso concreto, «no es parte» del ámbito de ejercicio, tutela y garantía de concretización del mismo.

O, incluso, momentos en los que el contenido de sus garantías se muestren con bastante intensidad; al punto tal, que los mismos tengan que —y deban— ser ponderados en los casos concretos. Y, cuyo resultado va a seguir un criterio similar al que se mostró arriba.

2.5.1.3. A todo esto: ¿dónde están las garantías?⁴²

En la actualidad, probablemente sea Luigi Ferrajoli el más grande teórico sobre garantías, garantismo y/o garantismo penal —en sentido estricto—. Ello, porque el profesor italiano desarrolla su «teoría garantista» aplicada al derecho penal (como sistema de «derecho penal mínimo») sobre la base de: por un lado, una determinada «concepción (formal) de derechos fundamentales»; y, junto a ellos, la de garantía como aquella expresión que designa una «técnica de tutela» de estos derechos. Y, del otro, de una distinción entre «garantías negativas y positivas»; «garantías primarias y secundarias»; y, asimismo, de «garantías penales sustanciales» y «garantías penales procesales y orgánicas»; todas ellas, dentro un sistema de derecho penal en el que rigen plenamente los criterios de «estricta legalidad» y «estricta jurisdiccionalidad»⁴³.

No obstante, lo que aquí interesa es conocer como esta concepción de garantías aparece conjuntamente con el de derechos fundamentales, bajo la óptica del constitucionalismo actual.

⁴² Subtítulo tomado de: Gonzáles Álvarez, R. *NEOPROCESALISMO. TEORÍA DEL PROCESO CIVIL EFICAZ*. ARA, Lima: 2013, p. 322.

⁴³ Por la naturaleza de este trabajo no es posible realizar un análisis más profundo de esta teoría, en cuanto exige entender una determinada concepción de derechos fundamentales (muy distinta del que se maneja aquí); y de una definición de garantías (—igualmente— algo distinta del que se manejará en este apartado). Sin embargo, para un conocimiento detallado sobre la teoría garantista de Ferrajoli, véase: Ferrajoli, L. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. (Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés). Trotta, Madrid: 1995. Asimismo, Ferrajoli, L. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. (Ed. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello). Trotta, Madrid: 2001. Y, Ferrajoli, L. *El paradigma garantista. Filosofía crítica del derecho penal*. (Ed. de Dario Ippolito y Simone Spina). Trotta, Madrid: 2018.

Y, en consecuencia, (tal y como sucede con estos últimos) como aquellos se convierten en parámetro de actuación legítima del poder del Estado (así como de jueces y demás operadores jurídicos —concretamente—).

De esta forma, siguiendo el criterio descrito líneas arriba, para poder llegar a definir de una manera adecuada lo que se entiende (y debe de ser entendido) por garantía, señaló González Álvarez (2013), se hace necesario partir de una determinada concepción de derechos fundamentales (págs. 322-323). O, mejor, de definir cuál sea el contenido fundamental de estos derechos, así como, de la vinculación que estos ejercen respecto del poder público (Castillo-Córdova, 2002, págs. 6-7).

Para ello, en primer lugar, se tiene que: un derecho será «fundamental», en tanto su —efectivo— ejercicio signifique un límite al poder del Estado (dimensión negativa); y, por cuanto implique —también— una obligación de protección, desarrollo y concretización —de estos derechos— (dimensión positiva)⁴⁴. Con lo cual, en segundo lugar, será este «contenido» el que vincule de manera directa al poder del Estado.

Ciertamente, indicó Castillo-Córdova (2002), la vinculación de la que aquí se habla, exige ser formulada expresamente a nivel constitucional. (pág. 13) No obstante, su tutela, desarrollo y concretización deberá darse en función de las circunstancias de cada caso específico.

Así, en el caso peruano, por ejemplo, esta vinculación se manifiesta, por un lado, en la obligación positiva, establecida a nivel constitucional, de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos⁴⁵ (*rectius*, derechos fundamentales). Y, del otro, en la obligación negativa (igualmente establecida a nivel constitucional) de ejercer el poder dentro de las limitaciones

⁴⁴ Sobre la fundamentalidad de estos derechos, remito al apartado 2.5.1.2.2., de este trabajo.

⁴⁵ Así, en la Constitución Política del Perú, artículo 44°.

y responsabilidades que la Constitución —y la ley— reconoce(n)⁴⁶. Y, en general, en el deber de todos los peruanos de respetar, cumplir y defender su Constitución Política; y el ordenamiento jurídico que de él se desprende⁴⁷.

