

304 pp
antes 344

REVISTA
QUAESTIO IURIS
N° 3



Universidad Nacional
de Cajamarca

QUAESTIO IURIS

REVISTA DE LA
FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS POLÍTICAS

Director:

Jorge Luis Salazar Soplapuco

Comité Editorial:

Cintha Rudas Murga
Julio Villanueva Pastor
Luis Angel Rojas Torres

AÑO III - Nº 3-2014



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

Dr. Angelmiro Montoya Mestanza

Rector

Dr. Ángel Dávila Rojas

Vicerrector Académico

Dr. Juan Chávez Rabanal

Vicerrector de Investigación y Responsabilidad Social

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

Mg. Abg. Jorge Luis Salazar Soplapuco

Decano

Mg. Abg. Julio Alejandro Villanueva Pasto

Director de la Escuela Académico Profesional de Derecho

Mg. Pedro Cerdán Urbina

Director del Departamento Académico

Mg. Abg. Sandra Manrique Urteaga

Directora de Unidad de Posgrado Derecho

Mg. Abg. Cinthya Rudas Murga

Directora del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Políticas

Abg. Juan Carlos Miranda Rodríguez

Secretario Académico

DOCENTES PRINCIPALES

Castillo Román, José
Cerdán Urbina, Pedro
Nacarino Carrión, Julio

Salazar Soplapuco, Jorge Luis
Villanueva Pastor, Julio Alejandro

© 2014, Revista QUAESTIO IURIS • N° 3

© 2014, Universidad Nacional de Cajamarca

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Av. Atahualpa N° 1050 - Ciudad Universitaria - Cajamarca

Edificio 4f-102

Telefax: 076 -369293

Correo electrónico: jorgeluisalazar@hotmail.com

© 2014, Editora y Librería Jurídica Grijley EIRL

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

Tiraje 1,000 ejemplares

Diseño y diagramación e impresión:

Editora y Librería Jurídica Grijley EIRL

Dirección: Jr. Azángaro 1075 - Of. 207 - Lima

T: (51-1) 337-5252

www.grijley.com

Cajamarca - Perú

DOCENTES ASOCIADOS

Castillo Montoya, Nixon
Grández Odiaga, José
Manrique Urteaga, Sandra
Miranda Rodríguez, Juan Carlos

Nue Sessarego, Ivy
Tantaleán Odar, Reynaldo
Vásquez Chuquilín, Mirtha

DOCENTES AUXILIARES

Araujo Vera, José
Álvarez Alvarado, Segundo Absalón

DOCENTES CONTRATADOS

Bravo Chavarry, Erick
Bardales Briones, Babani
Castañeda Sánchez, Magaly
Chávez Rosero, Fernando
Díaz Sánchez, Juan Carlos
Dávila Elguera, Dael
Gutiérrez Roque, Walter
Gallardo Bardales, David
Lobatón Carbajal, André
Medina, María Anita
Mejía Saucedo, Crhistian
Pimentel Tello, María
Quispe Sánchez, Neptali

Rojas Montoya, Nakin
Rudas Murga, Cinthya
Rubio Barboza, Eduar
Ruiz Bazán, Edgar
Tello Villanueva, Juan Carlos
Terán Bazán, Teresa
Torres Rojas, Luis Ángel
Sarmiento Chávez, Wilhelm
Salazar Chávez, Homero
Valdivia Díaz, Franklin
Ventura Chilón, Víctor
Vélez Aliaga, Andy

PERSONAL ADMINISTRATIVO

Melgar Alva, Maruja
Secretaria de Facultad

Isabel Arias Silva
Secretaria de Notas y Registros

Carmela Ramirez Herrera
Secretaria de Escuela Académica Profesional

SERVICIOS DE BIBLIOTECA

Lic. Kathya Mantilla Moreno

PERSONAL DE MANTENIMIENTO

Moya Linares, Julio

Índice

| | |
|---|----|
| Presentación | 13 |
| Derecho Constitucional y Procesal Constitucional | |
| De la Constitución nacional a la Constitución convencionalizada NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS | 17 |
| ¿Cómo promover el sentimiento constitucional peruano? LUIS ÁNGEL ROJAS TORRES..... | 25 |
| Hacia el contenido esencial del derecho fundamental de la cultura en el Perú ANDY JONATHAN VÉLEZ ALIAGA | 33 |
| Problemática de la enseñanza del Derecho Constitucional HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ..... | 61 |
| La seguridad jurídica y su afectación por parte del Tribunal Constitucional en casos de improcedencia de la demanda en proceso de amparo TERESA YSABEL TERÁN RAMÍREZ | 67 |

Enfoque constitucional de los derechos potencialmente lesionados en casos de accidentes de trabajo y su vinculación con la responsabilidad indemnizatoria
 NIXON JAVIER CASTILLO MONTOYA..... 79

El médico serumista: una perspectiva del derecho humano a la salud urbano-marginal
 CHRISTIAN P. SÁNCHEZ PÉREZ..... 107

¿Fin de la autonomía universitaria?
 JORGE LUIS SALAZAR SOPLAPUCO..... 115

Derecho Civil y Procesal Civil

¿Paternalismo o perfeccionismo?
 Respecto de lo resuelto en la Sentencia del Tabaco
 JOSÉ LUIS LÓPEZ NÚÑEZ..... 135

Interpretación testamentaria una propuesta metodológica de íter hermenéutico sucesoral
 REYNALDO MARIO TANTALEÁN ODAR..... 153

Los derechos inmobiliarios en el ordenamiento jurídico peruano
 JAVIER AUGUSTO CARRASCO CHUGNAS..... 187

El mundo del acto jurídico y del negocio jurídico
 EDWIN LLANOS MALCA / MANUEL SÁNCHEZ ZORRILLA..... 203

Amparo familiar: tránsito entre la colocación y el acogimiento familiar
 MARÍA ISABEL PIMENTEL TELLO..... 217

Derecho Penal y Procesal Penal

¿El juez de la investigación preparatoria debe convocar a la audiencia de prisión preventiva dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al requerimiento del Ministerio Público aunque el investigado no esté detenido?
 LUIS MARTÍN LINGÁN CABRERA 237

Consumación del delito de incumplimiento de obligación alimentaria con base en su naturaleza jurídica y especial forma de configuración
 JUAN CARLOS TELLO VILLANUEVA..... 245

Derecho Tributario

La declaración jurada en el impuesto predial
 LUIS CÉSPEDES PAISIG..... 279

Derecho Penal y Procesal Penal

Consumación del delito de incumplimiento de obligación alimentaria con base en su naturaleza jurídica y especial forma de configuración
 JUAN CARLOS TELLO VILLANUEVA..... 237

ESTA INFORMACIÓN SI ESTA

en la nueva información que nos han enviado figura esto en el índice, mas no en el cuerpo del texto

Presentación

Luego de más de una década, la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, República del Perú, publica una nueva edición de su Revista oficial *Quaestio Iuris*, y lo hace con un claro propósito autocrítico ante su silencio de estos años. Esta autocrítica tiene una razón con fundamento ético para proceder al cambio de aptitud de la institución, pues la seriedad y compromiso con el ser universitario, es justamente la investigación, la publicación y el debate de ideas o propuestas en la materia en donde las Facultades se desenvuelven. No publicar significa no existir como universidad, y menos como sujetos pensantes.

El grado de seriedad en la formación universitaria se mide cuando sus componentes básicos, docentes y estudiantes, investigan y debaten sus ideas y propuestas. La universidad ágrafa expresa una grave mediocridad en la naturaleza misma de su función: la formación integral de las personas. En ese sentido y como compromiso público: renovamos nuestra responsabilidad de publicar periódicamente esta revista oficial.

En esta edición publicamos varios artículos y ensayos que se refieren a asuntos desde la matriz constitucional del ordenamiento jurídico, al derecho laboral, penal, civil, tributario, comercial y procedimental. Este material ha sido un esfuerzo de docentes de la Facultad, a los cuales le expresamos nuestro reconocimiento por el desafío asumido, pero también, en este número publicamos dos trascendentales ponencias de juristas que participaron en la Tercera Semana de Derecho Constitucional que nuestra Facultad, la Asociación Ipso Iure y la Escuela de Posgrado, organizamos durante el mes de junio del dos mil catorce.

Antes de terminar, quiero agradecer la colaboración de las personas que participaron en la selección, corrección y cuidado de esta edición, especialmente a los profesores Luis Ángel Torres Rojas y Andy Vélez Aliaga, asimismo al equipo que lidera la gestión de nuestra Facultad: el Mg. Julio Villanueva Pastor, Director de la Escuela Académico Profesional de Derecho, Mg. Pedro Cerdán Urbina, Director del Departamento Académico de Derecho, la Mg. Sandra Manrique Urteaga, Directora de la Unidad de Posgrado de Derecho y la Mg. Cinthya Rudas Murga Directora del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Políticas.

Cajamarca, Perú, setiembre de 2016

Mg. Abg. Jorge Luis Salazar Soplapuco
Decano

Derecho Constitucional y Procesal Constitucional



De la Constitución nacional a la Constitución convencionalizada

NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS (*)

SUMARIO: I. Introducción. II. ¿Qué propone la doctrina del control de convencionalidad? III. Control positivo o constructivo de convencionalidad. IV. La Constitución Peruana y el principio de convencionalidad.

Nota de edición: El presente artículo es la transcripción de la ponencia que el distinguido maestro y jurista argentino, Dr. Néstor Pedro Sagüés, desarrolló en la Tercera Semana de Derecho Constitucional,

(*) Abogado. Doctor en Derecho por la Universidad de Madrid, Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales y Abogado por la UNL: Profesor titular Emérito, UBA. Profesor investigador y Director del Diplomado en Derecho Procesal Constitucional (UCA, sede Rosario). Presidente Honorario del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional y de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Presidente del Centro Argentino de Derecho Procesal Constitucional. Cuenta con once doctorados honoris causa y es profesor honorario de diversas universidades iberoamericanas. Autor de Teoría de la Constitución, Elementos de Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional, La interpretación judicial de la Constitución, El tercer poder, Las escuelas judiciales, entre otros libros. Fue Magistrado Judicial y obtuvo numerosos premios jurídicos. Condecorado con la Medalla de Honor del Tribunal Constitucional del Perú. Miembro de las Academias Nacionales de Ciencias Morales y Políticas, de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y de Córdoba, de la Academia Interamericana de Derecho Internacional y Comparado y de la Academia de Derecho del Perú. Es Ciudadano Distinguido por la Cámara de Diputados de la Provincia de Santa Fe, y ciudadano destacado por la Municipalidad de Rosario. Doctor Honoris Causa por la Universidad Nacional de Cajamarca, Perú.

realizada durante los días 9 al 14 de junio de 2014, organizada por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNC, la asociación Ipso Iure y la Escuela de Postgrado. Hemos agregado los subtítulos para facilitar la lectura y el análisis de tan trascendente ponencia.

I. Introducción

Esta disertación va a tener un mérito muy especial. Es la última, por lo tanto, merece este trance al final de este encuentro. El tema que me convoca prosigue en lo desarrollado en algunas exposiciones, especialmente en la última. El título completo sería de la Constitución nacional a la Constitución convencionalizada. El título es provocativo, es confrontativo, propone una nueva visualización de la Constitución, propone detenernos en el pase, en el tránsito de la Constitución nacional a la Constitución convencionalizada. Y ¿qué significa la Constitución convencionalizada?, pues es la Constitución nacional depurada, por un lado; y complementada, por el otro, con las actuales convenciones internacionales en materia de derechos humanos, lo que implica una Constitución corregida, una Constitución en algunos casos ampliada y una Constitución en algunos casos acortada al compás del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y en particular en nuestro caso, Perú, Argentina, México, con una Constitución conformada por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es una Constitución, digamos adaptada a la doctrina del control de la convencionalidad, tesis que, voy a reconocerlo, nos va a ser masivamente acertada y no tiene motivo de ser seguida obligadamente por ustedes. Desde luego ustedes pueden coincidir con esta propuesta o pueden diferir totalmente con ella.

II. ¿Qué propone la doctrina del control de convencionalidad?

La doctrina del control de convencionalidad propone dos controles distintos, que es oportuno que ustedes, sobre todo los estudiantes, los diferencien con cuidado. La doctrina del control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, apareció cumpliendo primeramente un test, una función represiva, una función, si ustedes prefieren, destructiva. A través del caso Almonacid

Arellano en el año 2006, la Corte Interamericana encomendó a los jueces nacionales una función de inaplicación, de ineffectivización, de inejecución del derecho interno opuesto a las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos y opuesto a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Fíjense ustedes que esa encomienda, ese deber para los jueces nacionales, se hizo por la Corte Interamericana sin consultar a los Estados miembros. La Corte Interamericana lo hizo basándose en dos o tres principios internacionales en materia de Derechos Humanos, como el principio *pacta sunt servanda*, los pactos deben de ser cumplidos; el *principio de la buena fide*, de buena fe, los Estados deben cumplir lealmente con sus compromisos internacionales; y además, con el *principio del efecto útil*, según el cual los Estados deben adoptar las reglas de derecho interno necesarias para efectivizar los compromisos internacionales que han firmado. Sin embargo, si ustedes leen el Pacto de San José de Costa Rica, se van a encontrar que no hay ninguna norma que diga que los Estados deben cumplir con las sentencias de la Corte Interamericana emitidas en casos diferentes en los que el Estado nacional no es parte. Dicho de otro modo, el Pacto de San José dice sí que Perú debe cumplir con las resoluciones, con las sentencias de la Corte Interamericana en los casos en donde Perú haya sido condenado, pero no dice que Perú deba cumplir con las directrices jurisprudenciales dictadas por la Corte Interamericana en un pleito en donde haya sido parte con Argentina, Brasil o Chile, por ejemplo. Tales obligaciones son para Perú, insisto en los procesos en donde haya sido parte, no en los procesos en donde Perú no ha intervenido.

Esta obligación de los jueces nacionales de inaplicar las normas internas opuestas incluso a sentencias o fallos de la Corte Interamericana en donde el Estado nacional no haya sido parte, ha constituido una verdadera interpretación mutativa por ampliación o por adición al texto del Pacto de San José de Costa Rica, es decir, la Corte Interamericana como intérprete final del Pacto de San José, ha entendido que los Estados están sometidos a una obligación originalmente no incluida en el Pacto de San José de Costa Rica. Ustedes dirán, pero es una transgresión jurídica, bueno, es una transgresión jurídica, pero que ocurre en las mejores familias. Por ejemplo, la Corte Suprema de los Estados Unidos inventó el control judicial de constitucionalidad que no figura en el texto de la Constitución norteamericana. La misma Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso

Hard versus Cooper, allá por los años de 1950, afirmó también que sus sentencias honestamente eran la ley suprema de la Tierra y que los jueces norteamericanos debían seguir la doctrina establecida por la Corte Suprema de los Estados Unidos de cualquier expediente en donde la Corte definiera un tema constitucional, tampoco esa figura fue establecida en la Constitución estadounidense. Aquí tenemos una muestra de interpretación mutativa por adición. La interpretación mutativa por adición agrega al contenido de una norma, algo que el texto de esa norma no dice, y es un fenómeno, un episodio bastante frecuente en el curso del Derecho Comparado. Lo cierto es que nuestra Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir del caso Almonacid Arellano, y sobre todo a partir del caso Trabajadores cesados del Congreso contra Perú, ha obligado a todos los Estados de la región a no aplicar las normas de derecho interno, aun las normas constitucionales, opuestas al Pacto de San José y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y eso lo ha refrendado, lo ha subrayado en alrededor de veinte o más sentencias. Consecuentemente, el control de convencionalidad obliga a los jueces peruanos, como a los argentinos o a los mexicanos o chilenos, a no aplicar las reglas internas, aun las constitucionales, como digo, opuestas al Pacto de San José y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por lo tanto, una Constitución convencionalizada debería ser una Constitución purgada, una Constitución depurada de aquellas reglas propias de esa Constitución que colisionen con el Pacto de San José de Costa Rica o con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Vamos a dar luego algunos casos referidos puntualmente a la Constitución del Perú en los temas que estamos desarrollando.

III. Control positivo o constructivo de convencionalidad

En el año 2009, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sentó otro principio tanto o más importante que el control destructivo o depresivo de convencionalidad, sentó el principio que podríamos llamar constructivo o positivo de convencionalidad, y ¿qué nos dice en el caso Radilla Pacheco contra México de ese año? Ahí, en ese caso, la Corte Interamericana explica: Los jueces nacionales, incluyendo los jueces del tribunal constitucional nacional, deben hacer funcionar todo el derecho interno, aun

el constitucional, en consonancia con el Pacto de San José de Costa Rica también llamado Convención Americana sobre Derechos Humanos, y con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Aquí, en la etapa del cordón constructivo o positivo de convencionalidad, no se trata de inaplicar, no se trata de destruir norma nacional alguna; por el contrario, consiste en formular y hacer funcionar todas las normas internas en consonancia, de conformidad con el Pacto de San José especialmente, y con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Ahora bien, ¿en qué se traduce prácticamente, concretamente, ese control positivo o constructivo de convencionalidad?, ¿cómo se efectiviza?, ¿cómo se ejecuta?, ¿cómo se instrumenta?, ¿cómo se aplica? Esta tarea del control constructivo o positivo de convencionalidad, es una tarea muy compleja y muy trabajosa para los jueces nacionales, la mayoría de los cuales no han asumido realmente todos los efectos y todas las consecuencias de este control positivo constructivo de convencionalidad. Vamos a dar un cuadro teórico de control positivo constructivo de convencionalidad, y después, como dije, aterrizaremos puntualmente en la Constitución del Perú.

En principio, el control positivo o constructivo de convencionalidad obliga a realizar a los jueces nacionales, un proceso de selección de interpretaciones del derecho interno, incluyendo el constitucional, ¿qué quiere decir esto?, que si una norma nacional constitucional o subconstitucional, o sea, emergente de un decreto, de una ley, de una resolución cualquiera, se presta a dos o más interpretaciones, y si de esta pluralidad de interpretaciones algunas coinciden con el Pacto de San José y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y otras, en cambio, colisionan o se oponen al Pacto de San José y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, entonces el juez nacional lo que tiene que hacer es usar las interpretaciones del derecho interno conforme con el Pacto de San José y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y debe al mismo tiempo, desechar, o sea, tirar al tacho de basura constitucional, aquellas interpretaciones de la Constitución o de las leyes peruanas, por ejemplo, que colisionen con el Pacto de San José y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ese es el primer trabajo que debe realizar el juez nacional en el ámbito del control constructivo o positivo de convencionalidad, pero no termina ahí la historia, no termina

ahí el trabajo, no termina ahí el esfuerzo del juez nacional, debe de hacer algo más, no solamente realizar un proceso de selección de interpretaciones, también tiene que ser necesario realizar un proceso de construcción de interpretaciones, y ¿qué es eso de la construcción de interpretaciones? Para eso nos viene a mano la doctrina de las interpretaciones mutativas a la que ya hicimos referencia o también llamada doctrina de las sentencias atípicas en el derecho constitucional y en derecho subconstitucional. ¿Qué significa esto?, que el juez para hacer coincidir el derecho interno con el Pacto de San José y con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos va, en determinadas circunstancias, a tener que agregarle algo al contenido de una norma o va a tener que restarle algo a través de una interpretación mutativa siempre con el objeto de amalgamar, siempre con el objeto de compatibilizar el derecho interno con el Pacto de San José y con la jurisprudencia de la Corte Interamericana. En el caso por ejemplo que una norma nacional sea insuficiente, no opuesta al Pacto de San José y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, pero insuficiente, el juez tendrá que agregarle algo por vía de una interpretación mutativa por adición o por sumatoria, y si la norma nacional incluye algo que excede, que sobrepasa, que perturba al Pacto de San José o a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el juez nacional tendrá que restarle algo a esa norma interna constitucional o infraconstitucional por ejemplo, legal, para hacerla coincidir con el Pacto de San José y con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esto nos lleva a un trabajo, como ustedes ven, de reciclaje, de repensamiento, de refuncionamiento del derecho interno con el Pacto de San José y con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y como lo mencionado puede ser muy teórico, ahora vamos a entrar al ámbito de las aplicaciones prácticas, tomando el caso de la actual Constitución del Perú, es decir, del texto de 1993.

IV. La Constitución Peruana y el principio de convencionalidad

Dijimos que la tarea de convencionalizar una Constitución tiene una etapa destructiva por inaplicación de normas internas constitucionales, y una etapa constructiva. Vamos a la etapa de la inaplicación de normas constitucionales nacionales con base en el control destructivo o represivo de convencionalidad a la que hacíamos referencia. Tomemos, por ejemplo, el

caso del artículo 2º de la Constitución del Perú con relación a la cláusula “f”, que indica que el detenido, por una autoridad policial que fuere, debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente dentro de las 24 horas o en el término de la distancia. Obviamente lo mencionado coincide con el Pacto de San José de Costa Rica en cuanto a las obligaciones de la autoridad administrativa o policial que detiene para poner a esa persona, privada de su libertad, a disposición del juzgado correspondiente. Aquí no hay problema, aquí hay coincidencia, aquí no se trata de inaplicar ni se trata de realizar interpretaciones mutativas por adición o por sustracción, pero el segundo párrafo de esta cláusula constitucional peruana añade, estos plazos no se aplican a los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas. En tales casos, las autoridades policiales pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados por un término no mayor de 15 días naturales. La palabra está aludiendo aquí en la Constitución, a un plazo de 15 días donde el detenido puede estar en una especie de, yo diría, tipo de los justos y no de los injustos, en donde no está automáticamente a disposición de un magistrado en los términos que requiere el Pacto de San José de Costa Rica. Bueno, esta norma constitucional resulta inaplicable en los términos del Pacto de San José y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, como también por ejemplo en la norma constitucional peruana que admite en ciertos casos, y esto ya se subrayó el día de ayer, la aplicación de la pena de muerte en contradicción a ciertos dispositivos del Pacto de San José de Costa Rica que impiden aplicar la pena capital respecto de delitos que no estuvieren sancionados con esa punición antes de que el país hubiera firmado el Pacto de San José.