En tal sentido: i) el Poder Legislativo —peruano— está expresamente vinculado y obligado a velar por el respeto de la Constitución, garantizando que ésta se haga efectiva frente a todos aquellos que pretendan afectarla en su contenido; ii) el Poder Ejecutivo —peruano— está expresamente vinculado y obligado a cumplir (él mismo) con la Constitución, así como, a hacer que los demás la cumplan; y, asimismo, iii) el Poder Judicial —también peruano— está expresamente vinculado y obligado a ejercer su labor —principalmente— con arreglo a la Constitución⁴⁸.

De este modo, por garantía deberá de entenderse a toda expresión material dirigida a la «realización efectiva» de un derecho fundamental; sea desde un obrar negativo y/o positivo. (González Álvarez, 2013, págs. 322-323) Es decir, como aquella expresión constitucionalmente establecida: o, de un obrar negativo, consistente en la abstención de interferir —arbitrariamente— en la esfera de libertad de una persona; o, de un obrar positivo, consistente en la tutela, desarrollo y concretización de derechos fundamentales.

De manera que (y ya para entrar en el terreno que será materia de desarrollo en lo que resta de este trabajo), por ejemplo, como lógica consecuencia de esta vinculación, en el ámbito del derecho penal (que es lugar por excelencia, donde las relaciones «Estado-sociedad» afloran con mayor intensidad), se exige la existencia de un «sistema penal» que permita la limitación del poder —punitivo— del Estado, de un lado; y el logro de una realización efectiva de los

⁴⁶ *Ibidem.*, artículo 45°.

⁴⁷ *Ibid.*, artículo 38°.

⁴⁸ Sobre la fuerza vinculante de la Constitución, remito al apartado 2.5.1.1.2., literal c; de este trabajo.

derechos fundamentales, del otro. Y ello, tal y como indicó Ferrajoli (2018), tanto en la previsión de delitos, como en su averiguación judicial. (pág. 28)

En esa medida, el —actual— sistema penal peruano se configura, si se quiere, como uno «constitucional-garantista», en tanto viene interiorizando —expresamente— los derechos fundamentales recogidos en su Constitución Política, tales como: el derecho fundamental a la «libertad personal», la «presunción de inocencia» o, el de «defensa»; todos ellos como claros límites al ejercicio del poder —punitivo— del Estado. Y, por cuanto, —también— viene desarrollando mecanismos inherentes a la función jurisdiccional, tales como: «legalidad», «lesividad», «jurisdiccionalidad», «ejecutabilidad», «responsabilidad penal» y demás establecidos en la Constitución y los títulos preliminares del Código Penal y Procesal Penal —vigentes—. Y todos ellos, como el contexto que debe permitir la realización efectiva de derechos fundamentales.

Sin embargo, tal y como lo resaltó Gonzáles Álvarez (2013), en este punto es preciso aclarar que no debe confundirse la garantía con el instrumento mismo. (págs. 322-323) Menos aún, que la existencia de una garantía esté sujeto al correcto funcionamiento de aquél. Por el contrario, la garantía existe (recordemos) producto del proceso —mismo— de constitucionalización de un ordenamiento jurídico; apareciendo de esta forma, conjuntamente con los derechos fundamentales, como parámetro de actuación legítima del poder.

Con todo, finalmente se revela que tanto la lectura constitucional de los derechos fundamentales (desarrollada líneas arriba), como la garantista dirigida a la realización efectiva de estos derechos; —ambos— no se oponen entre sí dentro del constitucionalismo actual. Todo lo contrario, —estos— llegan a integrarse «estructuralmente» como parte de un todo

jurídico conocido como «Estado Constitucional de Derecho». (González Álvarez, 2013, pág. 322)

Ello es así, en la medida que, si no se quiere que los derechos fundamentales, tal y como han sido configurados bajo la óptica constitucional de nuestros días, se queden en «meras declaraciones retóricas» sin significado ni valor alguno; los mismos deberán de estar acompañados —necesariamente— de garantías destinadas a asegurar su realización —efectiva— en los casos concretos. Y ambos, como parámetro de actuación legítima del poder.

2.5.2. Ejecución de la sentencia penal y provisionalidad de la ejecución.

2.5.2.1. La ejecución de la sentencia penal.

2.5.2.1.1. Apuntes previos: sobre proceso y proceso penal.

El proceso, indicó Couture (2016), puede ser definido como un «conjunto de relaciones jurídicas» establecidas por la norma de derecho entre los —distintos— sujetos (o, partes procesales) que actúan en ella. (pág. 4) Pero, (continuando con este autor) lo que caracteriza al proceso en sí mismo y, por tanto, diferencia de otros —meros— procedimientos; es su «fin». (pág. 99) Esto es, «resolver un conflicto» entre intereses individuales y sociales (ambos en idéntico plano y relevancia jurídica) sometidos a los órganos de la jurisdicción, por medio de una decisión definitiva.