Bueno, vamos a entrar ahora, en casos de selección de interpretaciones de la Constitución Peruana para hacerla coincidir con el Pacto de San José de Costa Rica. Vamos a tomar el ejemplo del artículo 200º, segunda parte, cuando alude a la Acción de Amparo, programada según la Constitución para los casos en que se vulneraren derechos reconocidos por la misma. Esta norma permite estas interrogantes interpretativas: ¿Solamente tutela derechos emergentes de la Constitución?, ¿qué pasa con derechos emergentes de tratados internacionales de Derechos Humanos?, ¿qué pasa con derechos emergentes de la ley? El texto presenta una duda interpretativa, si seguimos una interpretación literal limitativa diría, bueno solamente está el

amparo peruano para proteger derechos constitucionales, no está para proteger derechos emergentes de la ley o emergentes de un tratado internacional. Sin embargo, el Pacto de San José de Costa Rica programa el amparo en el artículo 25 para tutelar derechos emergentes del Pacto de San José, de la Constitución y de la ley, es decir, el amparo interamericano en el artículo 25 del artículo de San José comparado con el amparo peruano en el artículo 200 de la Constitución, es más amplio, consecuentemente el operador nacional, el juez nacional, cuando interpreta el artículo 200, inciso 2, de la Constitución Peruana, tendrá que entenderlo, tendrá que aclarar las dudas interpretativas en torno al ámbito de cobertura del amparo peruano de acuerdo a la Constitución, en un sentido, digamos así más amplio que el que emergería de una mera interpretación literal, disipar la duda del ámbito de cobertura del amparo peruano, entendiéndolo también comprensivo de la tutela de los derechos emergentes de la Constitución, pero también de los tratados internacionales en particular de los Derechos Humanos, y también de los derechos emergentes de la ley. Gracias.

¿Cómo promover el sentimiento constitucional peruano?

LUIS ÁNGEL ROJAS TORRES (*)

“... Cuando el vínculo moral que une a los ciudadanos con las instituciones que diseña la Constitución apenas existe o es muy débil, entonces tendremos Constitución pero no estaremos en ella. Cuando no se cumplen los contenidos del Estado Social y Democrático de Derecho entonces la Constitución es una (simple) boja de papel...”.

Pablo Lucas Verdú ⁽¹⁾

SUMARIO: I. Introducción. II. Impulsando la configuración normativa del sentimiento constitucional. III. Fomentando la anhelada educación consecuente y el simbolismo nacional. IV. Exigiendo la actuación eficaz de las instituciones públicas: disminuyendo el recelo popular y consolidando el sentimiento constitucional peruano. V. Conclusiones. VI. Lista de referencias.

I. Introducción

La pregunta que engloba el modesto título del presente artículo académico, muestra a cabalidad y, sin duda alguna, la imperiosa y estricta ne-

(*) Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca.

(1) Frase tomada de su artículo: “¿Crisis del Concepto de Constitución? La Constitución Española entre la Norma y la Realidad”, pp. 442 y 443.

cesidad que subyace desde hace mucho tiempo en nuestro sistema jurídico peruano. Necesidad que consiste en repotenciar el desarrollo, análisis y aplicación normativa de la denominada doctrina del sentimiento constitucional, que es desde hace unas cuantas décadas atrás, quizá una de las vertientes más importantes del neoconstitucionalismo. Es por ello que las políticas de gobierno de los sistemas jurídicos europeos y norteamericanos que han logrado incluir la aplicación concreta y eficaz de los modelos de cohesión constitucional dentro de sus estructuras organizativas más importantes, han podido obtener efectivamente en los últimos años, grandes y significativos avances en relación al tema. Desde tal óptica, la idea de fortalecer y/o promover el sentimiento constitucional deja de ser un apasionante tema doctrinal, para convertirse evidentemente en parte integrante y a la vez fáctica del llamado modelo evolucionista de Estado. Así, en nuestro país en donde lamentablemente los niveles históricos de inestabilidad constitucional son alarmantes, hay que rescatar urgentemente la necesidad antes descrita para poder impulsar su verdadera satisfacción social mediante la configuración normativa del sentimiento constitucional, también mediante el fomento de la educación consecuente y el simbolismo nacional que nos permita exigir la actuación eficaz de las instituciones públicas, y en esa línea de pensamiento, disminuir el recelo popular con el objetivo prioritario de consolidar el sentimiento constitucional peruano.

II. Impulsando la configuración normativa del sentimiento constitucional⁽²⁾

Estimados lectores, iniciaremos el presente ensayo recordando un acontecimiento jurídico que no tuvo precedentes en nuestra legislación constitucional, me refiero sin duda alguna, al establecido por los autores de la Carta de 1979,

⁽²⁾ LOEWENSTEIN, Karl en su famosa Teoría de la Constitución define al Sentimiento Constitucional como "... Aquella conciencia de la comunidad que, trascendiendo a todos los antagonismos y tensiones politicopartidarias, economicosociales, religiosos o de otro tipo, integra a detentadores y destinatarios del poder en el marco de un orden comunitario obligatorio, justamente la constitución, sometiendo el proceso político a los intereses de la comunidad". Por su parte, y en esa misma línea de ideas, el marqués Jean Antoine Condorcet (1743-1794), en su más importante obra denominada *Bosquejo de un cuadro histórico de los progresos del espíritu humano* de 1795, argumentaba que "... jamás gozará un pueblo de segura y permanente libertad, si no se liga con el necesario sentimiento a su constitución y sus leyes...".

quienes por primera vez lograron *incentivar normativamente el llamado sentimiento constitucional peruano* por medio del Art. 22 del referido texto fundamental, al disponer acertadamente que: "... *La enseñanza sistemática de la Constitución y de los derechos humanos es obligatoria en los centros de educación civiles y militares y en todos los niveles*"⁽³⁾. Tesoro normativo, que fue desarrollado mediante el Art. 44º de la Ley N° 23506, al señalarse que: "*A fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por el art. 22 de la Constitución de 1979, se establece lo siguiente:*

- a) *El Ministerio de Educación, en coordinación con las universidades, establecerán en todos los niveles y modalidades, cursos dedicados a la enseñanza de la Constitución;*
- b) *Los Ministerios de Guerra, de Marina y Aeronáutica y del Interior, dispondrán que los centros de enseñanza de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales, en todos los niveles, cumplan con el citado mandato constitucional;*
- c) *El Ministerio de Justicia queda encargado de la labor de publicación, difusión y auspicio de la Constitución Política del Perú y textos básicos conexos (...)*⁽⁴⁾.

Por su parte, y sobre la base de lo que anunciaba el prodigioso Art. 22º de la Constitución ya derogada, se promulgaron las siguientes leyes que lamentablemente han quedado en un nivel declarativo, siendo urgente su pronta y adecuada repotenciación:

- Ley N° 23661, que dedicó el 12 de julio de cada año, como el "*Día de la Constitución Política del Perú*"⁽⁵⁾; y la
- Ley N° 24669, que ordenaba al Jurado Nacional de Elecciones, entregar a cada ciudadano con la emisión de su Libreta Electoral, un ejemplar de la Constitución Política⁽⁶⁾.

A su turno, el vigente Código político de 1993, afortunadamente ha seguido el instaurado ejemplo de *impulsar normativamente el sentimiento constitucional peruano*, y lo hizo por medio de su Art. 14º en donde a la letra ha

⁽³⁾ RUIZ ELDRIDGE, Alberto, *La Constitución Comentada 1979*, Art. 307, pp. 54 y 55.

⁽⁴⁾ Ley N° 23506, parte pertinente. En WILVERDER ZAVALA, C., *Derecho Procesal Constitucional: Hábeas Corpus y Hábeas Data*, Editorial Manuel Chahu E. I. R. L, 1997, Lima, p. 279.

⁽⁵⁾ Ley N° 23661, publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 28/07/1983.

⁽⁶⁾ Ley N° 24669, publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 20/05/1987.

prescrito que: “(...) *La formación ética y cívica y la enseñanza de la Constitución y de los derechos humanos son obligatorias en todo el proceso educativo civil o militar* (...)”⁽⁷⁾.

Ante ello, y tomando como base lo señalado en el citado Art. 14º de nuestra Carta Magna, se ha podido establecer oportunamente dentro de nuestro sistema jurídico vigente los siguientes avances normativos que a continuación pasará a describir con detalles:

- Sexta disposición final del Código Procesal Constitucional, en donde se ha precisado que: “*En todos los centros de enseñanza, de cualquier nivel, civiles, o militares, se impartirán cursos obligatorios sobre derechos fundamentales y procesos constitucionales*”⁽⁸⁾;
- Art. 6º de la Ley General de Educación, en donde se ha indicado que: “*La enseñanza de la constitución política y de los derechos humanos es obligatoria en todas las instituciones del sistema educativo peruano, sean civiles, policiales o militares. Se impartirá en castellano y en los demás idiomas oficiales*”⁽⁹⁾;
- Al respecto, el Ministerio de Justicia, en cumplimiento de su función de sistematizar la legislación nacional y promover el estudio y difusión de la Constitución en todo el territorio, ha presentado la edición de la Constitución Política del Perú de 1993 en castellano y quechua, denominada: “*Perú Suyuhatun Kamay Pirwa 1993*”, dirigida a todos los quechuablantes;
- Por su parte, y en ese mismo avance felizmente ya iniciado, el Ministerio de Justicia con la colaboración efectiva del Tribunal Constitucional de la República, han presentado a la Comunidad Peruana, el proyecto académico denominado: “*La Constitución del Perú al alcance de los niños*”. Proyecto, cuya finalidad trascendental circunda en el poder lograr alcanzar que más peruanos accedan al conocimiento básico-elemental de la Carta Fundamental. Así, se han editado 40.000 mil ejemplares de la Constitución, en castellano, quechua y aymara, con un contenido técnicamente elaborado y dirigido exclusivamente a los niños. En definitiva, es necesario hacer recordar al amante lector, que los antecedentes

⁽⁷⁾ PALACIOS DEXTRE, Darío y MONGE GUILLERGUÍA, Ruth, *Las Constituciones del Perú, 1823-1993*, Editorial Fecat, p. 367.

⁽⁸⁾ Ley N° 28237 de fecha 31/05/04, Ley que aprueba el Código Procesal Constitucional Peruano.

⁽⁹⁾ Ley General de Educación, Ley N° 28044, parte pertinente.

académicos y doctrinarios del propósito antes señalado, han sido desarrollados en el derecho comparado, específicamente en el análisis de la normatividad constitucional española⁽¹⁰⁾.

III. Fomentando la anhelada educación consecuyente y el simbolismo nacional

Al respecto, el politólogo alemán Karl Loewenstein al continuar con su interesante disertación en torno al sentimiento constitucional, nos comunica de una manera muy precisa, que dicho concepto puede ser fomentado y/o impulsado en la comuna, mediante el uso estratégico de los siguientes aspectos a definir:

- Por medio de una *educación en la juventud, llevada consecuentemente*. Sobre el punto planteado, el maestro alemán da a entender que no es suficiente otorgar un ejemplar de la Constitución a un escolar al término de sus estudios. El objetivo consistiría por tanto, en implantar a lo largo de sus primeros años académicos, una cultura constitucional que se arraigue definitivamente en su mente y se exteriorice plenamente en una sólida conducta cívico-democrática. Al respecto, y refiriéndose a la *Educación Consecuyente*, señala que debe realizarse obligatoriamente “... *de manera muy diferente a la disposición sobre el papel de la Constitución de Weimar (artículo 148, párrafo 3, frase 2), según la cual cada escolar al terminar la escuela, debía recibir en mano un ejemplar de la constitución*”⁽¹¹⁾.
- Por su parte, recomienda que ayudaría en demasía, el *manejo consciente del simbolismo nacional*. En este punto, y a manera de complemento, el jurista alemán Peter Häberle denota que una Constitución al crear el Estado Abierto, es decir, de cara al mundo, “... *genera posibilidades de identificación para los ciudadanos... con base en el compromiso frente a la ley y frente al derecho, o de cara al himno nacional y a los colores estatales (fuentes emocionales o racionales de consenso)*”⁽¹²⁾.

⁽¹⁰⁾ España cuenta ya desde hace varios años con una “Constitución dirigida netamente a los Niños”, impulsando así, y con agresividad, el sentimiento constitucional español.

⁽¹¹⁾ LOEWENSTEIN, Karl, cit., p. 200.

⁽¹²⁾ HÄBERLE, Peter, *La Constitución como Cultura*, Edit. Instituto de Estudios Constitucionales, Bogotá, 2002. Con la traducción de Ana María Montoya, p. 54.

IV. Exigiendo la actuación eficaz de las instituciones públicas: disminuyendo el recelo popular y consolidando el sentimiento constitucional peruano

El filósofo francés Jean-Jacques Rousseau, uno de los escritores más elocuentes de la ilustración, señala ya en su tiempo el gran problema actual que se traduce en el llamado “*recelo popular*”, el cual implica, por una parte, la *despreocupación o extrañeza*⁽¹³⁾ de los ciudadanos en las cuestiones de la cosa pública, es decir, un ¡qué me importa! dirigido a los gobiernos; y por otra, involucra también el gigantesco problema social intrínseco de la corrupción, en un país en donde la opinión pública contiene un nulo sentimiento jurídico que se ve desencadenado, por ejemplo, en la labor jurisdiccional de la judicatura ordinaria con la permanente y constante sensación de corruptela, dilación procesal y una verdadera falta de tutela jurisdiccional efectiva, originando en la República Contemporánea, una notoria *desconfianza o infidencia* del pueblo, hacia los detentadores del poder instituidos, una especie de desprestigio en la actividad política que se traduce en el rechazo hacia el Estado, y con todos ellos, como ya se mencionó en su debida oportunidad, una tremenda apatía a la misma Constitución. Es así que el recordado Rousseau en su acreditada obra denominada *El Contrato Social*, con gran acierto señalaba: “... En el momento en que, hablando de los negocios del Estado, alguno diga, ¿qué me importa?, se ha de contar con que el Estado está perdido”⁽¹⁴⁾, y a la vez agregaba que: “Tan pronto como el servicio público deja de ser la principal ocupación de los ciudadanos, y éstos quieren servir con su bolsa antes que con su persona, el Estado se encuentra ya muy cerca de su ruina”⁽¹⁵⁾.

Es por ello que la mejor arma que se puede utilizar conjuntamente con los demás criterios aquí esbozados y expuestos, para lograr enfrenar cabalmente la escasez de sentimiento constitucional en el Perú o recelo popular hacia la Constitución, es exactamente el poder exigir como ciudadanos, la actuación eficaz y ejemplar de todas las instituciones públicas del sistema, y

(13) Extrañeza popular que es alimentada por la tendencia neoliberal.

(14) ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El Contrato Social o Principios del Derecho Político*, título original *Du Contrat Social*, Ediciones Cultura Peruana, 2003, p. 45.

(15) ROUSSEAU, Jean-Jacques, cit., p. 44.

en especial de los órganos jurisdiccionales consagrados en el Poder Judicial y en el Tribunal Constitucional, pues como afirma el profesor Eto Cruz, “... la lógica es de sumo simple y esquemática: A mayor tutela de los contenidos esenciales de los derechos fundamentales... la ciudadanía albergará un mayor sentimiento de seguridad jurídica; puesto que bien sabe, que tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional van a enervar las violaciones que realizan tanto el Estado como entidades particulares, donde bien cabe destacar aquí a las grandes empresas monopólicas u oligárquicas”⁽¹⁶⁾. Solo así, conseguiremos disminuir el recelo popular, y en esa bella lógica no tan lejana, lograr consolidar nuestro sentimiento de respeto y adhesión por nuestra Ley Fundamental.

V. Conclusiones

- Es posible establecer que la “escasez de sentimiento constitucional”, se traduce por tanto, en el denominado “recelo popular”, el cual implica, por una parte, la despreocupación o extrañeza de los ciudadanos en las cuestiones de la cosa pública. Despreocupación que es alimentada a su vez por la concepción neoliberal; y por otra parte, involucra también la “desconfianza del pueblo” hacia los detentadores del poder instituido, y con todos ellos, a la misma Constitución Política. Desconfianza originada a su vez por el gran problema social intrínseco de la corrupción;
- Finalmente, y frente a la pregunta planteada: **¿CÓMO PROMOVER EL SENTIMIENTO CONSTITUCIONAL PERUANO?**, concluimos fehacientemente diciendo que para disminuir el recelo popular y consagrar el sentimiento constitucional, hay tres criterios a ser tomados en cuenta: el impulso de la configuración normativa del sentimiento constitucional peruano, el fomento de la anhelada educación consecuente y la exigencia de la actuación eficaz de las instituciones públicas.

(16) ETO CRUZ, Gerardo en su artículo, “¿Tiene sentido seguir publicando textos constitucionales en países de escaso sentimiento constitucional? Un pretexto de prólogo para un pretexto introductorio: El sentimiento constitucional peruano”, en *Juris Lex Societas*, revista publicada por los estudiantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Trujillo, Año II, N° 2, octubre de 2007, p. 59.

VI. Lista de referencias

Doctrina-libros

- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El Contrato Social o Principios del Derecho Político*. Título original “Du Contrat Social”. Ediciones Cultura Peruana, Lima, 1ª ed., 2003.
- HÄBERLE, Peter, *La Constitución como Cultura*, Edit. Instituto de Estudios Constitucionales, Bogotá, 2002. Con la traducción de Ana María Montoya.
- LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Editorial Ariel, Barcelona, 1982. Con la traducción de Alfredo Gallego Anabitarte.

Doctrina-revistas

- ETO CRUZ, Gerardo, “Tiene sentido seguir publicando textos constitucionales en países de escaso sentimiento constitucional? Un pretexto de Prólogo para un pretexto introductorio: El sentimiento constitucional peruano”, en *Iuris Lex Societas*, revista publicada por los estudiantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Trujillo, Año II, N° 2, octubre de 2007.

Doctrina-artículos

- LUCAS VERDÚ, Pablo, “¿Crisis del Concepto de Constitución? La Constitución Española entre la Norma y la Realidad”.

Legislación

- PALACIOS DEXTRE, Darío y MONGE GUILLERGUÍA, Ruth, *Las Constituciones del Perú, 1823-1993*, Editorial Fecat, prólogo del Dr. Francisco Chirinos Soto.
- RUIZ ELDREDGE, Alberto, *La Constitución Comentada 1979*.
- Ley N° 28237, que aprueba el Código Procesal Constitucional peruano, parte pertinente, en FUENTES PONCE DE LEÓN, Alejandro, *Código Penal*, Ediciones Legales, 2006.
- Ley General de Educación, Ley N°28044, parte pertinente.
- Ley N° 23506, parte pertinente, en WILVERDER ZAVALA, C., *Derecho Procesal Constitucional: Hábeas Corpus y Hábeas Data*, Editorial Manuel Chahu E. I. R. L., Lima, 1997.

Hacia el contenido esencial del derecho fundamental de la cultura en el Perú

ANDY JONATHAN VÉLEZ ALIAGA (*)

“Los derechos culturales son parte integrante de los derechos humanos, que son universales, indisociables e interdependientes (...)”.⁽¹⁾

SUMARIO: I. Introducción. II. Desarrollo histórico de la cultura. III. Corrientes empleadas para regular la cultura como derecho. IV. Regulación constitucional de la cultura como derecho en el Perú. V. La cultura como derecho fundamental. VI. Contenido de la cultura como derecho fundamental. VII. Propuesta del planteamiento del contenido esencial del derecho fundamental a la cultura. VIII. Conclusiones. IX. Lista de referencias.

Resumen: En el presente trabajo, se aborda el tema del derecho a la cultura, analizando imprescindiblemente el desarrollo histórico, que el término *cultura*, ha tenido a través del tiempo, hasta el momento en que la Antropología toma a la cultura como base de su estudio, para luego ser regulada por el Derecho. Así, analizando este desarrollo de manera general se pretende, de forma metodológica, estructurar ¿cuál

(*) Abogado. Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca. Ponencia ganadora del Premio Néstor Pedro Sagüés, en el Concurso de Ponencias Estudiantiles del III Congreso Internacional de Derecho Constitucional, organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca.

(1) UNESCO, Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural (DUDC), Art. 5°.

es el contenido esencial del derecho fundamental a la cultura? Para dichos fines, se concibe, proponer presunciones jurídicas, las mismas que son fundamentales para definir su contenido principal, hasta dar una aproximación certera del contenido esencial del derecho fundamental a la cultura, estableciendo clasificaciones del mismo.

Abstract. *In the present work, the topic of the Law is approached to the Culture, always analyzing the historical development, the term culture, has had over time - even at the time that anthropology takes to culture as the basis of its study, to then be regulated by law-; Thus, analyzing this development generally intends to, methodological way, structure what is The essential content of the fundamental right to culture?; For these purposes, is conceived, propose legal presumptions, which are essential to define their essential content, to give an accurate approximation of the essential content of the fundamental right to culture establishing classifications of the same⁽²⁾.*

I. Introducción

El Tribunal Constitucional peruano ha señalado que los Derechos Fundamentales son parte central del ordenamiento jurídico y su dimensión, no sólo es subjetiva, es decir, como atributo inherente a la persona⁽³⁾; sino también objetiva, entendida como norma de fundamentación de todo sistema jurídico (Eto Cruz, 2011, p. 63)⁽⁴⁾. En ese sentido, y siendo el derecho a la cultura, un derecho fundamental, regulado en el segundo párrafo del Artículo 2º, numeral 8, de nuestra Constitución; resulta relevante pronunciarse acerca de este derecho constitucional tan importante, que no ha sido analizado profundamente, justamente por la regulación imprecisa que presenta.

Por tanto, el presente trabajo tiene como objetivo principal reflexionar acerca del tema del derecho a la cultura, su importancia como derecho fundamental y la necesidad apremiante de su delimitación en cuanto a tal

(2) Traducción de Erick Michael Izquierdo Camacho, licenciado en Educación, especialidad de Inglés y Francés, por la Universidad Nacional de Cajamarca.

(3) Conjuntos de principios y declaraciones de las prerrogativas reconocidas a favor del hombre, sólo por la calidad de ser tal.

(4) En referencia a la STC Exp. N° 03330-2004-PA/TC, f.j. 9.

—a efectos de su protección jurídica, en el sentido de que como todo derecho ha de ejercitarse—; de esta forma, trataremos de abordar a la *cultura como derecho fundamental*, para finalmente proponer cuál es su contenido esencial y tratar de delimitarlo, a través de presunciones positivas.

Para proceder a ello, nos encargaremos, en primer lugar, de realizar un breve desarrollo histórico del término *cultura* y las distintas significaciones que esta ha tenido a lo largo del tiempo; dado que responde a una necesidad de explicar ¿por qué la Antropología toma una amplitud de elementos para definir a la cultura?, trascendiendo esa misma amplitud para cuando el Derecho toma a la cultura como una figura a ser regulada; trayendo consigo un vasto número de enfoques para tratar a la cultura como derecho.

II. Desarrollo histórico de la cultura

A lo largo de la historia, la noción de *cultura* ha tenido distintos significados y matices, quizá debido a la “*memoria histórica*” del término *cultura*, referida al sentido o definición de elementos inmateriales existentes en un determinado tiempo y espacio, que son transmitidos íntegramente de generación en generación; de los mismos que se valió el Derecho al igual que la Antropología. Así se tiene:

2.1. Edad Antigua (Primeras civilizaciones - 476 d.C.). Época Clásica

El término *cultura* proviene del latín “*cultus*”, forma del verbo “*colere*”, que originalmente significaba “cultivar”. El primero en enunciar este término fue Cicerón (106-43 a.C.) en su célebre tratado filosófico y moral *Tusculanae disputationes*, en el cual se utilizó metafóricamente para decir que el espíritu del hombre es amplio como un campo sin cultivar, siendo la educación y la formación espiritual el cultivo de ese campo. Así se constituyó esta analogía en un concepto clásico de cultura que excluía las actividades de trabajo manual, utilitarias, tenidas propias de los esclavos (*banausía*); dado que los esclavos no podían tener “cultura”, por su condición de no ciudadanos (Silva Santisteban, 2006). Pasando con estos caracteres a casi todas las lenguas y sociedades europeas.