No obstante, esta noción general de proceso varía un poco cuando se trata del proceso penal; en tanto este último presenta algunas peculiaridades. Esto es así, porque al interior del segundo no basta con la sola idea de resolver un conflicto de intereses por medio de una decisión con carácter jurisdiccional, sino que necesariamente se tendrá que incluir en ella, la idea del «derecho material» (o, mejor, del derecho penal) a aplicar.

De esta forma, podemos definir al «proceso penal» como aquel espacio en el que se desenvuelven relaciones jurídicas establecidas por la norma de derecho entre las diferentes partes procesales que intervienen en ella, con el «fin» de realizar el derecho penal. O, mejor, de aplicar la pena a todo aquel que infringe las normas jurídico-penales reguladoras de delitos.

Así, este proceso irá a reflejar, por un lado, la facultad que le fue conferida al Estado tanto para regular las normas jurídico-penales (*ius poenale*), como para juzgar e imponer una pena a quien las infrinja; pero solo a quien verdaderamente las infrinja (*ius puniendi*). Y, del otro, —naturalmente— un interés legítimo de tutela de la libertad (y de los demás derechos fundamentales en general), como consecuencia del surgimiento de este *ius* (poder) estatal.

Por lo tanto, siguiendo a Roxin (2000), se tiene que el proceso penal debe de estar orientado a cumplir una triple función, esto es: uno «individual», compuesto por límites trazados al *ius puniendi* estatal en favor de la libertad; uno «social», compuesto por el restablecimiento del orden social y jurídico —alterado con la comisión de delitos—; y uno al que podríamos denominar como «material», compuesto por la —idea de— realización del derecho penal —en los casos concretos—. (págs. 1-2)

Ahora bien, el gran problema que surge en este contexto se da cuando el interés individual termina por sucumbir ante el interés social y material; es decir, cuando la protección de la libertad (y de los demás derechos fundamentales que puedan verse afectados) termina siendo aplastada a cambio del restablecimiento del orden social y jurídico afectado con la comisión de un delito, y la consecuente realización penal en el caso concreto.

Sin embargo, lo paradójico en este punto es que, tal y como lo decía Beccaria (2016) ya hace mucho tiempo atrás, esta idea de «orden jurídico-social» representa no más que la suma de un porcentaje de todas las libertades (las mínimas y suficientes) que alguna vez personas



libres entregaron a este gran poder llamado «Estado», para la consecución de un bien común. (pág. 10) Y, por tanto, su completa anulación significa el desconocimiento de ese acuerdo, siendo entendido como «arbitrario», «injusto» e «indebido». (pág. 11)

Un claro ejemplo de este gran problema fueron los denominados «Estados absolutistas», marcados por sus procesos penales (si es que se les puede llamar así) de corte inquisitivo, donde un solo juez era tanto investigador, como determinador de la responsabilidad penal; y, por ende, sancionador de la misma. De manera que su función, más que la de investigar respecto de la existencia del hecho delictivo y, junto a ella, la de determinar la responsabilidad penal; era (en la casi totalidad de casos) la de coincidir con la acusación y sancionar por ello.

Tal es así que, ante la realidad descrita (la cual, por cierto, hasta hace poco se mantenía entre nosotros), se erigen frente a ellos los denominados «Estados —constitucionales— de derecho», marcados —ya también— por las ideas de la ilustración y el pensamiento político liberal. Cuyo resultado fue decisivo para el derecho penal y, con mayor razón, para el proceso penal.

Esto es así, señaló Roxin (2000), en tanto en él se alcanzó: primero, la «independencia de los jueces»; y, con ello, el surgimiento de un órgano total y completamente distinto —de aquellos— para la tarea de investigar y acusar. (pág. 11) Luego, la introducción de «derechos fundamentales» al interior de la —nueva— Constitución, que trajo consigo que la persona sindicada como infractor de la norma jurídico-penal pueda ser tratada como un sujeto más del proceso. (pág. 11) Y, en tercer y último lugar, el «principio general de reserva de ley», que reduce la intervención del Estado (esto es, el *ius estatal*) al mínimo y suficiente con arreglo a ley; y, sobre todo, a la —nueva— Constitución. (pág. 11)

Algo que quisiéramos resaltar aquí es que esto no significa para nada que el proceso penal se reduzca única y exclusivamente a una «ultra tutela» de la libertad (y de los demás derechos fundamentales en general); dejando de lado, con ello, el otro fin que le tocaría alcanzar al proceso.

Por el contrario, todo ello significa que el proceso penal debe permitir «armonizar» tanto la «necesidad de intervenir enérgicamente» frente al posible autor —del delito—, como la de «proceder moderadamente» frente a quién quizá es inocente. (Roxin, 2000, págs. 3-4) O, mejor, frente a quién —de hecho— es inocente hasta que se prueba lo contrario.