2.2. Edad Media (476-1453)

El uso de la cultura conservó su carácter metafórico, aristocrático y contemplativo propio del ideal grecolatino y se convirtió en instrumento principal de la preparación del hombre para sus deberes religiosos y para la vida ultramundana –culto a Dios y a los santos–, debido al predominio de la Iglesia Católica como fuente de doctrina social (Silva Santisteban, 2006). En este periodo, el empleo de cultura llevaba una gran inyección de dogma y norma social, impuesta por la Iglesia. Así en este estadio, “*la Religión, el Derecho y la Moral estuvieron tan íntima y confusamente ligados, que a veces resulta casi imposible distinguir el sentido jurídico del moral o del religioso*” (Smith, 1986, p. 318).

2.3. Edad Moderna (1453-1789). El Renacimiento

El Renacimiento modificó el carácter imaginativo del ideal clásico medieval, destacando la naturaleza activa de la sabiduría. Pico della Mirandola y Carlo Bovillo insistían en que a través de la sabiduría el hombre podía llegar a su realización total. La cultura fue entonces sinónimo de sabiduría, pero como tal, reservada sólo a unos cuantos, pues el sabio se separaba del resto de la humanidad, tenía un carácter metafísico y moral diferente de los demás hombres (Silva Santisteban, 2006). Esto era propio de este estadio histórico, puesto que se buscaba resurgir y elevar al máximo la esencia del hombre, como respuesta contra el oscurantismo medieval.

2.4. Edad Moderna. La Ilustración (fines del siglo XVII)

Con la Ilustración, se trató de eliminar el carácter aristocrático de la cultura, al proponer su máxima difusión por considerarla instrumento de renovación de vida social e individual y no patrimonio de doctos (Silva Santisteban, 2006). Se habla aquí de la igualdad de las clases, principios, valores y toda libertad y justicia que elimine las barreras entre los hombres. Dando como resultado la democracia no sólo como forma de gobierno, sino como igualdad de acceso a todos los elementos que fortifiquen la dignidad humana. Así, Kant (citado por Silva Santisteban, 2006) considera que la cultura es “*la producción en un ser racional de la capacidad de escoger sus propios fines, en el sentido de otorgar fines superiores a los que puede proporcionar la naturaleza misma*” (s.n.)

Sin embargo, al eliminarse el carácter aristocrático de la cultura, con base en el principio de igualdad, fue de presupuesto común que de pronto, los comerciantes, barberos, los vecinos de los grandes burgos, pescadores y demás clase obrera, ahora contaban con “cultura”, así, se comienza a hablar de la cultura del comerciante, barbero, etc., escaseando su elemento de pulcritud, variándose una vez más su sentido.

2.5. Edad Contemporánea (de 1789 hasta hoy)

En este estadio, el estudio de la cultura se tomó como elemento fundamental de la Antropología, como sucedió con las ciencias físicas –en las que su desarrollo se debió cuando sus conceptos de masa, momento, energía, etc., fueron abstraídos–, igual pasó con la Antropología y demás ciencias sociales, en las que el concepto de cultura sirvió de basamento a todo trabajo teórico de estas disciplinas (Silva Santisteban, 2006). Así, Edward Burnett Tylor, fundador de la Antropología académica, es quien perfeccionando un enunciado de Gustav Klemm estableció el primer y más amplio concepto de cultura⁽⁵⁾, indicando que la cultura es:

“(…) Aquel todo complejo que incluye el conocimiento, las creencias, el arte, la moral, el derecho, las costumbres y cualquiera de los hábitos y capacidades adquiridas por el hombre en cuanto miembro de la sociedad”.

Es aquí donde se inicia el gran problema, sobre la delimitación de la cultura en el Derecho, en cuanto a su contenido. Puesto que a partir de 1871, con el nacimiento formal de la Antropología, ésta al tener como objeto de estudio al hombre, y al ser este objeto ilimitado y en cierta manera infinito –¿quién puede definir plenamente al hombre para estudiarlo?–, hicieron uso del presupuesto de que la extensión del hombre como tal, puede ser estudiada en cuanto a las manifestaciones que de él emanen, para lo cual idearon la forma de usar a la cultura –la cual era ya una idea bastante democratizada y popularmente empleada–, para adoptarla como ese todo material e inmaterial que el hombre crea o manifiesta. De manera que, como lo han expresado también Kroeber y Kluckhohn (citado por Silva Santisteban, 2006), la noción de cultura, resultó ser para la antropología como la no-

⁽⁵⁾ En el contexto de la Antropología, en su obra *Primitive Culture* (1871).

ción de gravedad para la física o de evolución para la biología, es decir, la piedra fundamental sobre la cual se estructuraba la disciplina (s.n.).

Desde la Ilustración, la Antropología consolidó la definición de la cultura según la dada por Edward Burnett Tylor. Salvo nuevas definiciones hechas por otros autores, pero sin distar mucho de Tylor, así, por ejemplo, otro famoso antropólogo, Melville Herkovits, (citado por Silva Santisteban, 2006), considera que la cultura es “*algo que puede ser aprendido, estructurado analizado y divisible en diversos aspectos, algo dinámico y variable que emerge de todos los componentes de la especie humana*” (s.n.); como éstas, son innumerables las definiciones y la literatura antropológica escrita sobre el concepto de cultura, prácticamente no hay antropólogo que no haya tenido que discernir o escoger un concepto funcional de cultura acorde con su formación y su manera de pensar en las realidades que le preocupan.

2.6. Etapa comprendida de 1917 hasta la actualidad

Los Estados tuvieron contacto con esas definiciones, asimismo, las ciencias sociales tomaron la definición antropológica como válida y la aplicaron en cuanto a su estudio; así, la disciplina de la Historia le dio un tratamiento, la Sociología hizo lo propio, hasta que el Derecho tomó por primera vez la figura en la Constitución de México de 1917 (Art. 3º, inc. a, b, disposición VIII, Arts. 26º y 37º)⁽⁶⁾, haciendo, uso explícito del concepto *cultura*: “*El tér-*

⁽⁶⁾ **ARTÍCULO 3.-** (...) a. Será democrática, considerando a la democracia no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo.

b. Será nacional en cuanto –sin hostilidades ni exclusivismos– atenderá a la comprensión de nuestros problemas, al aprovechamiento de nuestros recursos, a la defensa de nuestra independencia política, al aseguramiento de nuestra independencia económica y a la continuidad y acrecentamiento de nuestra cultura; y

VIII. Las universidades y las demás instituciones de educación superior a las que la ley otorgue autonomía, tendrán la facultad y la responsabilidad de gobernarse a sí mismas; realizarán sus fines de educar, investigar y difundir la cultura de acuerdo con los principios de este artículo (...)

ARTÍCULO 26.- El Estado organizará un sistema de planeación democrática del desarrollo nacional que imprima solidez, dinamismo, permanencia y equidad al crecimiento de la economía para la independencia y la democratización política, social y cultural de la Nación. Constitución Política de México, 1917. En: <http://pdba.georgetown.edu/constitutions/mexico/mexico1917.html> consultada el 01.06.2014.

mino al que nos referimos carecía hasta entonces de reconocimiento con nombre propio y las materias a las que alude quedaban subsumidas en conceptos relacionados al reconocimiento del patrimonio cultural de los estados” (López Hurtado y Valentín Ruiz, 2011), así como al desarrollo bajo el amparo de la educación.

A partir de ese momento nació la cultura dentro de la regulación constitucional, siendo una figura acogida rápidamente por las demás constituciones, regulada en nuestro país, en la Constitución de 1920.

III. Corrientes empleadas para regular la cultura como derecho

Cuando nos preguntamos ¿qué abarca o qué regula el derecho a la cultura?. Es posible distinguir dos nociones ideales, típicas del término *cultura*. Así tenemos una concepción “universalista y otra diferencialista” (Champeil-Desplats, 2010, pág. 94)⁽⁷⁾; acertando a decir que las definiciones jurídicas de este derecho oscilan entre las dos.

3.1. Concepción universalista

La cultura es una, se trata de ponerla en común, sirve para iluminar los espíritus y elevar al mismo nivel –a un nivel alto– de conocimiento, pensamiento y educación. Su objetivo es realizar una comunidad de espíritus por encima de las diferencias históricas, geográficas o sociales: “*la cultura es el ámbito donde se desarrolla la actividad espiritual y creadora del hombre*” (Champeil-Desplats, 2010, pág. 94).

La aprehensión universalista de la cultura tiende a descontextualizar el conocimiento y a “extraerlas del lugar donde se produjeron y juzgarlas después según criterios atemporales del bien, de lo verdadero o de lo bello”.

3.2. Concepción diferencialista

La cultura es “*plural, las sociedades son pluriculturales, esta concepción se presenta a menudo como reacción a lo que se considera elitista, occidental o colonial que defiende la concepción universalista*” (Champeil-Desplats, 2010). Así, para

⁽⁷⁾ Profesora de la Universidad de París Quest-Nanterre la Défense. Directora del Centro de Investigaciones y Estudios sobre Derechos Fundamentales.

la concepción diferencialista, todo pueblo tiene una cultura y esa diversidad tiene que ser protegida y no impuesta al resto.

Formulando estas ideas en términos jurídicos, la concepción universalista preconiza un derecho universal de acceso a la cultura; mientras que la concepción diferencialista defiende el derecho de cada uno a la cultura como sinónimo de identidad resultante de un grupo social. Sin embargo, a pesar que ideológicamente se contraponen, la verdad es que en la práctica se complementan, por ejemplo, los conceptos de patrimonio de la humanidad y patrimonio cultural expresan una reacción universalista y humanista, en el sentido que la importancia del patrimonio cultural es de apreciación universal, y el valor que tiene debe ser apreciado por toda la humanidad, ejemplo el “Coliseo Romano” (concepción universalista); mientras que para la concepción diferencialista, ese mismo Coliseo Romano cuenta con un carácter cultural, debido a que es representación del desarrollo de la civilización que lo construyó, siendo símbolo de la identidad cultural de su pueblo.

IV. Regulación constitucional de la cultura como derecho, en el Perú

Desde el inicio de nuestra historia constitucional –segunda década del siglo XIX–, no se había hecho referencia taxativa al término *cultura*. Hallamos la primera mención en la Constitución de 1920, dictada por la Asamblea Nacional de 1919 y promulgada el 18 de enero de 1920, en su Título IV, sobre las Garantías Sociales, el Artículo 58º, alude a la protección que brindará el Estado en favor de las comunidades indígenas y sus costumbres:

“Art. 58º.- El Estado protegerá a la raza indígena y dictará leyes especiales para su desarrollo y cultura en armonía con sus necesidades. La Nación reconoce la existencia legal de las comunidades de indígenas y la ley declarará los derechos que les correspondan”.

Luego, la Constitución de 1933 borraría el término “cultura” de su articulado, quizás debido a que en su pasado constitucional, de más de cien años –Constituciones de 1812, 1823, 1826, 1828, 1834, 1839, 1856, 1860 y 1867–, jamás se mencionó ni desarrolló dicho término. De igual manera,

“en la esfera global, ninguna Constitución habló de libertad de creación cultural, derechos culturales o derecho a la cultura, derecho a la no discriminación por motivos de pertenencia cultural; es a partir del último cuarto del siglo XX donde se redactan Constituciones como las de Brasil, Ecuador, Portugal, Colombia, España, etc., caracterizadas por una copiosa lista de principios y derechos relacionados con la cultura” (Champeil-Desplats, 2010).

De igual manera, en el Perú, se reincorporó la “cultura” como figura jurídica, en la Constitución de 1979, y en ésta se puede evidenciar su desarrollo como un derecho, entendiéndose de gran importancia, puesto que desde su preámbulo aparece tres veces y diecisiete más en sus artículos (6º, 16º, 21º, 31º, 32º, 34º, 36º, 37º, 46º, 83º, 86º, 100º, 161º, 254º, 259º y 264º).

4.1. La cultura como derecho en la Constitución de 1993

Al hablar del derecho a la cultura en la Constitución peruana actual, hacemos referencia a una importante cantidad de sus artículos, no obstante, encontramos a este derecho, propuesto como derecho fundamental en su Art. 2º, numerales 8 y 19; así de estos dos numerales, se podría decir que por su enunciado, la raíz que desarrolla su regulación se encuentra en el segundo párrafo del Artículo 2º, numeral 8, refiriendo que:

“(…) El Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión”.

Además la cultura se encuentra regulada, indirectamente en los artículos 14º, 17º, 18º, 19º, 21º, 50º, 89º, 190º y 195º inc. 8, los cuales transmiten la idea de cultura, en sentido amplio y general del término, circunscrito dentro de un variado contexto propositivo, donde como tal, “cultura” es un elemento que acompaña a distintos derechos y figuras jurídicas constitucionales; así se señalan construcciones como “vida cultural”, “pluralidad étnica y cultural de la nación”, “formación moral y cultural”, “manifestaciones culturales y lingüísticas del país”, “finalidad educativa y cultural”, entre otros (Ferreiros Castañeda, 2010, pág. 198). Asimismo, no hay una definición precisa de lo que es el derecho a la cultura, siendo la más aceptada la brindada en la Conferencia Mundial sobre Políticas Culturales de México de 1982, como:

“El conjunto de rasgos distintivos, espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social. Este concepto engloba, además de las artes y las letras, los modos de vida, los derechos fundamentales del ser humano y sus sistemas de valores” (López Hurtado y Valentin Ruiz, 2011).

De lo anterior se tiene que tal y como se encuentra regulado en nuestra Carta Fundamental, el término “cultura” presenta imprecisiones en cuanto a su naturaleza, en el sentido que no se ha determinado y delimitado expresamente qué es lo que regula y el ámbito de su protección –encontrándose pocos estudios al respecto–; en ese sentido, es que surge la necesidad del presente trabajo, a efectos de poder establecer una aproximación hacia el mismo, pues llegado a este punto, cabe preguntarse ¿si la cultura es un derecho fundamental?, y si lo es, ¿cuál sería su contenido esencial?. Para ello, en las siguientes líneas, trataremos de desarrollar estas interrogantes, con base en algunas presunciones.

V. La cultura como derecho fundamental

La cultura como derecho fundamental es una proposición por sí misma ya resuelta, desde la óptica positiva en la cual se la ubica dentro de la Constitución Política del Perú de 1993, Artículo 2º, numeral 8, segunda parte, y numeral 19; dentro del Capítulo 1 del Título I, denominado “Derechos Fundamentales de la Persona”. Dichos derechos fundamentales que son enumerados en el Art. 2º, y derivan directamente del principio –derecho de la dignidad humana, Art. 1º de la Constitución Política del Perú (Eto Cruz, 2011, pág. 62)–; además de coincidir esta ubicación positiva con el Título de los Derechos Fundamentales de la Carta Magna.

Según Champeil-Desplats (2010), “*se debe examinar a los Derechos para que sean Fundamentales, en base a si cuentan con una característica axiológica, formal, estructural y común*” (pág. 100), siendo los mismos:

5.1. Fundamental en sentido axiológico

Un derecho es fundamental desde el punto de vista axiológico, cuando se considera que expresa valores indispensables, *sine qua non* a la existencia del hombre y la humanidad. Dicho de otro modo, el carácter de

derecho fundamental puede reconocerse en que la ausencia de respeto a este derecho, llega a poner en peligro la existencia misma del sujeto. Los derechos son, por tanto, fundamentales porque se conciben como “inherentes al hombre en tanto este es hombre”. Su fundamentalidad está ligada a la universalidad, siendo estos derechos fundamentales de pertenencia y beneficio de todo ser humano, sin exclusión de nacionalidad, clase económica, religión, etc. (Champeil-Desplats, 2010).

5.2. Fundamental en el sentido formal

Los derechos fundamentales, en sentido formal, son situados en lo más alto de la jerarquía de un ordenamiento jurídico, teniendo mecanismos de garantías específicos de protección, como por ejemplo, el Proceso de Amparo.

Así, el reconocimiento positivo de los derechos fundamentales, comúnmente en la norma fundamental de un ordenamiento, es presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar del Estado y de los propios particulares.

5.3. Fundamental en sentido estructural

Los derechos fundamentales son los que establecen y garantizan la identidad, la coherencia de un sistema jurídico. Son sobre los que ese sistema o subsistema se ha construido y lo que del conjunto de sus elementos se deriva o infiere. Así la concepción estructural exige una determinación de su significado semántico para concluir su carácter fundador o no (Champeil-Desplats, 2010). Ejemplo, el derecho a la vida, del cual siendo un derecho fundamental, se desarrolla todo un cuerpo normativo (civil, penal, administrativo, etc.) dinámico y funcional respecto del mismo para protegerlo.

5.4. Fundamental en sentido de norma común

Los derechos fundamentales se circunscriben sobre las similitudes cualitativas que los ordenamientos jurídicos supranacionales tienden a dar sobre la regulación o enfoque constructivo de los derechos o libertades que desarrollan. Ejemplo, los lineamientos y políticas generales sobre la cultura que establece la UNESCO.

De lo anterior se tiene que el derecho a la cultura cumple con los supuestos exigidos para ser considerado como derecho fundamental, en la medida en que cumple con los fundamentos desarrollados precedentemente.

VI. Contenido de la cultura como derecho fundamental

Si bien todos los derechos fundamentales, por lo general, cuentan con una naturaleza binaria; esto es, que por un lado tienen un “núcleo duro de protección denominado ‘contenido esencial’, absolutamente intangible para el legislador; y, extramuros del contenido constitucionalmente protegido; y un contenido no esencial, esto es, claudicante ante los límites proporcionados que el legislador establezca a fin de proteger otros derechos o bienes constitucionales garantizados” (Eto Cruz, 2011).

En consecuencia, el ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental se reconduce en mayor o menor grado a su contenido esencial, pues todo límite al derecho fundamental sólo resulta válido en la medida en que el contenido esencial se mantenga incólume.

Ante tal situación, y habiéndose ya expuesto y llegado a la conclusión de que el derecho a la cultura es un derecho fundamental, por cumplir con los supuestos exigidos, cabe preguntarse ¿cuál es su contenido esencial?

Para ello, es necesario tener en cuenta que al hablar de contenido esencial de los derechos fundamentales, planteamos la concretización del derecho como tal, con lo cual se infiere que éste es completo y base insoslayable de su aplicación; empero, la distinta eficacia de las disposiciones constitucionales da lugar a que éstas puedan ser divididas entre “normas regla” y “normas principio”. Así se tiene:

- **Normas regla.** Se identifican con mandatos concretos de carácter autoaplicativo y son, consecuentemente, judicializables.
- **Normas principio.** Constituyen mandatos de optimización, normas abiertas de eficacia diferida, que requieren de la intermediación de la fuente legal, para alcanzar plena concreción y ser susceptibles de judicialización.

Consecuentemente, “existen determinados derechos fundamentales cuyo contenido constitucional directamente protegido, requiere ser de-

limitado por la ley, sea porque así lo ha previsto la propia Carta Fundamental (vg. el Artículo 2º numeral 8 de la Constitución en relación al derecho a la cultura (...)) *El Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión*), o en razón de su propia naturaleza (vg. los derechos sociales, económicos y culturales). En estos casos, nos encontramos ante las denominadas leyes de configuración de derechos fundamentales⁽⁸⁾.

Los derechos fundamentales cuya configuración requiera de la asistencia de la ley no carecen de un contenido *per se* inmediatamente exigible a los poderes públicos, pues una interpretación en ese sentido sería contraria al principio de fuerza normativa de la Constitución⁽⁹⁾. Lo único que ello implica es que, en tales supuestos, la ley se convierte en un requisito *sine qua non* para la culminación de la delimitación concreta del contenido directamente atribuible al derecho fundamental.

De lo expuesto, se aprecia que, en la práctica, no encontramos que sobre el específico derecho, exista una ley que determine, limite o regule de manera compleja el contenido específico del derecho fundamental a la cultura, referido en –el artículo 2º, numeral 8, segunda parte–, lo que existe son pocas leyes que regulan ciertos aspectos de la cultura, sin determinar su aspecto común (Ley Nº 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación; Ley Nº 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocidos en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo –OIT–; Ley Nº 26370, Ley de la Cinematografía Peruana; Ley Nº 28477, Ley que Declara a los Cultivos, Crianzas Nativas y Especies Silvestres Usufructuadas Patrimonio Natural de la Nación; etc.). En tal sentido, es necesario un pronunciamiento al respecto, siendo lo más cercano, la clasificación de la cultura como un conjunto de derechos, lo cual de manera declarativa ha realizado, según estudios, el denominado grupo de Friburgo, esto es, el equipo de investigadores de la

⁽⁸⁾ Así lo ha establecido el Tribunal Constitucional en el Exp. Nº 1417-2005-AA/TC – caso **Anicama**.

⁽⁹⁾ La interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante *in toto* y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto. Exp. Nº 5854-2005-PA/TC.

Universidad suiza de Friburgo (Arroyo Yanes, 2006)⁽¹⁰⁾. No obstante nos atreveremos modestamente a esbozar un planteamiento al respecto, en el siguiente acápite.

VII. Propuesta de planteamiento del contenido esencial del derecho fundamental a la cultura

El derecho fundamental a la cultura, contenido en el Artículo 2º numeral 8 de nuestra Constitución, tal y como refiere, no define ni aporta un desarrollo sobre su contenido esencial: (...) *El Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión*; siendo esta falta de precisión un obstáculo por la imprecisión que presenta, aspecto que no puede aceptarse desde el punto de vista del Derecho, que precisamente como ciencia jurídica, ha de aspirarse siempre a la máxima concreción posible y en la que la precisión es un valor en sí misma; en ese sentido, creemos conveniente indicar las siguientes premisas a las que se ha llegado:

– Primera presunción

En razón de que el contenido esencial de la cultura como derecho fundamental, no es precisado; planteamos diseñar el derecho de la cultura, en el sentido que este derecho para ser delimitado necesita fusionar los demás derechos o consideraciones constitucionales, que traten o hagan alusión al término *cultura*. En este procedimiento, su alcance se perfecciona y se vuelve funcional.

Así, el contenido esencial del derecho fundamental a la cultura no puede efectuarse *a priori*, es decir, al margen de los principios, los valores

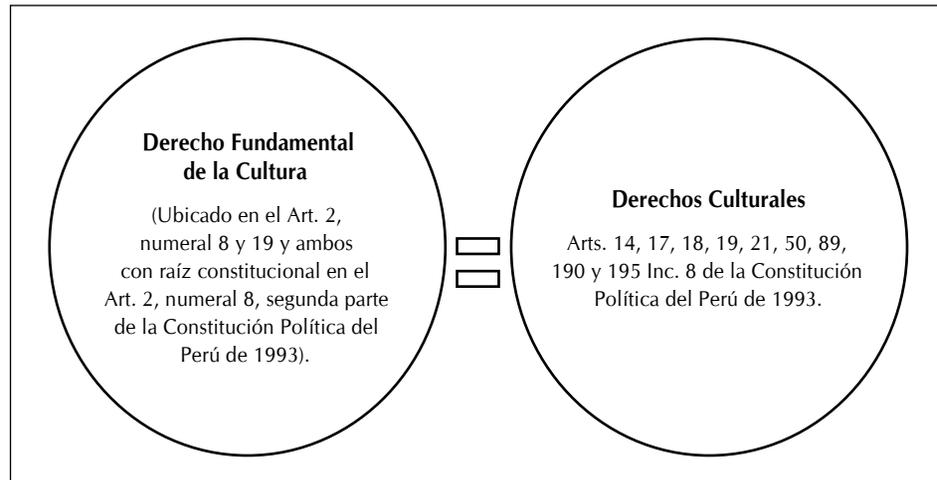
⁽¹⁰⁾ El grupo de Friburgo ha desarrollado investigaciones por más de quince años sobre la definición de los derechos culturales, al amparo del Dr. P. Meyer-Bisch, cuyos trabajos en toda la materia, se han dado a conocer bajo el título de “Los Derechos Culturales, Declaración de Friburgo”. El lanzamiento de la declaración tuvo lugar el 7 de mayo de 2007 en la Universidad de Friburgo, y el día siguiente, 8 de mayo de 2007, en el *Palais des Nations de Ginebra*. El texto fue presentado por el Observatorio de la Diversidad y los Derechos Culturales (cuyas oficinas centrales se encuentran en el Instituto Interdisciplinario de Derechos Étnicos y Humanos en la Universidad de Friburgo), juntamente con la Organización Internacional de la Francofonía y la UNESCO. La Declaración de Friburgo fue apoyada por más de cincuenta expertos en derechos humanos, así como por una plataforma de ONG.

y demás derechos fundamentales que la Constitución reconoce. En efecto, tanto el contenido esencial de un derecho fundamental es la concreción de las esenciales manifestaciones de los principios y valores que lo informan, su determinación requiere un análisis sistemático de este conjunto de bienes constitucionales; en consecuencia, se complementaría el derecho fundamental a la cultura con todos los demás derechos que hagan mención del término; a los cuales se les llamaría “derechos culturales”, lo cual resulta coherente con el ideal de sistematizar los derechos que hagan mención a la cultura, según lo expresado por el Tribunal Constitucional (Exp. N° 0042-2004- AI/TC), donde señala que las disposiciones contenidas en los incisos 8 y 19 del Artículo 2º concordantes con los Artículos 1º y 21º de la Constitución, conforman la denominada “*Constitución Cultural*” (García Toma, 2008, pág. 214); lo cual generalizando es acorde con la definición de derechos culturales dada por la Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural art. 5º, en noviembre de 2001:

“Artículo 5º.- Los derechos culturales, marco propicio para la diversidad cultural

Los derechos culturales son parte integrante de los derechos humanos, que son universales, indisociables e interdependientes. El desarrollo de una diversidad creativa exige la plena realización de los derechos culturales, tal como los definen el Artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Artículos 13 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (...)” (UNESCO, 2001).

Por tanto, constituyéndose así, se entiende que el *derecho fundamental* a la cultura es sinónimo de *derechos culturales* y éstos son el acervo de los derechos y libertades que hagan referencia taxativa a la cultura en los artículos de la Constitución, consignados en (Arts. 14º; 17º; 18º; 19º; 21º; 50º, 89º; 190º y 195º Inc. 8), siendo estos artículos el conjunto de las distintas definiciones e implicaciones, antropológicas y jurídicas que ha tenido la cultura en su desarrollo, las cuales están impregnadas de enfoques “universalistas y diferencialistas”, así como los tratamientos y definiciones principales que tuvo en cada etapa histórica, detallada al inicio del presente trabajo. (Ver gráfico).



Guardando también este grupo de artículos una correspondencia general con lo que la doctrina internacional toma como derechos referidos a la cultura, siendo los mismos:

- El derecho a participar en la vida cultural de la comunidad y la protección de los derechos de autor (reconocidos en el Art. 27º de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Art. 15º del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).
- El derecho a la educación (Art. 26º de la DUDH y los Arts. 13º y 14º del PESC).
- Las libertades lingüísticas reconocidas a las personas pertenecientes a las minorías (Art. 27º del Pacto de Derechos Civiles y Políticos).
- Derecho al respeto de las identidades culturales, libertades de pensamiento, de conciencia y de religión, derecho a pertenecer a una comunidad cultural (Arroyo Yanes, 2006).
- **Segunda presunción**

Entendidos los derechos culturales como el acervo dinámico, sistemático e intercompositivo conformado por todos los derechos y libertades agrupadas por la “clave cultura”, los cuales forman en sí mismos el derecho fundamental de la cultura; y entendida la descripción genérica de los derechos

y libertades según los enumerados en el punto anterior; es que proponemos clasificarlos a partir de tres características que la cultura cuenta a lo largo de su desarrollo histórico, antropológico y jurídico, concordantes con las concepciones *universalistas* y *diferencialistas*. Dichas características que están insertas en los artículos 14º, 17º, 18º, 19º, 21º, 50º, 89º, 190º y 195º, inc. 8.

Así se desprende que los Arts. 21º y 195º, inc. 8, se vinculan por un elemento perceptible, es decir, físico, como los yacimientos y restos arqueológicos, construcciones, monumentos, lugares, documentos bibliográficos y de archivo, objetos artísticos y testimonios de valor histórico; por lo que, a estos Arts. (21º y 195º inc. 8) los podemos agrupar según esa “materialidad”, denominando a este primer grupo de derechos culturales como derechos culturales materiales.

Luego, de los Arts. 89º, 190º y 195º, inc. 8, se puede inferir la protección de la denominada “identidad cultural”, entendida esta como “el rasgo fundamental de las personas en comunidad, los grupos, los pueblos y las naciones, según se señalará en las comentadas Conferencias de Políticas Culturales de México y Bogotá. El derecho a la identidad cultural en tanto derecho del individuo –o de un grupo– a definirse, a manifestarse y a participar en la vida colectiva de acuerdo con un conjunto particular de referencias culturales, comienza así a delinearse como un nuevo derecho cultural, principalmente en los casos de los pueblos indígenas y de las minorías” (Harvey, 2008, p. 9). Dicha identidad que se recrea y usa según ciertas formas, como veremos más adelante; atribuyéndose directamente a este grupo de Arts. (89º, 190º y 195º, inc. 8) la cultura como un valor inmaterial, denominándolos por la misma razón derechos culturales inmateriales.

Además, los Arts. 14º, 17º, 18º, 19º, 50º, 195º, inc. 8, se vinculan directamente al definir la educación, sus niveles y su importancia en el desarrollo del Estado, expresando claramente que la cultura es parte del proceso educativo, así como el conjunto de destrezas inherentes a ella, como las artes, investigación científica, técnica, tecnológica, profesional, formación moral, ética, cívica, religiosa, educación física, deporte y demás práctica de humanidades. Lo cual nos lleva a determinar que estos Arts. (14º, 17º, 18º y 19º) cuentan con un elemento común cognoscitivo, por lo que a este tercer grupo de derechos culturales les llamaremos derechos culturales de interés cognoscitivo.

De dicha clasificación se puede inferir un contenido esencial para cada grupo de derechos culturales propuestos, teniendo así:

A. *Derechos culturales materiales*

Son los derechos que regulan los objetos culturales materiales, siendo los que en su constitución, muestran un aspecto material, físicamente perceptibles, y cuentan con una apreciación valorativa, es decir, cuentan con un sentido espiritual que apunten en forma positiva a una apreciación axiológica, pudiendo ser estos objetos culturales materiales: muebles, así como inmuebles.

– **Objetos culturales materiales muebles**

A grandes rasgos, comprenden todos los objetos movibles que contengan en sí mismos la plasmación de un valor realizado por el hombre, en su interacción histórica, religiosa, etnológica, artística, antropológica, tradicionalista, científica, tecnológica y toda cualidad apreciativa axiológica razonable. Ejemplo: la pieza de orfebrería “Tumi”; un huaco retrato, los kipus, una moneda de plata –medio dino– de 1890, etc.

– **Objetos culturales materiales inmuebles**

Comprende de manera no limitativa, los edificios, obras de infraestructura, ambientes y conjuntos monumentales, centros históricos y demás construcciones, o evidencias materiales resultantes de la vida y actividad humana urbanas y/o rurales, aunque estén constituidos por bienes de diversa antigüedad o destino, y tengan valor arqueológico, arquitectónico, histórico, religioso, etnológico, artístico, antropológico, paleontológico, tradicional, científico o tecnológico, su entorno paisajístico y los sumergidos en espacios acuáticos.

De igual manera, comprende los hechos geográficos y formaciones naturales que cuentan con un valor artístico, religioso, costumbrista, folclórico, etc., y demás elementos que estén íntimamente ligados a la cosmovisión e identidad étnica, social e histórica de un determinado grupo humano desarrollado íntimamente alrededor de estos hechos geográficos o formaciones naturales, los cuales son indispensables para el desarrollo de sus pueblos tanto en su esfera económica, sentimiento de nacionalidad y espiritualidad; entendiendo que estos bienes son inherentes a estos asenta-

mientos humanos. Ejemplo de ello es el nevado del Misti para los ciudadanos de Arequipa, Dicho nevado es inherente a la identidad cultural de los arequipeños, y desde época ancestral, ha servido a sus primeros pobladores como fuente de inspiración y explicación espiritual para sus religiones precolombinas. En la actualidad, es fuente de ingresos económicos debido a su fuerte interés turístico. Por lo que es un sentir, que ningún ciudadano arequipeño se podría imaginar a su ciudad sin el imponente nevado del Misti, así como se expresa en el yaraví melgariano:

“(…) ¿Quién ha visto aquel volcán
todo cubierto de nieve?
que aparenta frialdad
aunque por adentro queme. (…)”⁽¹¹⁾

Teniendo a consideración que estos bienes culturales tanto materiales muebles e inmuebles, son regulados para disfrute, culto y estudio del hombre; se debe entender que su razón de existir responde a que el hombre por medio de ellos puede introvertirlos a la esfera más íntima de su ser, es decir, a su espiritualidad, identidad, valores, creencias, culto, técnica, historia, folclore, cosmovisión, estudio y demás elementos propios; por lo tanto que el hombre entre en contacto con estos objetos culturales materiales, está condicionado a que estos existan, siendo esta existencia precepto básico que fundamentan la razón de ser de los objetos. Consecuentemente el contenido esencial del derecho fundamental a la cultura, entendido como los *derechos culturales materiales*, en cuanto regulan los *objetos culturales materiales muebles e inmuebles* será la existencia misma de estos objetos. Así:

Ejemplo uno.- En el año 1959 se inició una campaña internacional de recaudación de fondos para salvar los monumentos de *Abu Simbel*, ya que algunos de ellos estaban en peligro de desaparecer bajo el agua, como consecuencia de la construcción de la presa de Asuán. Así comenzó en 1964 el

⁽¹¹⁾ **Cancionero, “El volcán”.** - Yaraví melgariano de tradición popular - S. XIX. Primera estrofa de versión transcrita por Francisco Mostajo en artículo publicado en *El Pueblo* (Arequipa 31 ene. 1951). Mostajo señala que este yaraví de autoría anónima se hizo popular en Arequipa con el añadido de una estrofa poética de Trinidad Pacheco Andía (1835-1915), estrofa que pertenecía a su vez a un yaraví suyo publicado en *Mistura para el bello sexo* - segunda serie (este cancionero se publicó en varias ediciones en Arequipa entre 1865 y 1893). Consultado el 01.05.2014. <http://canteradesonidos.blogspot.com/2011/08/dos-ofrendas-discograficas.html>

rescate del templo por un equipo multinacional de arqueólogos, ingenieros y operadores de equipo pesado que trabajaron juntos bajo el estandarte de la UNESCO. Entre 1964 y 1968, todo el sitio fue cuidadosamente partido en grandes bloques (de un promedio de 20 toneladas y un máximo de 30 toneladas cada uno), desmantelado, elevado y reensamblado en una nueva ubicación 65 metros más alta y 200 metros más lejos del río. (UNESCO, Monumentos de Nubia, desde Abu Simbel hasta Philae).

Conservándose la existencia del complejo monumental detallado. Así, en el presente ejemplo, se cumple la regla de que el núcleo duro, o contenido esencial de este tipo de derecho fundamental del hombre es la existencia en sí misma del objeto material para su disfrute.

B. *Derechos culturales inmateriales*

Son los que forman el patrimonio inmaterial de la nación, las creaciones de una comunidad, fundadas en las tradiciones, expresadas por individuos de manera unitaria o grupal, y que reconocidamente responden a las expectativas de la comunidad, como expresión de su identidad, además de los valores transmitidos oralmente, como idiomas, lenguas y dialectos autóctonos, el saber y conocimiento tradicional, ya sean artísticos, gastronómicos, medicinales, técnicos, folclóricos o religiosos, los conocimientos colectivos de los pueblos y otras expresiones o manifestaciones que en conjunto forman la diversidad cultural.

Cabe apreciar en este punto, que existen ciertos bienes u objetos que siendo materiales son percibibles rápidamente dada su codificación genética, biológica y química, además que su protección y existencia son para el consumo y goce directo de las personas. Quizás esta sea la razón probable por la cual, a manera de constituir una presunción jurídica, *se los consideraría* dentro de esta división de inmateriales. Tales bienes u objetos vendrían a ser las plantas y ciertos animales, los cuales merecerían contar con el “título cultural”, debido a su desarrollo histórico, ritualístico, folclórico, etc., junto al lado del hombre, lo mismo que es concordantemente con la Ley N° 28477⁽¹²⁾. Ejemplo de ellos son la papa amarilla, la quinua, el cuy, la alpaca

⁽¹²⁾ Ley que declara a los cultivos, crianzas nativas y especies silvestres usufructuadas patrimonio natural de la nación.

y la llama. Asimismo, la Sentencia de los Expedientes acumulados Nros. 20-2005-PI/TC y 21-2005-PI/TC, postula acertadamente que las plantas son “patrimonio cultural inmaterial” (CONSTITUCIONAL, 2005)⁽¹³⁾, concordante con lo ya expresado anteriormente.

Generalizando, teniendo a consideración que estos bienes culturales inmateriales, son regulados para disfrute, culto y estudio del hombre; se debe entender que su razón de ser responde a que el hombre por medio de ellos pueda disfrutarlos y recrearlos según sus mismas formas, respetando su espiritualidad, identidad, valores, creencias, culto, técnica, historia, estudio y demás elementos imbibitos que cuentan estas creaciones. Por lo tanto, para que el hombre entre en contacto con estas formas inmateriales, estas están condicionadas a que sean usadas o recreadas, siendo este uso o recreación el precepto básico que fundamenta la razón de ser de estas formas inmateriales. Consecuentemente el *contenido esencial*, del *derecho fundamental a la cultura* entendido este como los *derechos culturales inmateriales*, en cuanto regulan *las formas inmateriales* será el *uso u recreación (volver a crear)* de estas mismas formas.

Ejemplo de ellos son los siguientes:

- La Danza de las Tijeras, proclamada por la UNESCO como Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad.
- La danza de la Marinera, proclamada el 30 de enero de 1986 como Patrimonio Cultural de la Nación.
- La melodía de El Cóndor Pasa; entre otros.

C. *Derechos culturales de interés cognoscitivo*

Son los derechos o libertades que declaran la creación, difusión y protección de toda facultad o disposición a favor del hombre, para que este se

⁽¹³⁾ En su parte resolutive, en su numeral 4, refiere: “Exhortar al Congreso de la República, de conformidad con el Fundamento 111, *supra*, a incluir, en el más breve plazo posible, a la planta de la hoja de coca en la lista de cultivos reconocidos como Patrimonio Natural de la Nación, por la Ley N.º 28477. En igual sentido, se exhorta al INC, a iniciar los trámites administrativos para evaluar la conveniencia técnica de la declaración del uso tradicional de la planta de hoja de coca como patrimonio cultural inmaterial, de conformidad con el ordenamiento internacional.”

desarrolle atendiendo humanísticamente su desarrollo en el cual, el hombre es un fin en construcción, siendo los conocimientos y disfrute de las artes, técnica, literatura, música, ciencias, filosofía, etc., los elementos para que el hombre alcance conocimiento y pulcritud, lo cual le será útil e imbibito a su desarrollo educativo, social, intelectual, espiritual, etc. Concordante este tipo de derecho cultural a las definiciones que *cultura* tomó en su desarrollo histórico, así como de las concepciones universalistas y diferencialistas.

Teniendo a consideración que estos derechos y libertades, declaran la facultad de acceder a las ciencias de criterio humanístico; se debe entender que su razón de ser responde a que el hombre por medio de ellos pueda crecer y desarrollarse haciendo uso de los conocimientos que lo conducirán a un perfeccionamiento continuo, acorde con la dignidad, que como fin supremo la Constitución brinda protección, por lo tanto, estos derechos y libertades concretan su eficacia tan sólo con no limitar ni prohibir su desarrollo o expectativa. Así, el derecho fundamental a la cultura entendido como los *derechos culturales de interés cognoscitivo* tienen su núcleo duro o *contenido esencial* en *la expectativa u interés* que el hombre tenga de hacer uso de las artes, doctrinas, filosofías, conocimientos humanistas, etc., a fin de interiorizarlos en favor de su desarrollo.

Cítense como ejemplos:

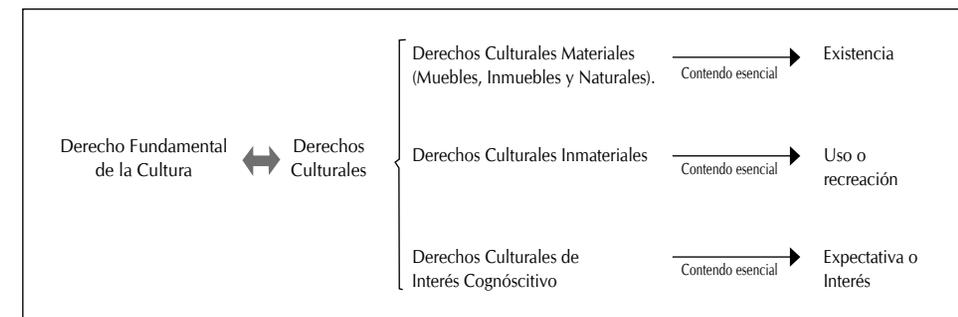
- La libertad de aprender a hablar quechua, aimara, griego coine, ruso, latín u otro idioma.
- La libertad de estudiar la literatura del zen, Ramayana y la Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino.
- La libertad que cualquier persona tiene de aprender a tocar piano, violín, gaita, quena, pututo, etc.
- La libertad de investigar la cosmovisión de los grupos humanos andinos asentados en los alrededores de los lagos ubicados en cabecera de cuencas del Perú.

Dejándose constancia que estos *derechos culturales de interés cognoscitivo* dependen directamente, siendo inmanentes al desarrollo de las dos primeras clases de derechos culturales (materiales e inmateriales), evidenciándose

obviamente la cualidad de *universales, indisociables e interdependientes*⁽¹⁴⁾. Así, por ejemplo:

- El *derecho cultural de interés cognoscitivo* de hablar quechua dependerá de que este idioma quechua se pueda *recrear y/o usar*. Dado que el quechua es un derecho cultural inmaterial.
- El *derecho cultural de interés cognoscitivo* de estudiar la literatura de la Suma Teológica, dependerá de que este libro *exista*, pues el libro en mención es un objeto, que por sus cualidades, el hombre será receptivo, así éste ejercerá sobre el objeto, sus derechos culturales materiales muebles.
- El *derecho cultural de interés cognoscitivo* de investigar la cosmovisión de los grupos humanos andinos asentados alrededor de lagos y lagunas ubicadas en cabeceras de cuencas del Perú, dependerá de que estos lagos *existan*, dado que los lagos y lagunas en mención, son objetos que según sus cualidades históricas, antropológicas, místicas, folclóricas, etc., son atribuibles a la relación con los hombres que se desarrollan a sus alrededores, clasificando a estos lagos y lagunas dentro de los derechos culturales materiales inmuebles.

Consecuentemente, se tendría una estructura del derecho fundamental de la cultura con los contenidos esenciales propuestos según los tipos de derechos culturales. (Ver gráfico)



(14) UNESCO, Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural (DUDC), Art. 5º.

Finalmente, todos los derechos culturales en cuanto a sus objetos, deben contar con un tratamiento por el cual se determine si cuenta o no con su carácter cultural. Dicho tratamiento debe ser realizado con base en un filtro axiológico positivo, ejemplo de ello es la Sentencia en el Exp. N° 042-2004-AI, en la cual el Tribunal Constitucional, refiriéndose a los espectáculos taurinos, otorga un examen y establece criterios para determinar su culturalidad⁽¹⁵⁾ (TC PERU, 2005), pudiéndose extender este criterio y complementarlo para catalogar el factor cultural de nuestra propuesta de “derechos culturales”. Referida calificación debería estar a cargo de un órgano independiente y de jurisdicción total, por ejemplo, el Ministerio de Cultura (como en el derecho y del hecho de nuestra realidad nacional es); así se tendría:

⁽¹⁵⁾ Texto original del examen recomendado por el TC, para calificar la culturalidad de los espectáculos taurinos:

- a) El contenido del espectáculo debe estar estrechamente vinculado con los usos y costumbres que comparte la comunidad nacional, regional o local y que estén vigentes al momento de realizar tal calificación no pudiendo admitirse que el contenido afecte derechos fundamentales reconocidos por la constitución, como aquellos que promuevan, directa o indirectamente, actos de crueldad y sacrificio innecesario de animales.
- b) El costo del espectáculo debe ser accesible a la mayor parte de la población, en caso contrario, no deberá ser calificados como “culturales”.
- c) Los espectáculos no deben transmitir mensajes en contra de valores superiores tales como la dignidad de las personas, la vida, la igualdad, ni tampoco mensajes que inciten a la violencia contra personas o animales.
- d) Para ser calificados como “culturales”, los espectáculos deben realizar un aporte concreto al desarrollo cultural, para ese fin, el Instituto Nacional de Cultura deberá evaluar e identificar cuál es el aporte del espectáculo, sobre todo, en el ámbito educativo, científico o artístico.