Es en este sentido que el proceso penal se muestra como una auténtica «garantía»; es decir, como el contexto que debe permitir la realización efectiva de los derechos fundamentales, por un lado; y la averiguación, juzgamiento y aplicación de la pena por medio de una decisión definitiva, del otro.

En tal sentido, afirmó García Caveró (2009), que el ordenamiento jurídico penal peruano, bajo los alcances del NCPP (2004), actualmente cuenta con un modelo de proceso penal de tipo «acusatorio-adversativo-garantista». (pág. 22) El cual podría ser descrito de la manera siguiente: en primer lugar, se denomina «acusatorio» por cuanto el proceso penal —peruano— no gira en torno a un solo juez que apertura, instruye y, a la vez, condena (tal y como funcionaba en los modelos procesales de corte inquisitivo); sino, está enmarcado en torno a un «fiscal» quien se va a encargar de reunir toda la información suficiente y la estrictamente necesaria para —en primer término— formular la acusación y —luego— sustentar la misma⁴⁹. (pág. 23)

⁴⁹ Aquí es preciso resaltar que la función del «titular de la acción penal» no se reduce ni única, ni exclusivamente a la tarea de acusar en todos los casos. Puesto que, conforme se desprende del artículo 61° del NCPP (2004), su labor también consiste en indagar «todas las circunstancias» y recabar «todas las pruebas»; y no solo las que sirvan para

En segundo lugar, viene a ser «adversarial» en tanto el proceso penal —peruano— demanda una participación activa de los sujetos procesales que intervienen en él. (García Cavero, 2009, pág. 29) Esto es: i) fiscal, en su rol de investigador (y, de ser el caso, acusador); ii) imputado (inocente hasta que se demuestre lo contrario), siendo parte de todas y cada una de las actuaciones procesales realizadas dentro del proceso; y iii) juez, imparcial en las diferentes etapas del proceso, tanto para velar por el pleno respeto de los derechos fundamentales del imputado, así como para juzgar e imponer la pena —solo— a quien verdaderamente infringió la norma jurídico-penal en el caso concreto. (págs. 29-30)

En tercer y último lugar, vendrá a ser «garantista» (aunque a nivel de nuestro ordenamiento jurídico penal todavía se opte por negarlo⁵⁰) debido a la incorporación expresa de derechos fundamentales —sobre todo en la parte que concierne al Título Preliminar del Código Penal y el NCPP (2004)— como parámetros de legitimación de toda la actuación procesal penal. (García Cavero, 2009, pág. 25) Todos ellos como claros límites al poder punitivo del Estado; y, a su vez, como orientadores de todo el proceso penal.

Finalmente, este proceso (tal y como sucede en el civil o, en el laboral) se estructura en dos grandes momentos: i) el de «conocimiento», en el cual se va a averiguar acerca de la existencia

acusar. Es decir, también está en el deber de incluir todas aquellas pruebas que sirvan para atenuar o, incluso eximir de la responsabilidad penal al imputado; esto último, en función de la llamada «independencia de criterio fiscal».

⁵⁰ Esto es así, porque se ha venido (y se viene) afirmando que los «modelos de proceso garantistas» estarían orientados únicamente para el inocente; afectando con ello la eficacia misma del sistema. O, lo que es lo mismo, «proceso garantista igual a impunidad». Sin embargo, sobre este punto ha dicho acertadamente el profesor García Cavero, que una posición como esa solamente se sostiene en una sociedad que se ve a sí misma única y exclusivamente como «potencial víctima»; y no como «potencial procesado». Lo cual, a su vez, exige entender muy bien lo siguiente: «eficacia del sistema» significa juzgar y sancionar con la pena a los verdaderos responsables; solo a ellos y nadie más. Por lo tanto, un «modelo de proceso garantista» a lo más que aspira, es a encontrar un «equilibrio» entre uno y otro; entre «eficacia del sistema» y la «realización efectiva de derechos». Así, en García Cavero, P. *CONSECUENCIAS POLÍTICO-CRIMINALES DE LA IMPLEMENTACIÓN DEL NUEVO SISTEMA PROCESAL PENAL*. En: Kai Ambos; Percy García Cavero; Luis Miguel Reyna Alfaro; Alfonso Zambrano Pasquel; Roger E. Zavaleta Rodríguez; José Ávila Herrera; Raúl Valdez Roca; Enrique Vélez Rodríguez; Pizarro Guerrero, Miguel. *EL DERECHO PROCESAL PENAL FRENTE A LOS RETOS DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL*. ARA, Lima, 2009. p. 25.