La mencionada sentencia, también se pronunció respecto del rol del Estado como promotor de las manifestaciones culturales; así se establece que el Estado tiene el deber constitucional de respetar y promover las manifestaciones culturales; así también no deberá avalar aquellas manifestaciones culturales que vulneren los derechos fundamentales y los principios constitucionales; y prosigue en cuanto al caso materia de dicha sentencia que: (...) “los espectáculos taurinos a criterio del tribunal no pueden ser considerados como manifestaciones culturales por cuanto afectan el derecho fundamental a la tranquilidad y bienestar de las personas que se interesan por la protección de los animales, y asimismo, no son espectáculos que conlleven acrecentar o fomentar el bagaje cultural de la población, poniendo en manifiesto en su fallo lo señalado por la Organización de las Naciones Unidas para la educación, la ciencia y la cultura; manifestando además que la UNESCO que se ha pronunciado en contra de este tipo de espectáculos.

- a) Los objetos de los derechos culturales deben estar estrechamente vinculados con los usos y costumbres que comparte la comunidad nacional, regional o local y que estén vigentes al momento de realizar tal calificación no pudiendo admitirse que el contenido afecte derechos fundamentales reconocidos por la constitución, como aquellos que promuevan, directa o indirectamente, actos de crueldad y sacrificio innecesario de animales.
- b) El costo de los espectáculos, referidos a los objetos de los derechos culturales inmateriales, debe ser accesible a la mayor parte de la población, en caso contrario, no deberán ser calificados como “culturales”.
- c) Los espectáculos, referidos a los objetos de los derechos culturales inmateriales, no deben transmitir mensajes en contra de valores superiores tales como la dignidad de las personas, la vida, la igualdad, ni tampoco mensajes que inciten a la violencia contra personas o animales.
- d) Los objetos de los derechos culturales, para ser calificados como “culturales”, deben realizar un aporte concreto al desarrollo cultural, para ese fin, se deberá evaluar e identificar cuál es el aporte sobre todo, en el ámbito educativo, científico, artístico, filosófico, folclórico, musical, literario, paisajístico, costumbrista, religioso, etc.

VIII. Conclusiones

- La amplitud de la definición del derecho a la cultura es resultado de un proceso histórico con base en el tratamiento de la cultura en distintas épocas, además dicha amplitud es adoptada por el Derecho después de haber sido adoptada por otras ciencias sociales como la Antropología.
- Dado que en la Constitución Política del Perú, el derecho fundamental a la cultura se encuentra en el Artículo 2º, numeral 8, conjuntamente con el derecho a la propiedad intelectual; y este por sí solo no enmarca la definición del derecho a la cultura. Se tiene que entender que su delimitación se complementa con las leyes que tratan la cultura, y con los demás derechos constitucionales que enuncian a la cultura, los cuales constituyen los *derechos culturales*.

- Todo derecho fundamental cultural cuenta con un contenido esencial, sin embargo, para que sea considerado así, su objeto (ya sea material, inmaterial o de interés cognoscitivo) debe tener una carga axiológica positiva.
- La presente propuesta de tratar al derecho fundamental a la cultura como sinónimo de “derechos culturales” a efectos de constituirle un contenido esencial, puede ser la respuesta a la tendencia mundial que el campo jurídico realiza cuando estudia y desarrollando las figuras de “la interculturalidad” y “pluriculturalidad”, así, dichos conceptos cobran vigor, se estructuran y pueden regular según objetos comunes (ya sea material, inmaterial o de interés cognoscitivo) de todos los Estados.
- Entiéndase a todos los derechos culturales como derechos subjetivos, así, cuando los tratamos debemos tener en claro que su eficacia y desarrollo se da a favor del hombre.
- Se advierte que todo derecho cultural devenido del derecho fundamental a la cultura, cuenta con un *núcleo duro* al momento que lo ubiquemos por sus características en las divisiones de los derechos culturales (materiales, inmateriales o de interés cognoscitivo); sin embargo, de su aplicación en el futuro, se podría observar ciertas zonas grises, donde confluyan o se intersecten ciertos objetos culturales, como un objeto cultural que comparta características de pertenencia entre objetos estudiados por los derechos culturales inmateriales y los derechos culturales de interés cognoscitivo; ante esta situación, se debiera optar por hacer uso de una presunción jurídica a fin de colocarlo en un grupo.

IX. Lista de referencias

- ARROYO YANES, L. (junio de 2006). *Los derechos culturales como derechos en desarrollo: una aproximación*. Consultado el 13.05.2014, de Dialnet: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2150795>
- CHAMPEIL-DESPLATS, V. (enero de 2010). *El Derecho a la Cultura como Derecho Fundamental*. Consultado el 15.05.2014, de Centro de Estudios de Iberoamérica: https://www.urjc.es/ceib/investigacion/publicaciones/REIB_04_10_Veronique.pdf

- CONSTITUCIONAL, T. (27 de setiembre de 2005). *Sentencia del pleno jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú*. Consultado el 19.05.2014, de Expedientes Acumulados Nros. 0020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI/TC. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00020-2005-AI%200021-2005-AI.html>
- ETO CRUZ, G., *El Tribunal Constitucional Reescribe el Derecho*, Gaceta Jurídica, Lima, 2011.
- FERREYROS CASTAÑEDA, M., *La Constitución Comentada*, Vol. I, Gaceta Jurídica, Lima, 2010.
- GARCÍA TOMA, V., *Los Derechos Fundamentales en el Perú*, Jurista Editores, Lima, 2008.
- HARVEY, E. R. (5 de mayo de 2008). *Los Derechos Culturales: Instrumentos normativos internacionales y políticas culturales nacionales*. <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CESCR/Discussions/May2008/EdwinRHarvey.pdf>. Consultada el 17.05.2014.
- LÓPEZ HURTADO, M. y VALENTÍN RUIZ, F., *Derecho y cultura: En torno a una definición y nexos de unión*, 2011. <http://eprints.ucm.es/16027/> Consultado el 15.05.2014.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (13 de abril de 2005). *Exp. N° 0042-2004-AI/TC*. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00042-2004-AI.html> Consultado el 18.05.2014.
- SILVA SANTISTEBAN, F. (5 de marzo de 2006). *Conceptos tradicionales y nuevos enfoques*. http://www.lainsignia.org/2006/marzo/dial_001.htm. Consultada el 17.05.2014.
- SMITH, J., *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Vol. V, Driskillsa, México, 1986.
- UNESCO (6 de noviembre de 2001). *Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural*. http://portal.unesco.org/es/ev.phpurl_id=13179&url_do=do_topic&url_section=201.html . Consultada el 18.05.2014.
- UNESCO (s/f). *Monumentos de Nubia, desde Abu Simbel hasta Philae*. <http://whc.unesco.org/es/list/88>. Consultado el 19.05.2014.

Problemática de la enseñanza del Derecho Constitucional

HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ (*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Derecho Político o Derecho Constitucional General. III. Derechos fundamentales y derechos humanos. IV. El principio pro homine. V. Derecho comparado de los derechos fundamentales.

Nota de edición: El presente artículo es la transcripción de la ponencia que el distinguido jurista chileno Dr. Humberto Nogueira Alcalá desarrolló en la Tercera Semana de Derecho Constitucional, realizada durante los días 9 al 14 de junio de 2014, organizada por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNC, la asociación Ipso Iure y la Escuela de Postgrado. Hemos agregado los subtítulos para facilitar la lectura y el análisis de tan trascendente ponencia.

(*) Doctor en Derecho por la Universidad de Lovaina la Nueva, Bélgica. Profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Talca, Chile. Director del Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Presidente de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional. Presidente de la Sección Chilena del Instituto de Derecho Constitucional. Autor de diversas obras en las Ciencias Jurídicas, y en especial en el área de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional.

I. Introducción

Buenas noches a todos. Yo quisiera señalar que, desde la perspectiva de la enseñanza del Derecho Constitucional en Chile, que el tema propiamente del Derecho Constitucional se estudia fundamentalmente a través de distintos módulos, asignaturas o cursos, dependiendo de cómo queramos denominarlos.

II. Derecho Político o Derecho Constitucional General

En primer lugar, hay una dimensión del Derecho Constitucional General, que en caso nuestro se denomina además Derecho Político, en donde se hace un análisis fundamentalmente de carácter formativo, de lo que son las principales garantías, y todo lo que es el conjunto de conceptos, de instituciones fundamentales que corresponden a la Teoría del Estado, a la Teoría de la Constitución, a la Teoría del Gobierno, que forman parte de lo que es el núcleo central del sector del Derecho Público. En segundo lugar, el Derecho Constitucional Positivo normalmente se desarrolla en dos módulos diferentes; un módulo dedicado fundamentalmente a lo que nosotros denominamos “Derecho del Estado y Jurisdicción Constitucional”, que corresponde a la dimensión del Derecho Constitucional Orgánico, y todo, el ámbito de lo que es la Jurisdicción Constitucional y defensa de la Constitución. También se incluye un tercer módulo que está dedicado fundamentalmente al ámbito de los derechos y garantías, esto vale decir, a la parte de lo que podríamos denominar la función del Derecho Constitucional de la Libertad, o el ámbito de los Derechos Fundamentales o garantías. Ahora, yo me voy a remitir fundamentalmente a este tercer módulo, donde hemos empezado a introducir algunas innovaciones en su estudio.

III. Derechos fundamentales y derechos humanos

Estas innovaciones se deben, en primer lugar, a la idea que se ha ido introduciendo en el contexto, yo diría de inmensa mayoría en los países latinoamericanos. Por lo tanto, no es sólo una realidad nacional, en que los derechos, hoy en día, están contenidos en un sistema de doble fuente. Una fuente interna, que es la propia fuente constitucional; y por otra parte, el

Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ratificado y vigente. Además debemos incluir prácticamente en todo el derecho latinoamericano, también la concepción de los derechos no enumerados o de los derechos implícitos, para los países que no los tenemos en el caso de Chile, entran por la vía del art. 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Por lo tanto, el estudio de lo que es el ámbito de los derechos, parte fundamentalmente de reconocer la dicotomía que se producía entre el estudio de lo que son los derechos constitucionales, entendiéndolo por ello sólo los que estaban comprendidos en la carta fundamental; y por otra parte, los Derechos Humanos que eran aquellos que estaban expresamente contenidos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Ante ello, hemos considerado que deben estudiarse en una sola unidad, y esa unidad tiene como fundamento central, un fundamento que es de derecho tanto interno como de derecho internacional, que es la fundamentación de todos los derechos en la dignidad de la persona humana y eso lo vamos a encontrar en nuestras propias constituciones en primer lugar, y en segundo lugar, en los preámbulos de los principales pactos y tratados internacionales en materia de Derechos Humanos. Esto implica, por lo tanto, desarrollar lo que es la concepción de un bloque constitucional de derechos, y cuando hablo del bloque constitucional de derechos, me estoy remitiendo a los derechos y no a las fuentes que los contienen. Esto implica por lo tanto aceptar que hay derechos con normas y hay derechos sin ellas, y precisamente la concepción de los derechos implícitos o no enumerados implica la existencia de derechos que no tienen normas o que no están configurados por normas. Esto implica, por lo tanto, una dimensión de apertura del sistema de estudio, entendiéndolo por derechos fundamentales no sólo los derechos constitucionales, sino también los derechos provenientes de fuentes internacionales; y por lo tanto, ambos constituyen una sola unidad que debe ser garantizada tanto a nivel nacional como a nivel internacional.

IV. El principio pro homine

Eso al mismo tiempo, lleva por otra parte, a entender que nuestros países, en el caso propiamente de Chile, al momento de incorporarse al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, reconoció como base del sistema, que había por lo tanto estándares mínimos que debían ser respta-

dos respecto al contenido de derechos; y esos estándares mínimos, eran los que se habían comprometido a respetar en virtud de las obligaciones por una parte generales en los arts. 1º y 2º de la Convención Americana, como por otra parte, los derechos específicos contenidos a partir del art. cuarto hacia adelante, que están contenidos en la misma Convención Americana, pero además entendiendo, como lo entiende a su vez la Corte Interamericana y también la convención, de acuerdo con el art. 29 de ella, de que los derechos que deben ser asegurados, no son únicamente los que están en la Convención o en la Constitución, sino también, en otros instrumentos internacionales que el Estado ha ratificado, y que por lo tanto, esto debe necesariamente ser considerado al momento de delimitar los derechos; y cuando hablo de delimitar los derechos, estoy diciendo, la determinación de los atributos y las garantías que están contenidos en ellos, y al mismo tiempo, las fronteras de cada uno de esos derechos. Esto implica empezar a usar el instrumental en materia de interpretación de derechos fundamentales generado tanto por el ámbito de las jurisdicciones internacionales como por las jurisdicciones nacionales. En ese plano, se ha permitido ir configurando un conjunto de postulados básicos de interpretación constitucional, y dentro de ellos –la regla de oro– yo diría aquellos que están además comprendidos, claramente en el literal b del art. 29 de la Convención Americana, es el principio pro homine, por principio a favor de la persona, que a su vez tiene una doble dimensión. La primera implica una vertiente interpretativa que consiste en explicar las vivencias del derecho de acuerdo a aquella concepción que posibilita su máxima potencialización; y por otra parte, la segunda dimensión que presenta el principio pro homine, que es la que menos se ha considerado y la que tiene mayor impacto, es la vertiente normativa, y esa vertiente normativa implica señalar que en esa dimensión normativa, el principio pro homine reemplaza los principios tradicionales que operan en el ámbito normativo. Por lo tanto, el principio que opera, es aquella norma que mejor protege el derecho, y esa norma que mejor protege el derecho, puede ser la norma internacional o puede ser la norma nacional. No hay por lo tanto un principio rígido en esta materia, sino que en cada caso debemos primero proteger el estándar mínimo, y en segundo lugar, aplicar aquella norma que mejor protege el derecho. Esto implica, por lo tanto, un enfoque nuevo para estudiar los derechos fundamentales y, por lo menos, en lo que a mí me concierne, me ha tocado empezar a desarrollar esta metodología en el ámbito del Derecho Constitucional chileno.

V. Derecho comparado de los derechos fundamentales

Y, finalmente para terminar, señalar que además esto implica también considerar una dimensión del derecho comparado en materia de derechos fundamentales, pues debemos también considerar el derecho que opera no sólo en la comunidad latinoamericana, sino también en otros contextos similares, y en tal perspectiva ver la confluencia que existe entre las jurisdicciones internacionales de derechos humanos, como es el Sistema Interamericano y el Sistema Europeo de protección de derechos, y el diálogo que se produce entre la Corte Europea y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Veo que es una perspectiva nueva, no muy desarrollada, yo la he visto sólo en el caso de Bolivia, que ha tenido un cierto desarrollo en dicha dimensión a través de manuales de derechos fundamentales, pero no lo he visto todavía desarrollado en otros países de América Latina. Es un enfoque metodológico nuevo para el análisis de los derechos fundamentales, y obviamente la reflexión que les dejo es fundamentalmente ¿si ese enfoque también es aplicable eventualmente al estudio de los derechos fundamentales en el caso del Perú? Y yo diría, que por regla general, sí lo es, porque así lo ha dicho la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y además están las reglas de interpretación de las disposiciones transitorias de la Constitución de 1993. Gracias.

La seguridad jurídica y su afectación por parte del Tribunal Constitucional en casos de improcedencia de la demanda en proceso de amparo

TERESA YSABEL TERÁN RAMÍREZ (*)

SUMARIO: I. Introducción. II. De la seguridad jurídica. 2.1. Concepto. 2.2. Elementos. 2.3. Dimensiones. III. La seguridad jurídica desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. 3.1. La seguridad jurídica como principio y como derecho. 3.1.1. La seguridad jurídica como principio. 3.1.2. La seguridad jurídica como derecho. 3.2. Pronunciamientos de fondo del Tribunal Constitucional, en casos de improcedencia de la demanda en procesos de amparo, genera vulneración a la seguridad jurídica. 3.2.1. Modo de resolver del Tribunal Constitucional en relación al recurso de agravio constitucional originado de la declaración de improcedencia de la demanda constitucional. 3.2.2. Pronunciamientos de fondo del Tribunal Constitucional en casos de improcedencia de la demanda de amparo afecta la seguridad jurídica. IV. Conclusiones. V. Lista de referencias.

I. Introducción

La seguridad jurídica, en tanto idea de orden, de cumplimiento de las normas jurídicas, de certeza del derecho, de ausencia de arbitrariedad de

(*) Abogada por la Universidad Nacional de Cajamarca. Magister en Derecho Constitucional y Derechos Humanos, actualmente, docente invitada en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca.

quienes ejercen poder de decisión, ha constituido un tema de interés general en el ámbito jurídico. En cuanto a su regulación normativa, el Tribunal Constitucional peruano (en adelante el TC) ha precisado que, si bien no se encuentra reconocida de modo expreso en nuestra constitución, se halla contenida implícitamente en todo nuestro ordenamiento jurídico y, a la vez, constituye un principio que forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho⁽¹⁾; de allí su importancia. Sin embargo, la relevancia de la seguridad jurídica, como tal, se centra además, en que “ayuda a limitar el voluntarismo del poder y a crear sensación de libertad en los ciudadanos. Es por consiguiente, una dimensión esencial para la cohesión social y para la adhesión y el acuerdo de la ciudadanía con un sistema político y jurídico” (Peces Barba 2003: 8).

En este entender, el presente artículo tiene un doble propósito. Por un lado, proyecta otorgar anotaciones acerca de la seguridad jurídica, básicamente, a la luz de la jurisprudencia del TC; y, por otro lado, pretende dar a conocer las razones por las cuales el actuar del TC, expresado en los Expedientes Nros. 03891-2011-PA/TC; 01865-2010-PA/TC; 02646-2010-PA/TC; 00431-2011-PA/TC; 03736-2010-PA/TC; y 04090-2011-PA/TC, no se ajusta a la seguridad jurídica, sino por el contrario, la afecta. Todo ello permitirá evidenciar el implícito valor que encierra el tema materia de estudio.

II. De la seguridad jurídica

2.1. Concepto

El TC, en su jurisprudencia, se ha referido a la seguridad jurídica, precisando al respecto que “(...) se trata de un valor superior contenido en el espíritu garantista de la Carta Fundamental, que se proyecta hacia todo el ordenamiento jurídico y busca asegurar al individuo una expectativa razonablemente fundada respecto de cuál será la actuación de los poderes públicos y, en general, de toda la colectividad, al desenvolverse dentro de los cauces del Derecho y la legalidad”⁽²⁾. A la vez, el alto

⁽¹⁾ STC, de fecha 30.04.2003, recaída en el Exp. N° 0016-2002-AI/TC. F.J. 3.

⁽²⁾ STC, del 04-07-2003. Exps. acumulados N°s 0001/0003-2003-AI/TC. F. J. 3. Asimismo, comentando al respecto, RUBIO CORREA (2006: 80-81), ha precisado que:

“La seguridad jurídica tiene, como se ve, mucho que ver con las normas generales del Derecho. El Tribunal Constitucional ha señalado tres aspectos en los que esta relación se manifiesta con suma claridad:

Tribunal le ha otorgado las condiciones de principio consustancial del Estado Constitucional de Derecho y de derecho subjetivo de todo ciudadano. Afirmando que “en tanto principio, la seguridad jurídica se constituye en una norma de actuación de los poderes públicos, que les obliga a hacer predecible sus decisiones y a actuar dentro de los márgenes de la razonabilidad y proporcionalidad; y, en tanto derecho, la seguridad jurídica le corresponde a todo ciudadano que supone la expectativa razonable de que sus márgenes de actuación, respaldados por el Derecho, no serán arbitrariamente modificados”⁽³⁾.

Por su parte, RUBIO CORREA expresa lo siguiente:

“(...) la seguridad jurídica consiste, en esencia, en que el Derecho será cumplido y, por consiguiente, que las conductas de las personas, pero principalmente del Estado, sus órganos y organismos, serán predecibles. Lo esencial de la seguridad jurídica es poder predecir la conducta de las personas y del poder a partir de lo que manda el Derecho. Puede ser que las personas discrepen con esas conductas, pero cuando tienen seguridad jurídica saben cuáles son las que predetermina el Derecho. Esto permite organizar la propia vida y sus situaciones de manera jurídicamente correcta” (2006: 79).

Como puede notarse, la posición precitada presenta dos aspectos: el primero es aquel que coincide, fundamentalmente, con la condición de principio ostentada por el TC; y, el segundo resume el significado de seguridad jurídica, que no es sino el cumplimiento del Derecho.

- El primero consiste en que la conservación de la ley ensancha la seguridad jurídica. Esta es una razón para que el control constitucional sea de última ratio.
- El segundo consiste en que, al modificar la ley, debe tomar en cuenta que las personas han confiado en la ley anterior y, si bien no se cuestiona la atribución del legislador al cambiar las reglas, sí se le debe exigir un plazo razonable de adecuación de las conductas a las nuevas situaciones normativas. Si no se hiciera esto, se incurriría en violación de la seguridad jurídica.
- El tercero consiste en que la publicación de las normas generales, exigida por los artículos 51 y 109 de la Constitución, es fundamental para la seguridad jurídica, pues, sin tal publicación, los encargados de cumplirlas no sabrían en qué consisten las reglas que guían su conducta y, consiguientemente, no les podrían ser exigidas. La publicación de las normas generales trae seguridad jurídica porque permite conocer lo que hay que cumplir en nuestra conducta cotidiana”.

⁽³⁾ Véase el voto del magistrado Eto Cruz, en la STC del 25-08-2009, Exp. N° 05942-2006-PA/TC. F.J.6.

Aunado a ello, el profesor ARCOS RAMÍREZ sostiene lo siguiente:

“(...) la seguridad es la razón de ser del Derecho y se identifica con el orden y la paz que, como mínimo, se deriva de la existencia de un sistema jurídico; para que el Derecho pueda realizar esa función ordenadora, ha de estar a disposición de los ciudadanos de un modo cierto e incuestionado, de manera que aquellos puedan actuar de acuerdo con sus disposiciones con la tranquilidad de que se apoyan en una referencia firme y cognoscible, en la que pueden confiar como expresión clara de sus obligaciones y defensa protectora de sus derechos” (2000: 26 y 33).

Interpretando la posición del autor, señalamos que la seguridad jurídica es vista como mecanismo para concretar la paz y el orden social, es decir, coadyuvará a la finalidad del Derecho⁽⁴⁾; de allí su justificación o existencia. Por tanto, podemos afirmar que, para que el Derecho cumpla su finalidad, debe existir seguridad jurídica.

Finalmente, por nuestra parte, consideramos que la seguridad jurídica es la garantía del justiciable de que el derecho será efectivizado; pues, cada una de las conductas –con relevancia jurídica– de los seres humanos, se hallan descritas y contenidas en el ordenamiento jurídico; por ello, determinamos que las normas son predecibles. En definitiva, reiteramos que seguridad jurídica es idea de orden, de cumplimiento de las normas jurídicas, de certeza del derecho, de ausencia de arbitrariedad de quienes ejercen poder de decisión.

2.2. Elementos

Para el desarrollo de este punto, anotaremos las opiniones de Arcos Ramírez, para quien los elementos de la seguridad jurídica son la certeza jurídica, la eficacia del Derecho y la ausencia de arbitrariedad.

- a) **La certeza jurídica:** *“La seguridad del Derecho es, en primer lugar, certeza o certidumbre jurídica”* (Arcos Ramírez 2000: 35). Ello significa que lo que está establecido en el ordenamiento jurídico, debe ser conocido por todos los sujetos de derecho, a efectos de que los ciudadanos conozcan y distinguan lo que está prohibido, impuesto o permitido.

⁽⁴⁾ Para mayor profundidad, ver ORTIZ URQUIDI, s/f, pp. 289-302.

Un ejemplo de certeza jurídica puede encontrarse en el Artículo 200.3 de la Constitución Política del Perú, que refiere acerca de la garantía constitucional de Hábeas Data, la cual protege el derecho a la información. Así, –por certeza jurídica– los sujetos de derecho conocerán que si brindan información requerida acerca de la intimidad personal de un ciudadano, podrán ser demandados mediante el proceso de Hábeas Data. De este modo, entendemos que todas las normas jurídicas encierran en su contenido certeza jurídica; pues, al ser conocidas por sus destinatarios, mediante su publicación, las mismas deben ser cumplidas.

En consecuencia, la certeza jurídica, en tanto elemento de la seguridad jurídica, está referida a la previsibilidad que los sujetos de derecho tengan acerca de sus conductas y de las consecuencias de las mismas.

- b) **La eficacia del Derecho:** También denominada eficacia jurídica. Equivale al cumplimiento o seguimiento efectivo de las normas jurídicas por sus destinatarios; es decir, existirá seguridad jurídica cuando el derecho sea cumplido. Empleando el ejemplo anterior, esto es, según lo señalado en el artículo 200.3 de la Constitución Política, existirá eficacia jurídica cuando el sujeto de derecho, ante un requerimiento de información, no informe acerca de la intimidad personal de un ciudadano; pues, sólo así, el derecho a la información, garantizado mediante el Hábeas Data, se habrá visto cumplido y, con ello, a su vez, la seguridad jurídica.
- c) **La ausencia de arbitrariedad:** *“La seguridad del Derecho exige, igualmente, que los poderes públicos realicen actos de producción y ampliación de normas jurídicas de una manera no arbitraria. En general, tanto en el mundo jurídico como no jurídico, la arbitrariedad se identifica con el abuso de poder, con su utilización caprichosa, sin arreglo a motivo o razón alguna que lo explique o justifique”* (Arcos Ramírez 2000: 35-36).

A nuestro entender, esta es la razón por la que un debido proceso exige que las decisiones jurisdiccionales sean justificadas o motivadas; motivación que constituye en sí misma una garantía, debido a que, sirve para identificar la propia imparcialidad y objetividad con la que actúan los jueces al momento de resolver los conflictos de intereses. Por otro lado, no debe perderse de vista que motivar las resoluciones judiciales es muestra de un actuar jurisdiccional de conformidad con la Constitución y la ley; por lo que la motivación debida permite cumplir el derecho (seguridad jurídica) y, con ello, evitar la arbitrariedad.

2.3. Dimensiones

Las dimensiones que a continuación señalaremos, han sido elaboradas por ARCOS RAMÍREZ (2000: 28-29), teniendo en cuenta las ideas de Radbruch. Así, la seguridad jurídica posee una doble dimensión. La primera, que podríamos denominar *funcional*, la completa como la función de *orden* que realiza un sistema jurídico que ha logrado, como mínimo, instaurar un conjunto de reglas cognoscibles e inviolables para la interacción social. La segunda, que denominaremos *estructural*, estima que la seguridad jurídica es una exigencia de *certeza*, de vigencia y eficacia, que hacen del Derecho un sistema normativo seguro. Sin un Derecho seguro no se puede articular un orden social que permita a los individuos vivir en un clima de paz y seguridad.

III. La seguridad jurídica desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano

3.1. La seguridad jurídica como principio y como derecho

3.1.1. La seguridad jurídica como principio

El Tribunal Constitucional ha precisado que “*la seguridad jurídica, como principio consustancial del Estado Constitucional de Derecho, se constituye, a la vez, en una norma de actuación de los poderes públicos, que les obliga a hacer predecible sus decisiones y a actuar dentro de los márgenes de la razonabilidad y proporcionalidad*”⁽⁵⁾.

Comentando la posición precitada, debemos hacer mención a la razonabilidad. Como sabemos, la razonabilidad forma parte de la dimensión sustantiva del debido proceso –garantía esencial en el Estado Constitucional de Derecho– y, no es sino, el actuar por parte del juzgador de acuerdo a lo que la normativa jurídica establece y, entendido por el propio TC, como “*(...) un criterio íntimamente vinculado a la justicia y está en la esencia misma del Estado constitucional de derecho. Se expresa como un mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad en el uso de las facultades discrecionales, exigiendo que las decisiones que se tomen en ese contexto respondan a criterios de racionalidad y que no sean arbitrarias*”⁽⁶⁾.

(5) Voto del magistrado Eto Cruz, Exp. N° 05942-2006-PA/TC, caso Ucayali Forestal Venao S.R.L. y otro. F.J. 6.

(6) STC, del 18.03.2012, Exp. N° 03167-2010-PA/TC, F.J. 11.

Así, puede notarse la gran similitud entre la razonabilidad y la seguridad jurídica, cual fuera que, en ambas, se presenta el carácter de cumplimiento del derecho por parte de los órganos jurisdiccionales y que, por ello, ambas pretenden evitar la arbitrariedad en la emisión de las decisiones del juez, pues, conforme lo señalara ARCOS RAMÍREZ, “*la seguridad jurídica es como un principio que exige certeza, eficacia y no arbitrariedad en todos los ámbitos del sistema jurídico*” (2000: 63); sin perjuicio de ello, debe quedar claro que la seguridad jurídica es más amplia que la razonabilidad, conforme lo venimos exponiendo.

3.1.2. La seguridad jurídica como derecho

El TC ha indicado que la seguridad jurídica “*es un derecho subjetivo de todo ciudadano que supone la expectativa razonable de que sus márgenes de actuación, respaldados por el Derecho, no serán arbitrariamente modificados*”⁽⁷⁾.

De ello entendemos que la seguridad jurídica constituye un derecho subjetivo cuya titularidad recae sobre todo sujeto de derecho, quien tiene la confianza en que determinada controversia –con relevancia jurídica y puesta a conocimiento del órgano jurisdiccional competente–, será resuelta por este último, aplicando los preceptos contenidos en los cánones establecidos por el propio Derecho. Tal actuar es de obligatorio cumplimiento para los poderes públicos, máxime si “*la Administración Pública es responsable de sus actos. En tal sentido, no puede actuar en forma arbitraria, vale decir, no adecuada a la legalidad, ya que genera, no solo un abuso sino desigualdad, y trastoca los principios de legalidad y seguridad jurídica*”⁽⁸⁾.

3.2. Pronunciamientos de fondo del TC, en casos de improcedencia de la demanda en procesos de amparo, genera vulneración a la seguridad jurídica

De la revisión de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, esto es, de los Expedientes: N° 03891-2011-PA/TC, caso César José Hinostroza Pariachi; N° 01865-2010-PA/TC, caso Arturo Ernesto Cárdenas Dueñas; N° 02646-2010-PA/TC, caso Jimmy Petter Yaya Flores; N° 00431-2011-PA/TC, caso Luis Victoriano Blas del Río; N° 03736-2010-PA/TC, caso César Augusto Elías

(7) STC, del 18.03.2012, Exp. N° 03167-2010-PA/TC, F.J. 11.

(8) STC, del 3-11-2004, Exp. N° 0071-2002-AA/TC, F.J. 15.

García; N° 04090-2011-PA/TC, caso Martha Suárez Fachín de Oré; hemos notado que el alto Tribunal, al resolver Recurso de Agravio Constitucional (en adelante RAC) fundados en la declaración de improcedencia de la Demanda de Amparo, en instancias (grados) inferiores, ha emitido pronunciamiento de fondo de la pretensión, es decir, ha expresado decisión respecto a la demanda de Amparo propuesta por el (los) actor(es), empleando para tal efecto, razones con contenido inmotivado y/o aparente; y, a su vez, con ello, ha incumplido el Derecho y, en particular, lo señalado en el artículo 20 del Código Procesal Constitucional, el cual a la letra indica: “*Dentro de un plazo máximo de veinte días tratándose de las resoluciones denegatorias de los procesos de hábeas corpus, y treinta cuando se trata de los procesos de amparo, hábeas data y de cumplimiento, el Tribunal Constitucional se pronunciará sobre el recurso interpuesto (...)*” (subrayado agregado)⁽⁹⁾. Ello, a nuestro entender y según lo que venimos expresando, genera afectación a la seguridad jurídica. A continuación, abundamos al respecto.

3.2.1. Modo de resolver del TC en relación al recurso de agravio constitucional originado de la declaración de improcedencia de la demanda constitucional

En principio, debemos anotar que, en los casos antes anotados, los recurrentes acuden al supremo Tribunal, empleando el RAC establecido en el Art. 18 del Código Procesal Constitucional, en razón de la declaración de improcedencia de la demanda de amparo en instancias inferiores (improcedencia liminar); con el fin de que el alto Tribunal emita pronunciamiento respecto a la procedibilidad objetiva de la acción o de la demanda de amparo; pues, como lo señalara PEYRANO, “*el pronunciamiento del órgano jurisdiccional declarando el rechazo in limine no es específicamente sobre la demanda, sino sobre la pretensión, por cuanto la demanda es un mero acto de iniciación procesal que inaugura irrevocablemente el proceso, mientras que la pretensión es el objeto de este, vale decir, el objeto de juzgar (a través del dictado de la sentencia de mérito) luego de la correspondiente sustanciación de la causa*” (1995: 224).

En este orden de ideas, correspondía al TC pronunciarse sobre el recurso de agravio constitucional; declarándolo, en mérito a su revisión, fundado o infundado. Esto en virtud de la aplicación del principio de limitación, que

⁽⁹⁾ Nótese que el referido artículo fija el rol del Tribunal Constitucional respecto al pronunciamiento del recurso de agravio constitucional puesto a su conocimiento.

informa toda la actividad recursiva y según el cual el Tribunal Constitucional debe centrar su pronunciamiento en resolver lo planteado por el recurrente en su recurso de agravio constitucional.

Ahora bien, en el supuesto de que el mencionado recurso sea declarado fundado, el alto Tribunal debió revocar el auto de rechazo liminar y, en consecuencia, admitirse a trámite la demanda de amparo, a efectos, de dar inicio al proceso constitucional, emplazar mediante notificación expresa y formal al demandado, a fin de que éste ejerza sus derechos procesales fundamentales. Asimismo, en el caso que el alto Tribunal decida por la desestimación del RAC, procederá a declarar la improcedencia de la demanda constitucional y, con ello, la controversia quedará resuelta.

A efectos de ilustrar lo expresado, véase el siguiente cuadro:

Cuadro N° 1:

Modo de resolver del TC en relación al RAC originado de la Declaración de Improcedencia de la Demanda Constitucional

| RECURSO INTERPUESTO | DECISIÓN DEL TC | MODO DE RESOLVER | EFFECTOS |
|--|-----------------|--|-------------------------------------|
| RECURSO DE AGRAVIO CONSTITUCIONAL (Originado de la declaración de improcedencia de demanda constitucional) | FUNDADO | <ul style="list-style-type: none"> - Revocar el auto de rechazo liminar - Admitir a trámite la demanda de amparo - Emplazar mediante notificación expresa y formal al demandado | Inicio de proceso constitucional |
| | INFUNDADO | <ul style="list-style-type: none"> - Declaración de improcedencia de la demanda constitucional - Confirmar el auto de rechazo liminar | No inicio de proceso constitucional |

3.2.2. Pronunciamientos de fondo del Tribunal Constitucional en casos de improcedencia de la demanda de amparo afecta la seguridad jurídica

Como lo hemos expresado, la seguridad jurídica es la garantía consistente en que el derecho sea cumplido. Asimismo, este concepto está relacionado con la certeza que tienen los destinatarios de las normas de que un comportamiento es así porque las conductas se encuentran previsibles, es decir, son conocidas por todos e incluso se conoce sus efectos.

En este lineamiento, el alto Tribunal al pronunciarse sobre el fondo de la pretensión, en casos de improcedencia de la demanda, afecta la seguridad jurídica. Por lo siguiente:

- La seguridad jurídica se ha visto vulnerada, debido a que el alto Tribunal no ha ajustado su actuar a lo que la Constitución y la ley han establecido; verbigracia, cuando el TC conoce el recurso de agravio constitucional, – interpuesto en contra de la resolución que declara la improcedencia de la demanda de amparo–, le concernirá emitir decisión respecto al recurso interpuesto, el cual se centrará en la declaración de la procedencia de la demanda constitucional; ello es así, en aplicación de lo señalado por el artículo 20 del Código Procesal Constitucional.

Empero, cuando se ha puesto en conocimiento del TC, recursos de agravio constitucional derivados de la improcedencia de la demanda de amparo, tal órgano no ha adecuado su actuar a lo que la normativa jurídica establece, pues, en tales casos, ha emitido pronunciamiento respecto al fondo de la pretensión, resolviendo así, el conflicto de intereses y abandonando su atribución, de emitir decisión respecto a la procedibilidad de la demanda, que como tribunal de alzada le competía efectuar.

De esta forma, el principio de seguridad jurídica, vigente en todo Estado Constitucional de Derecho, se ha visto vulnerado; toda vez que la normativa jurídica constitucional no ha sido efectivizada, es decir, no ha sido cumplida por el propio órgano de control de la Constitución, el Tribunal Constitucional.

- Asimismo, el actuar antes descrito del alto Tribunal ha constituido afectación a la garantía de la seguridad jurídica, en particular, al conocimiento que tiene el justiciable de que las conductas humanas son previsibles y se hallan plasmadas en las normas jurídicas. Dicho de otro modo, el justiciable conoce que, ante la realización de determinadas conductas, corresponde la aplicación de ciertas normas jurídicas. Así, es conocido que ante la denegatoria de la demanda de amparo en las dos instancias (grados) precedentes, el sujeto de derechos podrá acudir al Tribunal Constitucional, empleando el RAC, a fin de que tal órgano emita decisión sobre dicho recurso; en específico, respecto a la procedencia de la demanda constitucional denegada; esto porque el ordenamiento jurídico lo ha prescrito (artículo 20 del Código Procesal Constitucional).

Entendiendo lo indicado, el recurrente esperaba obtener de parte del TC, una decisión basada en la confirmatoria de la improcedencia de la demanda o en la declaración de procedencia de la misma; ya que, como lo citáramos líneas arriba, cuando se interpone un RAC fundado en la improcedencia de la demanda, el Tribunal Constitucional tendrá que pronunciarse, únicamente, sobre la procedencia de la misma.

Sin embargo, el supremo Tribunal, al emitir pronunciamiento de fondo, en casos de improcedencia de la demanda, ha vulnerado la seguridad jurídica, en particular, la previsibilidad de las normas jurídicas, pues, por un lado, ha generado afectación a la expectativa del justiciable de esperar determinada decisión de parte del órgano resolutorio (Tribunal Constitucional) y, por otro, ha generado que el justiciable conozca que, en casos de recursos de RACs fundados en la improcedencia de la demanda de amparo, el alto Tribunal sea el único órgano que resolverá la controversia, y que ello tendrá como consecuencia, el desconocimiento de las competencias de los jueces designados por ley, para conocer el proceso de amparo.

Finalmente con lo antes anotado, hemos dado a conocer que, en efecto, el TC al pronunciarse sobre el fondo de la pretensión en casos de improcedencia de la demanda de amparo, vulnera la seguridad jurídica; por tanto, consideramos que dicho actuar del órgano de control de la Constitución, debe cesar, a efectos de que no sólo exista una regularidad estructural y funcional en la aplicación de las normas jurídicas, sino también, a efectos de evitar la arbitrariedad existente en el órgano jurisdiccional que resuelve las controversias constitucionales.

IV. Conclusiones

1. La seguridad jurídica, en tanto cumplimiento de Derecho e idea de orden, constituye un quehacer general; puesto que todos los sujetos de derecho, incluido el Estado, se hallan en la necesidad de observarla y efectivizarla en todo tiempo; ello a efectos de evitar la arbitrariedad y sus desfavorables consecuencias, muchas veces presentes en un Estado Constitucional de Derecho, como el nuestro.
2. El pronunciamiento de fondo del Tribunal Constitucional, en casos de improcedencia de la demanda en procesos de amparo, genera vulne-

ración a la seguridad jurídica; por cuanto, el mismo representa un acto de arbitrariedad del poder del órgano garante de la Constitución, dada la presencia de un actuar extralimitado y de la inobservancia e incumplimiento de las normas constitucionales del ordenamiento jurídico.

3. Se hace indispensable que el TC, al conocer recursos de agravio constitucional, fundados en la declaración de improcedencia de la demanda de amparo, adecúe su actuar, a lo regulado en el ordenamiento jurídico nacional, a efectos de garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales procesales de los justiciables y, en particular, de la seguridad jurídica.

V. Lista de referencias

5.1. Textual

PECES BARBA, *La Constitución y la seguridad jurídica. Claves de razón práctica*, Madrid, N° 138, 2003.

ARCOS RAMÍREZ, Federico, *La Seguridad Jurídica: Una Teoría Formal*, Editorial Dykinson S.L., Universidad Carlos III de Madrid, 2000.

PEYRANO, Jorge W., *Derecho Procesal Civil de acuerdo al Código Procesal Civil Peruano*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1995.

RUBIO CORREA, Marcial, *El Estado Peruano según la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2006.

5.2. Electrónica

ORTIZ URQUIDI, Raúl, s/f, *La Definición del Derecho*. IJUNAM. Biblioteca Jurídica Virtual de Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/74/dtr/dtr7.pdf>. Consulta 20.06.2014. 15: 00 horas.

5.3. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano

Exp. N° 0016-2002-AI/TC, del 30.04.2003.

Exps. Acums. Nrs. 0001/0003-2003-AI/TC, del 04-07-2003

Exp. N° 05942-2006-PA/TC, del 25-08-2009

Exp. N° 03167-2010-PA/TC, del 18-03-2012

Exp. N° 0071-2002-AA/TC, del 03-11-2004

Enfoque constitucional de los derechos potencialmente lesionados en casos de accidentes de trabajo y su vinculación con la responsabilidad indemnizatoria

NIXON JAVIER CASTILLO MONTOYA (*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Derechos fundamentales vinculados al ámbito de afectación laboral. a. Derecho a la vida. b. Derecho a la dignidad. c. Derecho a la integridad física, psíquica y moral. d. Derecho al libre desarrollo y bienestar. e. Derecho a la salud. f. Derecho al trabajo. III. Funcionalidad de la seguridad social y su vinculación con la protección legal de los trabajadores que sufren accidentes de trabajo. IV. Ámbito de responsabilidad indemnizatoria del empleador. V. Conclusiones. VI. Lista de referencias.

I. Introducción

El artículo 2º, numeral 1, de la Constitución Política establece que toda persona tiene derecho: “A la vida, (...) a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar (...)”; no obstante dicha previsión norma-

(*) Docente ordinario de la Universidad Nacional de Cajamarca. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Juez Superior de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca.

tiva, resulta evidente que en el ámbito de la ejecución del contrato de trabajo, éstos y otros derechos pueden verse afectados, ya sea por el riesgo que implica la ejecución de las actividades que le corresponden desempeñar al trabajador, o debido a la vulneración del deber de cuidado del empleador en relación a las normas de seguridad y salud en el trabajo que le compete implementar y velar por su cumplimiento en el centro de trabajo.

Ahora bien, debemos precisar que la potencial afectación de derechos vinculados a la persona del trabajador se producen principalmente en casos de accidentes de trabajo, lo cual constituye un tema concurrente no sólo en el país, sino a nivel mundial; sin embargo, para la organización Panamericana de la Salud, uno de los problemas fundamentales que encontramos en América Latina y el Caribe es la ausencia de datos confiables y sistematizados sobre la magnitud del problema. Agrega dicho Organismo que esta falencia no permite sensibilizar ni a la opinión pública, ni a los trabajadores ni a los empresarios. En consecuencia, como la crítica situación de salud de los trabajadores queda oculta, no logra mostrar la importante pérdida económica y social que significan los accidentes y enfermedades ocasionados por el trabajo⁽¹⁾. En el Perú, por ejemplo, según información contenida en el “Boletín Estadístico de Notificaciones de Accidentes de Trabajo, Incidentes Peligrosos y Enfermedades Ocupacionales” correspondiente al mes de mayo de 2014, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo informa que en dicho mes se registraron 1,508 notificaciones, de las cuales, el 94,89% corresponde a accidentes de trabajo; el 4,18% a incidentes peligrosos; el 0,73% a accidentes de trabajo mortales; y el 0,20% a enfermedades ocupacionales. Precisa que, por actividad económica, el mayor número de notificaciones corresponde a industrias manufactureras, con el 33,02%, siguiendo en importancia: actividades inmobiliarias, empresariales y de alquiler con el 15,12% y construcción con el 13,06%, entre otras⁽²⁾, lo cual evidencia la gravedad de la situación, ello a pesar que la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, Ley N° 29783, en su artículo 49, literal a) señala que es

(1) VARILLAS, Walter; EJKEMANS, Gerry y TENNASSEE, Luz Maritza, OPS, OMS, Informe del Proyecto: *Sistematización de datos básicos sobre la salud de los trabajadores en las Américas*. http://www.who.int/occupational_health/regions/en/oehamrodatos.pdf. Consultado el 28.09.2014.

(2) Boletín Estadístico de Notificaciones de Accidentes de Trabajo, “Incidentes Peligrosos y Enfermedades Ocupacionales” del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, correspondiente al mes de mayo de 2014. www.mtpe.gob.pe

obligación del empleador “*Garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en el desempeño de todos los aspectos relacionados con su labor, en el centro de trabajo o con ocasión del mismo*”. Por lo tanto, en el presente trabajo, se efectúa un breve análisis de los derechos del trabajador que pueden ser afectados en situaciones en las que se produzcan accidentes de trabajo.

II. Derechos fundamentales vinculados al ámbito de afectación laboral

Como consecuencia de la ejecución del contrato de trabajo, el trabajador puede verse amenazado⁽³⁾ e incluso afectado en determinados derechos fundamentales, ya sea por riesgo propio en la ejecución de la actividad desempeñada por éste o por culpa del empleador. En tal sentido, la determinación de los derechos potencialmente lesionados en una relación laboral, a causa de un accidente de trabajo, se efectuará a partir de la concepción que el Tribunal Constitucional peruano ha desarrollado respecto de cada uno de ellos.

El máximo intérprete de la Constitución, recordando lo indicado en el expediente 0976-2001-AA/TC, ha señalado que: “*Los derechos fundamentales que la Constitución ha reconocido no sólo son derechos subjetivos, sino también constituyen el orden material de valores en los cuales se sustenta todo el ordenamiento constitucional*”⁽⁴⁾. Asimismo, ha agregado que los derechos fundamentales no sólo vinculan al Estado, sino también a los propios particulares, por lo que siendo así, los mismos no sólo demandan abstenciones o que se respete el ámbito de autonomía individual garantizado en su condición de derechos subjetivos, sino también verdaderos mandatos de actuación y deberes de protección especial de los poderes públicos; pues, “*el núcleo duro de los derechos fundamentales, más allá de la materia concreta sobre la que versen, y al margen de la técnica ponderativa que pueda aplicárseles, está imbuido de los valores superiores de nuestro orden constitucional*”⁽⁵⁾. De ahí que “*... la lesión de los*

(3) Según lo ha establecido el Tribunal Constitucional, “*La agresión por amenaza de un derecho constitucional se produce cuando se pone en peligro la vigencia o el ejercicio de un derecho constitucional...*”; en STC Exp. N° 2064-2004-AA/TC (f.j. 31).

(4) Sentencia emitida en el Exp. N° 05680-2008-PA/TC (f.j. 2).

(5) Sentencia emitida en el Exp. N° 0008-2003-IA/TC (f.j. 5).

derechos fundamentales de la persona constituye, per se, un acto inconstitucional, cuya validez no es en modo alguno permitida por nuestro supra ordenamiento..."⁽⁶⁾. En consecuencia, "El carácter de integralidad de los derechos fundamentales impone que la violación de uno de ellos involucre muchas veces también la afectación de otros más (...), amén de la utilización de los criterios interpretativos de unidad de la Constitución y eficacia integradora de ella..."⁽⁷⁾.

Por último, el Tribunal Constitucional⁽⁸⁾ precisa que los Estados han venido efectuando un reconocimiento positivo de los derechos fundamentales, usualmente en las normas fundamentales de sus respectivos ordenamientos, como un presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar estatal y al de los propios particulares. Sin embargo, tal exigibilidad no sólo aparece desde el reconocimiento positivo sino, quizá con mayor fuerza, a partir de la connotación ética y axiológica de los derechos fundamentales, en tanto manifiestas concreciones positivas del principio-derecho de dignidad humana, preexistente al orden estatal y proyectado en él como fin supremo de la sociedad y del Estado. En igual sentido, se ha pronunciado en la STC N° 01417-2005-PA, (f.j. 2).

Por lo tanto, resulta necesario efectuar el análisis en relación al contenido constitucionalmente protegido de cada uno de los derechos que consideramos pueden ser lesionados en el ámbito de la persona del trabajador, en caso de accidentes de trabajo. Precisando que la celebración de un contrato de trabajo y el consiguiente surgimiento de un vínculo laboral genera la efectivización de facultades y poderes del empleador, situando al trabajador en una situación de dependencia respecto de aquél; pues, como indica Pedrajas⁽⁹⁾, en el lado de la relación correspondiente al deudor de trabajo, la posición de persona y la posición de trabajador son inescindibles. Importa determinar hasta qué punto los derechos que a éste le son inherentes, en su dimensión estrictamente privada, por su condición de persona, resultan limitados como consecuencia de la situación de subordinación que como trabajador adopta.

⁽⁶⁾ Sentencia emitida en el Exp. N° 0976-2001-AA/TC (f.j. 18).

⁽⁷⁾ Sentencia emitida en el Exp. N° 05842-200-PHC/TC (f.j. 49).

⁽⁸⁾ Sentencia emitida en el Exp. N° 02005-2009-PA/TC (f.j. 8).

⁽⁹⁾ PEDRAJAS, Abdón, *Despido y Derechos Fundamentales. Estudio especial de la presunción de inocencia*, Edit. Trotta, Madrid, 2008, p. 22.

El Tribunal Constitucional⁽¹⁰⁾ ha precisado que si se hace referencia a los derechos fundamentales, evidentemente al mismo tiempo se hace mención también a la parte dogmática de la Constitución que a su vez los reconoce y garantiza; tanto a partir de su condición de derechos subjetivos, por la que no solo se protege a sus titulares de las injerencias injustificadas y arbitrarias de cualquiera (sea el Estado o un tercero), facultándolos también para exigir del Estado determinadas prestaciones concretas; como a partir de su naturaleza de derecho objetivo, es decir, como elementos que legitiman y constituyen todo el ordenamiento jurídico. De ahí que el poder del empresario resultará, por tal razón, limitado por el conjunto de derechos fundamentales del trabajador, y no sólo por los específicamente laborales⁽¹¹⁾. Lo cual significa que la celebración del contrato de trabajo, de ningún modo implica la privación de los derechos que la Constitución le reconoce al trabajador en su condición de ciudadano. De ahí la importancia de la norma prevista en el tercer párrafo del artículo 23 de la Constitución, la cual refiere que "... Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador..."

Por lo tanto, a continuación, se efectúa un análisis de la connotación jurídica que el Tribunal Constitucional le ha atribuido a cada uno de los derechos que pueden verse afectados como consecuencia de un accidente de trabajo.

A. Derecho a la vida

Este derecho fundamental está previsto en el Artículo 1º, numeral 1, de la Constitución, frente al cual el Tribunal Constitucional ha señalado que en un Estado Social Democrático de Derecho, "la vida, entonces, ya no puede entenderse tan sólo como un límite al ejercicio del poder, sino fundamentalmente como un objetivo que guía la actuación positiva del Estado, el cual ahora se compromete a cumplir el encargo social de garantizar, entre otros, el derecho a la vida y a la seguridad"⁽¹²⁾. Ello debido a

⁽¹⁰⁾ Sentencia emitida en el Expediente N° 002005-2009-PA/TC. (f.j. 25).

⁽¹¹⁾ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, *Derechos Fundamentales de la Persona y Relación de Trabajo*, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2007, p. 90.

⁽¹²⁾ Sentencia emitida en el Exp. N° 1535-2006-PA/TC (f.j. 82). Igual criterio ha sido desarrollado en la STC N° 2945-2003-AA/TC; STC N° 01535-2006-PA/TC.

que considera que la persona está consagrada como un valor superior y el Estado está obligado a protegerla, dado que este derecho resulta ser el de mayor connotación y se erige en el presupuesto ontológico para el goce de los demás derechos. Haciendo referencia a la STC N° 0318-1996-HC/TC, el Tribunal también ha señalado que la persona humana, por su dignidad, tiene derechos naturales anteriores a la sociedad y al Estado, los cuales han sido progresivamente reconocidos hasta hoy en su legislación positiva como derechos humanos de carácter universal, entre los cuales el derecho a la vida resulta ser de primer orden e importancia, y se halla protegido inclusive a través de tratados sobre Derechos Humanos.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional advierte que la vida no es un concepto circunscrito a la idea restrictiva de peligro de muerte, sino que se consolida como un concepto más amplio que la simple y limitada posibilidad de existir o no, extendiéndose al objetivo de garantizar también una existencia en condiciones dignas. Por esta razón, es indispensable la consideración de la vida en dignidad que, en este caso, se manifiesta como vida saludable⁽¹³⁾, situación que se pone en riesgo en casos de accidentes de trabajo, en donde el trabajador puede sufrir lesiones orgánicas o perturbaciones funcionales que afecten este derecho.

Enrique Álvarez Conde enfatiza que el derecho a la vida se prolonga en el derecho a la integridad física y moral. En efecto, el reconocimiento y defensa que el texto constitucional consagra a la vida humana, no supone llana y elementalmente la constitucionalización del derecho a la mera existencia, sino que abarca la responsabilidad de asegurar que ésta se despliegue con dignidad. Por ende, necesita y exige condiciones mínimas, entre las cuales ocupa lugar preferente el resguardo de la integridad humana en sentido lato⁽¹⁴⁾.

Por último, debe indicarse que el derecho a la vida, inherente a toda persona humana, ha sido consagrado también por documentos internacionales relacionados con los derechos humanos. Así, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo I) establece que “*Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de*

(13) Sentencia emitida en el Exp. N° 00925-2009-PHC/TC (f.j. 7).

(14) Citado por el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el Exp. N° 2333-2004-HC/TC.

su persona”; la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 3º) precisa que “*Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona*”; en tanto que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 6º) indica que “*El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente*”. Igualmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica– dispone en su artículo 4º, inciso 1, que “*Toda persona tiene derecho a que se respete su vida (...) Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente*”.

B. Derecho a la dignidad

Este derecho se encuentra previsto en el artículo 1º del texto constitucional, lo que significa, en palabras del Tribunal Constitucional, que la persona está consagrada como un valor superior y el Estado está obligado a protegerla y, por tanto, “*el principio-derecho de la dignidad humana fundamenta, por un lado, la configuración de nuestro parámetro constitucional y, por otro, es un principio...*”⁽¹⁵⁾, y “*como tal, presupuesto ontológico de todos los derechos fundamentales...*”⁽¹⁶⁾; es decir, que “la dignidad de la persona humana es el presupuesto ontológico para la existencia y defensa de sus derechos fundamentales”⁽¹⁷⁾.

Asimismo, el Tribunal Constitucional señala que la dignidad de la persona supone el respeto del hombre como fin en sí mismo. Agrega que “el principio de dignidad irradia en igual magnitud a toda la gama de derechos, ya sean los denominados civiles y políticos, como los económicos, sociales y culturales, toda vez que la máxima eficacia en la valoración del ser humano sólo puede ser lograda a través de la protección de las distintas gamas de derechos en forma conjunta y coordinada”⁽¹⁸⁾; por cuanto, ha indicado que si bien el reconocimiento positivo de los derechos fundamentales es presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar del Estado y de los propios particulares, también lo es su connotación ética y axiológica.

(15) Sentencia emitida en el Exp. N° 4635-2004-AA/TC (f.j. 12).

(16) Sentencia emitida en el Exp. N° 0008-2003-IA/TC (f.j. 14).

(17) Sentencia emitida en el Exp. N° 0010-2002-AI/TC (f.j. 217).

(18) Sentencia emitida en el Exp. N° 2945-2003-AA/TC (f.j. 17, 19).

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que “... *la relación de trabajo característica del contrato y su tendencia a la prolongación en el tiempo que, en cierta medida, restringe o puede hacerlo, la libertad personal que, además, en este marco con demasiada frecuencia se ve amenazada en distintas de sus manifestaciones, la dignidad tiende a colocarse en el centro mismo del Derecho del Trabajo*”⁽¹⁹⁾; por lo que “*no cabe ignorar que, ya desde sus orígenes, pero es una característica también resaltada en la actualidad, ha venido a considerarse que la misión esencial del Derecho del Trabajo es la de asegurar el respeto de la dignidad del trabajador*”⁽²⁰⁾, la cual puede resultar afectada de diversas maneras durante la ejecución del contrato de trabajo, con mayor razón cuando se producen accidentes de trabajo.

C. Derecho a la integridad física, psíquica y moral

La Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone en su artículo 5º, numeral 1, que “*Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral*”. Similar sentido le otorga el artículo 1º, numeral 1, de nuestra Constitución. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que “el respeto al contenido esencial del derecho a la integridad personal, tanto en lo que respecta al ámbito físico como en lo que atañe al ámbito espiritual y psíquico de la persona, transita entre aquellos atributos que constituyen la esencia mínima imperturbable en la esfera subjetiva del individuo. Inclusive en aquellos casos en que pueda resultar justificable el uso de medidas de fuerza, éstas deben tener lugar en circunstancias verdaderamente excepcionales, y nunca en grado tal que conlleven el propósito de humillar al individuo o resquebrajar su resistencia física o moral, dado que esta afectación puede desembocar incluso en la negación de su condición de persona, supuesto inconcebible en un Estado Constitucional de Derecho”⁽²¹⁾. Por su parte, la doctrina ha hecho mención de que el derecho a la integridad personal “implica el derecho que tiene toda persona de mantener y conservar su integridad

⁽¹⁹⁾ OJEDA AVILÉS, Antonio y IGARTUA MIRÓ, María Teresa, “La dignidad del trabajador en la doctrina del Tribunal Constitucional. Algunos apuntes”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* N° 73, p. 147

⁽²⁰⁾ SAGARDOY BENGOCHEA, citados por OJEDA AVILÉS, Antonio y IGARTUA MIRÓ, María Teresa, cit., p. 151.

⁽²¹⁾ Sentencia emitida en el Exp. N° 0010-2002-AI/TC (f.j. 219).

física (preservación de órganos, partes y tejidos del cuerpo humano), psíquica (preservación de habilidades motrices, emocionales e intelectuales) y moral (preservación de sus convicciones)”⁽²²⁾; por lo tanto, tal derecho es tratado desde su triple manifestación.

Ahora bien, dada la importancia del tema, seguiremos el desarrollo que al respecto ha efectuado el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 2333-2004-HC/TC, en donde se indica que la defensa de la integridad forma parte de la dimensión vital de la persona. En igual sentido, se indica que tal derecho tiene implicación con el derecho a la salud, en la medida en que esta última tiene como objeto el normal desenvolvimiento de las funciones biológicas y psicológicas del ser humano. El supremo intérprete de la Constitución señala que el inciso 1, del artículo 2º de la Constitución direcciona conceptualmente la integridad en tres planos: físico, psíquico y moral, procediendo a desarrollar cada uno de ellos de la siguiente manera:

- a. **La integridad física.** La integridad física presupone el derecho a conservar la estructura orgánica del ser humano; y, por ende, a preservar la forma, disposición y funcionamiento de los órganos del cuerpo humano y, en general, la salud del cuerpo. Agrega el Tribunal que la afectación de la integridad física se produce cuando se generan incapacidades, deformaciones, mutilaciones, perturbaciones o alteraciones funcionales, enfermedades corpóreas, etc., como es el caso de un trabajador víctima de daños producidos en accidentes de trabajo. De igual manera, se hace referencia a que la indemnidad corporal está sujeta, como regla general, al principio de irrenunciabilidad; vale decir, que la Constitución no avala ni permite las limitaciones físicas voluntarias, salvo casos excepcionales. En ese sentido, la persona tiene la responsabilidad de mantener incólume su integridad y, por consiguiente, de no atentar contra su propia estructura corpórea.
- b. **La integridad moral.** Para el Tribunal, el derecho a la integridad moral defiende los fundamentos del obrar de una persona en el plano de la existencia y coexistencia social. Dichos fundamentos manifiestan el

⁽²²⁾ NOVAK, Fabián y NAMIHAS, Sandra, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Academia de la Magistratura, Lima, 2004, p. 165.

conjunto de obligaciones elementales y primarias que el ser humano se fija por mandato de su propia conciencia, y los condicionamientos que ella recibe a través de la educación y cultura de su entorno. En efecto, la integridad moral se liga inescindiblemente al atributo de desarrollar la personalidad y el proyecto de vida en comunidad conforme a la convicción personal de cada uno. Agrega que la integridad moral no implica la idea de algo extraño o superior a la persona para reconocer su existencia y defender su intangibilidad, ya que se funda en el libre albedrío. Empero, es obvio que estos fundamentos, en caso del obrar, no deben colisionar con el orden público. En ese orden de ideas, el apartado h, inciso 24, del artículo 2º de la Constitución prohíbe toda forma de violencia moral contra una persona.

- c. **La integridad psíquica.** El derecho a la integridad psíquica –dice el Tribunal– se expresa en la preservación de las habilidades motrices, emocionales e intelectuales. Por consiguiente, asegura el respeto de los componentes psicológicos y discursivos de una persona, tales como su forma de ser, su personalidad, su carácter, así como su temperamento y lucidez para conocer y enjuiciar el mundo interior y exterior del ser humano; por lo tanto, al igual que en el caso de la integridad moral, resulta invocable también el apartado h, inciso 24, del artículo 2º de la Constitución.

D. Derecho al libre desarrollo y bienestar

Frente a este derecho, el Tribunal Constitucional ha señalado que, “ *aun cuando el artículo 2, inciso 1, de la Constitución vigente, cuando menciona el derecho de la persona al ‘libre desarrollo y bienestar’ pudiera interpretarse como alusivo al libre desenvolvimiento de la personalidad, tal interpretación no sería del todo correcta ya que desarrollo y bienestar, dotan de un contenido o, al menos, de una orientación, en los que habría de interpretarse la libertad de actuación. Por el contrario, el objeto de protección de la libertad de actuación es la simple y llana conducta humana, desprovista de algún referente material que le otorgue algún sentido desarrollo y bienestar*”⁽²³⁾. En la misma resolución, el Tribunal agrega que el libre desenvolvimiento de la personalidad constituye un derecho funda-

⁽²³⁾ Sentencia emitida en el Exp. N° 007-2006-PI/TC (f.1).

mental innominado o implícito que se deriva o funda en el principio fundamental de dignidad de la persona; por cuanto la valoración de la persona como centro del Estado y de la sociedad, como ser moral con capacidad de autodeterminación, implica que deba estarle también garantizada la libre manifestación de tal capacidad a través de su libre actuación general en la sociedad. Por su parte, Sosa Sacio⁽²⁴⁾ manifiesta su desacuerdo con la calificación que efectúa el Tribunal Constitucional en relación a considerarlo como derecho implícito; y, por el contrario, señala que a partir de una interpretación iusfundamental, consideramos que el libre desenvolvimiento de la personalidad es un derecho constitucional expreso y equivale al libre desarrollo y bienestar enunciado en el artículo 2, inciso 1, de la Constitución.

El Tribunal Constitucional, en otra de sus resoluciones, precisa que el derecho al libre desarrollo de la personalidad, encuentra reconocimiento en el artículo 2º, inciso 1, de la Constitución, que refiere que toda persona tiene derecho a su libre desarrollo, pues si bien en este precepto no se hace mención expresa al concreto ámbito que libremente el ser humano tiene derecho a desarrollar, es justamente esa apertura la que permite razonablemente sostener que se encuentra referido a la personalidad del individuo, es decir, a la capacidad de desenvolverla con plena libertad para la construcción de un propio sentido de vida material en ejercicio de su autonomía moral, mientras no afecte los derechos fundamentales de otros seres humanos.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional ha consolidado la idea de que “ *el derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres. (...). Tales espacios de libertad para la estructuración de la vida personal y social constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad*

⁽²⁴⁾ SOSA SACIO, Juan Manuel, “Derechos constitucionales no enumerados y derecho al libre desarrollo de la personalidad”, en *Derechos Constitucionales no escritos reconocidos por el Tribunal Constitucional*, Gaceta Jurídica, Lima, 2010, p. 139.

del sistema de valores que la misma Constitución consagra”⁽²⁵⁾; es decir, que bajo este criterio, se impide a los poderes públicos limitar la autonomía moral de acción y elección de la persona, salvo la existencia de un valor constitucional que fundamente dicho límite; pues, “*La consecuencia importante del reconocimiento de este derecho fundamental constituye la prohibición del Estado de intervenir en esta esfera o adjudicar consecuencias a los actos o conductas que en ese ámbito impenetrable tienen lugar. En tal sentido, las conductas que se encuentran bajo el ámbito de protección del derecho al libre desenvolvimiento “constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra”*”⁽²⁶⁾.

Ahora bien, “es preciso tener en cuenta que la actividad laboral constituye un punto esencial para poder llevar a cabo los proyectos profesionales, pero también personales del sujeto y, en puridad, para algunos autores, en la idea de dignidad late la necesidad de reconocer, respetar y proteger que la persona pueda desarrollar sus propios planes de vida en los que, como es patente, ocupa un lugar central la actividad laboral”⁽²⁷⁾.

E. Derecho a la salud

El Tribunal Constitucional señala que en un Estado democrático y social de Derecho, los derechos sociales se constituyen como una ampliación de los derechos civiles y políticos, y tienen por finalidad, al igual que ellos, erigirse en garantías para el individuo y para la sociedad, precisando que “*el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la salud comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como mental; y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser, lo que implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento; acciones que el Estado debe proteger tratando de que todas las personas, cada día, tengan una mejor calidad de vida*”⁽²⁸⁾. Lo que implica –dice el Tribunal– que en dicha protección está la obligación del

⁽²⁵⁾ Sentencia emitida en el Exp. N° 2668-2004-PA/TC (f.j. 14).

⁽²⁶⁾ Sentencia emitida en el Exp. N° 3901-2007-PA/TC (f.j. 9).

⁽²⁷⁾ OJEDA AVILÉS, Antonio y IGARTUA MIRÓ, María Teresa, cit., p. 148.

⁽²⁸⁾ Sentencia emitida en el Exp. N° 2002-2006-PC/TC (f.j. 6, 7, 11, 16 y 17).

Estado de realizar acciones concretas orientadas a prevenir los daños contra la salud, conservar las condiciones necesarias que aseguren el efectivo ejercicio de este derecho, y atender, con la urgencia y eficacia que el caso lo exija, las situaciones de afectación a la salud de toda persona; por ello, es que ha agregado que “*la conservación del estado de salud en cuanto contenido del derecho constitucional a la salud comprende a su vez el derecho de acceso y goce de las prestaciones de salud. En consecuencia, una denegación arbitraria o ilegal del acceso a la prestación, una restricción arbitraria, una perturbación en el goce o, finalmente, una exclusión o separación arbitraria o ilegal constituyen lesiones del derecho constitucional a la salud*”⁽²⁹⁾; pues, atendiendo a lo indicado por la OMS, la Salud es el completo estado de bienestar físico, mental y social de una persona, y no solamente la ausencia de enfermedad o invalidez.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que este derecho tiene un reconocimiento y protección internacional. Así tenemos que la Declaración Universal de Derechos Humanos establece, en su artículo 25, que “*toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tienen asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad*”. De igual manera, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el inciso 1 del artículo 12, reconoce el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. De ahí que el Tribunal Constitucional, siguiendo al Comité Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a través de la Observación General N° 14, indique: “*la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente*”⁽³⁰⁾.

Ahora bien, en nuestro marco constitucional, el derecho a la salud está garantizado por el artículo 7°^o, el cual establece que: “*(...) Todos tienen derecho a la protección de su salud (...) así como el deber de contribuir a su promoción*”

⁽²⁹⁾ Sentencia emitida en el Exp. N° 05658-2006-PA/TC (f.j. 1).

⁽³⁰⁾ Sentencia emitida en el Exp. N° 02034-2009-PA/TC (f.j. 6 y 7).

y defensa”. Según el Tribunal Constitucional, se trata de un derecho fundamental, pues, “su inescindible conexión con el derecho a la vida (art. 2º), a la integridad (art. 2º) y el principio de dignidad (art. 1º y 3º), lo configuran como un derecho fundamental indiscutible, pues, constituye condición indispensable del desarrollo humano y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo (...) El derecho a la salud garantiza a la persona el goce de un estado psico-somático pleno. En cuanto derecho de defensa deriva de éste una prohibición general de todo acto o norma, del Estado o de particulares, que lo afecta o menoscabe o que lo ponga en peligro. En tal sentido, ha manifestado este Tribunal que el derecho a la salud se proyecta como la conservación y el restablecimiento de ese estado. Implica, por consiguiente, el deber de que nadie, ni el Estado ni un particular, lo afecte o menoscabe. Hay, desde tal perspectiva, la proyección de la salud como un típico derecho reaccional o de abstención, de incidir en su esfera”⁽³¹⁾.

El Tribunal Constitucional considera que si bien en nuestro ordenamiento jurídico el derecho a la salud no se encuentra contemplado entre los derechos fundamentales establecidos en el artículo 2º de la Constitución, considera que “cuando la vulneración del derecho a la salud compromete otros derechos fundamentales, como el derecho a la vida, la integridad física o el libre desarrollo de la personalidad, tal derecho adquiere carácter de derecho fundamental”⁽³²⁾. En tal sentido, “la salud es derecho fundamental por su relación inseparable con el derecho a la vida, y la vinculación entre ambos derechos es irresoluble, ya que la presencia de una enfermedad o patología puede conducirnos a la muerte o, en todo caso, desmejorar la calidad de la vida”⁽³³⁾. Argumenta el Tribunal Constitucional, en esta misma sentencia, que el derecho a la salud comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser, lo que implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento; por lo que siendo así, el artículo 7º de la Constitución, cuando hace referencia al derecho a la protección de la salud, reconoce el derecho de la persona de alcanzar y preservar un estado de plenitud física y psíquica; es decir, que el derecho a la salud abarca, por un

(31) Sentencia emitida en el Exp. N° 065340-2006-PA/TC (f.j. 7 y 8).

(32) Sentencia emitida en el Exp. N° 2945-2003-AA/TC (f.j. 6).

(33) Sentencia emitida en el Exp. N° 2945-2003-AA/TC (f.j. 28 y 30).

lado, la atención de salud oportuna y apropiada, y, por otro, los factores que determinan la buena salud, tales como el agua potable, la nutrición, la vivienda y las condiciones ambientales y ocupacionales saludables, entre otros. En consecuencia, “el derecho a la salud se entiende no solo como el derecho al cuidado de la salud personal, sino, sobre todo, como el derecho a vivir en condiciones de higiene ambiental, lo que se logra proporcionando a los individuos educación y condiciones sanitarias básicas”⁽³⁴⁾; lo cual conlleva a determinar que “... el derecho a la salud se proyecta como la conservación y el restablecimiento de ese estado armónico. Lo que implica, en consecuencia, el deber de que nadie, ni el Estado ni un particular, lo afecte o menoscabe”⁽³⁵⁾.

De igual manera, el artículo 10º del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que: “Toda persona tiene derecho a la salud entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social”. Con relación al artículo citado, el Tribunal Constitucional ha establecido que el derecho a la salud “reconoce el derecho de la persona de alcanzar y preservar un estado de plenitud física y psíquica. Por ende, tiene el derecho de que se le asignen medidas sanitarias y sociales relativas a la alimentación, vestido, vivienda y asistencia médica (...). Dicho derecho debe ser abordado en tres perspectivas, a saber: la salud de cada persona en particular, dentro de un contexto familiar y comunitario”⁽³⁶⁾. Por lo tanto, “la salud, por ende, es un derecho fundamental indiscutible y, como tal, generador de acciones positivas por parte de los poderes públicos, pues resulta inobjetable que deben promoverse, desde el Estado, condiciones que lo garanticen de modo progresivo, y que se le dispense protección adecuada a quienes ya gocen de él”⁽³⁷⁾; es decir, que “la protección del derecho a la salud importa la tutela de un mínimo vital, fuera del cual el deterioro orgánico impide una vida normal o un grave deterioro de ésta”⁽³⁸⁾.

Por último, el Tribunal Constitucional ha señalado que “La conservación del estado de salud en cuanto contenido del derecho constitucional a la salud comprende tanto su ejercicio como su goce. Por esto, una

(34) Sentencia emitida en el Exp. N° 2064-2004-AA/TC (f.j. 2).

(35) Sentencia emitida en el Exp. N° 00925-2009-PHC/TC (f.j. 5).

(36) Sentencia emitida en el Exp. N° 4635-2004-AA/TC (f.j. 21). En igual sentido, se ha pronunciado en los expedientes N° 1429-2002-HC/TC; N° 2016-2003-AA/TC y N° 1956-2004-AA/TC

(37) Sentencia emitida en el Exp. N° 05842-2006-PHC/TC (f.j. 43 y 44).

(38) Sentencia emitida en el Exp. N° 00925-2009-PHC/TC (f.j. 6).

perturbación en el goce de la misma constituye una lesión a tal derecho fundamental. Cabe precisar que la salud protegida no es únicamente la física, sino también la psicológica y mental de la persona⁽³⁹⁾, al igual que ha señalado el Protocolo de San Salvador, el cual prevé en su artículo 10º que toda “*persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social*”; por lo que atendiendo a que “... *la salud es no solo un atributo esencial de carácter universal, sino que el Estado, la sociedad y cualquier individuo en particular tienen la obligación de fomentar condiciones que faciliten o hagan viable su plena realización*”⁽⁴⁰⁾.

F. Derecho al trabajo

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el inciso 1 del artículo 23 señala que: “*Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo*”; de igual manera, el numeral 1) del artículo 6º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala que: “*Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho*”.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha señalado con precisión que el derecho al trabajo no es uno de aplicación inmediata, por cuanto sería exigible a un sujeto en particular y dentro de una economía social de mercado, esto es imposible; es decir, no es un derecho exigible ni al Estado ni a los empresarios; pues, advierte que “*es necesario precisar que el carácter protector del Derecho Laboral no implica que deba limitarse el derecho de empresa*⁽⁴¹⁾, de

⁽³⁹⁾ Sentencia emitida en el Exp. N° 5003-2009-PHC/TC (f.j. 5 y 6).

⁽⁴⁰⁾ Sentencia emitida en el Exp. N° 00925-2009-PHC/TC (f.j. 13).

⁽⁴¹⁾ En cuanto a la libertad de empresa, el Tribunal Constitucional ha expresado que “*es el derecho que tiene toda persona a elegir libremente la actividad ocupacional o profesión que desee o prefiera desempeñar, disfrutando de su rendimiento económico y satisfacción espiritual; precisando que ello es así, por una parte, en la medida que la Constitución, en su artículo 59.º reconoce que ‘el Estado garantiza [...] la libertad de empresa, comercio e industria’*”. STC emitida en el Exp. N° 2802-2005-PA/TC (f. j. 3).

contratación⁽⁴²⁾ y *de propiedad del empleador*⁽⁴³⁾; sin embargo, en la Sentencia emitida en el Exp. N° 1124-2001-AA/TC ha desarrollado los componentes del contenido constitucionalmente protegido de este derecho, estableciendo en su fundamento jurídico décimo segundo que el derecho al trabajo que está reconocido por el artículo 22º de la Constitución tiene como contenido esencial dos aspectos: el de acceder a un puesto de trabajo, por una parte, y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa; pero en el caso del primer aspecto, “*el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado...*”⁽⁴⁴⁾.

Por otro lado, resulta relevante indicar que “*en la relación laboral se configura una situación de disparidad donde el empleador asume un status particular de preeminencia ante el cual el derecho y, en particular, el derecho constitucional, se proyecta en sentido tuitivo hacia el trabajador. Desde tal perspectiva, las atribuciones o facultades que la ley reconoce al empleador no pueden vaciar de contenido los derechos del trabajador; dicho de otro modo, no pueden devenir en una forma de ejercicio irrazonable*”⁽⁴⁵⁾. De allí que la propia Constitución haya señalado en su artículo 23 que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconocer o disminuir la dignidad del trabajador.

Para concluir, siguiendo al Tribunal Constitucional, se ha indicado que el derecho al trabajo como libertad negativa “*faculta al individuo, de un lado, para elegir libremente la actividad laboral en la que pretende desenvolverse y, de otro, para ejercer dicha actividad laboral de una manera que no resulte alterada o distorsionada, mediante cualquier tipo de conducta tendiente a obstaculizar o impedir su libre desenvolvimiento. Se trata, por tanto, de una facultad que depende del individuo, pero que a su vez debe ser garantizada por el Estado, fundamentalmente*

⁽⁴²⁾ Respecto de ello, el Tribunal Constitucional señala en la Sentencia emitida en el Exp. N° 1535-2006-PA/TC (f.j. 53), que “*Tal derecho prima facie garantiza:*

- Autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al cocelebrante.
- Autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual”.

⁽⁴³⁾ Sentencia emitida en el Exp. N° 0008-2003-IA/TC (f.j. 14).

⁽⁴⁴⁾ Sentencia emitida en el Exp. N° 03052-2009-PA/TC (f.j. 8 y 9).

⁽⁴⁵⁾ Sentencia emitida en el Exp. N° 1124-2001-AA/TC (f.j. 7 y 12).

desde el punto de vista normativo⁽⁴⁶⁾; sin embargo, tal expresión del derecho estudiado puede verse afectado cuando el titular sea objeto de daños en casos de accidentes de trabajo, situación que incluso podría imposibilitar el ejercicio posterior de este derecho, dadas las consecuencias negativas en la integridad de la persona del trabajador.

III. Funcionalidad de la seguridad social y su vinculación con la protección de los trabajadores que sufren accidentes de trabajo

Rendón Vásquez⁽⁴⁷⁾ indica que la seguridad social puede ser definida como el conjunto de actividades de la sociedad, para prevenir los riesgos sociales y reparar sus efectos, integrados en un sistema de políticas, normas, administración, procedimientos y técnicas. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha señalado que el artículo 10º de la Constitución Política reconoce a la seguridad social como un derecho humano fundamental, que supone *“el derecho que le asiste a la persona para que la sociedad provea instituciones y mecanismos a través de los cuales pueda obtener recursos de vida y soluciones para ciertos problemas preestablecidos, de modo tal que pueda obtener una existencia en armonía con la dignidad, teniendo presente que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del estado”*⁽⁴⁸⁾. Ha precisado, asimismo, que dicho artículo *“reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social y los objetivos que se busca alcanzar con su consagración constitucional, esto es, brindar protección frente a las contingencias previstas legalmente y la elevación de la calidad de vida. De otro lado, el artículo 11º de la Carta Política precisa la forma en que el Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a las pensiones en la seguridad social, poniendo en relieve que éste se logra a través de la participación de entidades públicas, privadas y mixtas y rescatando su función supervisora en el caso de que las prestaciones sean brindadas por estas últimas”*⁽⁴⁹⁾.

(46) Sentencia emitida en el Exp. N° 1535-2006-PA/TC (f.j. 68).

(47) RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge, *Derecho de la Seguridad Social*, Grijley, Lima, 2008, 4ª ed., p. 83.

(48) Sentencia emitida en el Exp. N° 05658-2006-PA/TC (f.j. 3 y 4).

(49) Sentencia emitida en el Exp. N° 09600-2005-PA/TC (f.j. 7 y 8).

Desde la STC 01711-2004-PA/TC, el Tribunal Constitucional ha indicado que el acceso a las prestaciones de salud previsto en el artículo 11º de la Constitución constituye una manifestación de la garantía institucional de la seguridad social. Agrega que los servicios de salud cobran vital importancia en una sociedad, pues de su existencia y funcionamiento depende no sólo el logro de mejores niveles de vida para las personas que la integran. De igual manera, el Tribunal ha señalado que *“los elementos esenciales del derecho a la salud son: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad”*⁽⁵⁰⁾; por lo que siendo así, en la STC 04223-2006-AA/TC ha establecido que un Estado Social y Democrático de Derecho no sólo debe garantizar la existencia de la persona o cualquiera de los demás derechos que en su condición de ser humano y su dignidad le son reconocidos, sino también de protegerla de los ataques al medio ambiente y a su salud; pues, desde su propia percepción, la seguridad social constituye *“un sistema institucionalizado de prestaciones individualizadas, basado en la prevención del riesgo y en la redistribución de recursos, con el único propósito de coadyuvar en la calidad y el proyecto de vida de la comunidad”*⁽⁵¹⁾. De ahí que la alteración de la salud *“se convierte en la contingencia a ser protegida a través de la seguridad social, buscando con ello el mantenimiento de la calidad de vida”*⁽⁵²⁾.

Concretizando la idea sobre la seguridad social, el Tribunal Constitucional considera que su contenido *“está conformado por tres aspectos. En primer lugar, por las disposiciones legales que establecen las condiciones de pertenencia a un determinado régimen de seguridad social; en segundo lugar, por las disposiciones legales que establecen los requisitos para la obtención de un derecho subjetivo a determinada prestación; y, en tercer lugar, por el principio de solidaridad”*⁽⁵³⁾ que subyace

(50) Sentencia emitida en el Exp. N° 09600-2005-PA/TC (f.j. 6).

(51) Sentencia emitida en el Exp. N° 0011-2002-AI/TC (f.j. 2).

(52) Sentencia emitida en el Exp. N° 09600-2005-PA/TC (f.j. 4).

(53) El Tribunal Constitucional, en la sentencia emitida en el Exp. N° 2945-2003-AA/TC (f.j. 10), hapreciado que *“La solidaridad implica la creación de un nexo ético y común que vincula a quienes integran una sociedad política. Expresa una orientación normativa dirigida a la exaltación de los sentimientos que impulsan a los hombres a prestarse ayuda mutua, haciéndoles sentir que la sociedad no es algo externo sino consustancial. El principio de solidaridad promueve el cumplimiento de un conjunto de deberes, a saber:*

a) *El deber de todos los integrantes de una colectividad de aportar con su actividad a la consecución del fin común. En esa orientación se alude a la necesidad de verificar una pluralidad de conductas (cargos públicos, deberes ciudadanos, etc.) a favor del grupo social.*

a todo sistema de seguridad social (...) Mediante la seguridad social en salud se otorga cobertura a los asegurados brindándoles prestaciones de prevención, promoción, recuperación y subsidios para el cuidado de su salud y bienestar social, trabajo y enfermedades profesionales⁽⁵⁴⁾. En tanto que bajo el principio de universalidad⁽⁵⁵⁾, “el reconocimiento de estas prestaciones y de las demás contempladas en el ordenamiento legal se ha previsto el derecho de cobertura...”⁽⁵⁶⁾; de ahí que se haya indicado que toda persona o grupo intermedio tenga que regir sus relaciones coexistentes bajo el principio de solidaridad.

Por último, el máximo intérprete de la Constitución ha indicado que los accidentes de trabajo “están directamente vinculados con la actividad laboral que realizan los trabajadores; es decir a la acción que el trabajo supone y la contingencia de que tal prestación origine un mal físico o psíquico, o de ambas especies a la vez, pudiendo darse hasta la pérdida de la vida como consecuencia de esa misma labor. La materia relativa a los riesgos del trabajo, se conecta de manera directa con las medidas del derecho a la seguridad social y en forma indirecta con los medios de prevención, por cuanto el trabajo es el origen de determinados riesgos y por las consecuencias que puede traer física y psicológicamente en el trabajador. En el tema de seguridad y salud en el trabajo, el derecho laboral penetra en un plano científico donde se amalgaman la medicina ocupacional con la seguridad y la prevención social en lo que refiere al Seguro Complementario de Trabajos de Riesgo⁽⁵⁷⁾, debiendo aclararse que dado que las prestaciones se financian con fuentes distintas e independientes y se encuentran previstas para cubrir riesgos y contingencias diferentes, se concluye –dice el Tribunal– que el riesgo de jubilación cubierto por el Sistema Nacional de Pensiones y los otros regímenes previsionales especiales concordantes con este, es independiente del riesgo de invalidez por incapacidad laboral producida

b) *El deber del núcleo dirigenal de la colectividad política de redistribuir adecuadamente los beneficios aportados por sus integrantes; ello sin mengua de la responsabilidad de adoptar las medidas necesarias para alcanzar los fines sociales”.*

⁽⁵⁴⁾ Sentencia emitida en el Exp. N° 09600-2005-PA/TC (f.j. 10 y 11).

⁽⁵⁵⁾ En la sentencia emitida en el Exp. N° 05658-2006-PA/TC (f.j. 7), el Tribunal Constitucional ha precisado que “La universalidad, principio de la seguridad social moderna, busca la inclusión de otros sectores de la colectividad en su marco protector”.

⁽⁵⁶⁾ Sentencia emitida en el Exp. N° 09600-2005-PA/TC (f.j.14).

⁽⁵⁷⁾ Sentencia emitida en el Exp. N° 1008-2004-AA/TC.

por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, regulada actualmente por el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo Obligatorio.

IV. Ámbito de responsabilidad indemnizatoria del empleador

En el caso que el trabajador sea objeto de lesiones orgánicas o perturbaciones funcionales causadas en el centro de trabajo o con ocasión del trabajo, la Ley N° 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, ha establecido un mecanismo de protección reforzado, denominado Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo - SCTR, el cual según el artículo 19° de dicha norma otorga cobertura adicional a los afiliados regulares del Seguro Social de Salud que desempeñan las actividades de alto riesgo. Cubre los riesgos siguientes: a) Otorgamiento de prestaciones de salud en caso de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales; b) Otorgamiento de pensiones de invalidez temporal o permanente y de sobrevivientes y gastos de sepelio, como consecuencia de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales; sin embargo, el artículo 12° del D.S. 003-98-SA, Normas Técnicas del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, establece que en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional que se produzcan como consecuencia directa del incumplimiento de las normas de salud ocupacional o de seguridad industrial o por negligencia grave imputables a “LA ENTIDAD EMPLEADORA” o por agravación de riesgo o incumplimiento de las medidas de protección o prevención a que se refiere el artículo 8 del presente Decreto Supremo; el IPSS o la Entidad Prestadora de Salud y la ONP o la ASEGURADORA, cubrirán el siniestro, pero podrán ejercer el derecho de repetición por el costo de las prestaciones otorgadas contra la Entidad Empleadora.

Esto implica que, bajo este último enunciado normativo, únicamente existe una previsión de atención de la contingencia por parte de la Entidad Prestadora de Salud, la cual puede repetir contra el empleador en caso que el accidente de trabajo se haya producido por incumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo o por negligencia de éste.

Por su parte, la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, Ley N° 29783, en su artículo 49, literal a, señala que es obligación del empleador “Garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en el desempeño de todos los aspectos relacionados con su labor, en el centro de trabajo o con ocasión

del mismo”. Adicionalmente a ello, el artículo II del Título Preliminar de la norma indicada ha incorporado el principio de responsabilidad, señalando que “El empleador asume las implicancias económicas, legales y de cualquier otra índole a consecuencia de un accidente o enfermedad que sufra el trabajador en el desempeño de sus funciones o a consecuencia de él, conforme a las normas vigentes”; pero, consideramos que aún no están claros los alcances de la responsabilidad directa frente a los daños patrimoniales y extrapatrimoniales que pueda haber sufrido el trabajador por los actos u omisiones del empleador en la ejecución del contrato de trabajo y que no sean cubiertos por la Seguridad Social; es decir, que se mantiene la incertidumbre respecto a si el empleador debe asumir responsabilidad indemnizatoria directa absoluta, o si éste se ve liberado de dicha responsabilidad por el hecho de haber cumplido oportunamente con el pago de la prima del SCTR, resultando inimputable en dicha circunstancia, debido a que la asunción de los efectos de las contingencias han sido transferidas a la Seguridad Social.

No obstante lo indicado anteriormente, consideramos que en caso de producirse afectación de derechos y con ello daños en la persona del trabajador, éste tiene habilitado el ejercicio de acciones indemnizatorias frente a su empleador o ex empleador, cuyo resarcimiento será evaluado en el ámbito del Sistema de Responsabilidad Civil Contractual; pues, el artículo 2º, numeral 1, de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, en relación a la competencia por razón de materia de los Juzgados especializados de Trabajo, señala que éstos conocen: “*En proceso ordinario laboral, todas las pretensiones relativas a la protección de derechos individuales, plurales o colectivos, originadas con ocasión de la prestación personal de servicios de naturaleza laboral, formativa o cooperativista, referidas a aspectos sustanciales o conexos, incluso previos o posteriores a la prestación efectiva de los servicios...*”; precisando dicha norma que “*Se consideran incluidas en dicha competencia, sin ser exclusivas, las pretensiones relacionadas a los siguientes: (...) b) La responsabilidad por daño patrimonial o extrapatrimonial, incurrida por cualquiera de las partes involucradas en la prestación personal de servicios, o terceros en cuyo favor se presta o prestó el servicio*”. De lo cual se deduce con absoluta claridad que, cuando una de las partes considere que ha sido objeto de daños patrimoniales y/o extrapatrimoniales por la acción ilícita de la otra parte de la relación laboral, nos encontramos frente a una indemnización derivada de responsabilidad contractual, dado que

ésta “... surge como consecuencia del incumplimiento de una obligación preexistente, cualquiera sea su fuente (contrato, promesa unilateral, la ley, etc.). La obligación es anterior al hecho dañoso que genera la responsabilidad civil...”⁽⁵⁸⁾. De ahí que Taboada⁽⁵⁹⁾ haya precisado que “... la responsabilidad civil obligacional o contractual es producto del incumplimiento de un deber jurídico específico denominado relación obligatoria”. Por lo tanto, en nuestra sistema jurídico, se ha establecido –incluso– diferencias sustanciales entre ambos sistemas, tal como lo señala Leyser León⁽⁶⁰⁾, las cuales determinan su propia incompatibilidad jurídica, conllevando también a un diferente tratamiento procesal; por lo que siendo así, si una de las partes pretende indemnización por daños y perjuicios por un hecho imputable al otro sujeto de la relación, nos encontramos ante una responsabilidad contractual (Inejecución de Obligaciones, conforme a la calificación del Código Civil peruano), por cuanto la fuente de la relación laboral lo constituye el contrato de trabajo, cuya naturaleza jurídica es la de ser un contrato normado, como lo ha denominado la doctrina, al cual le resultan aplicables las normas heterónomas, sin que las partes tengan que hacer declaración expresa al respecto, pues como indica Neves Mujica, “*la autonomía privada individual puede, por consiguiente constituir el vehículo entre las partes, pero la regulación está limitada desde afuera por la ley. Esta se ocupa, pues, no sólo del acceso y la ejecución del contrato, sino además de su contenido, y lo hace de modo relativamente imperativo...*”⁽⁶¹⁾; es decir, que “*el contrato de trabajo se configura desde sus orígenes como ese ‘documento en blanco’ de que hablaba Kahn-Freund, en el que los concretos derechos y deberes de las partes se fijan por fuentes externas a los contratantes...*”⁽⁶²⁾; por lo que siendo así, cualquier daño indemnizable que provenga del incumplimiento de los deberes específicos del empleador tiene sustento en una responsabilidad

(58) TORRES VÁSQUEZ, Aníbal, *Código Civil*, Temis, Bogotá, 2002, p. 942.

(59) TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, *Elementos de la Responsabilidad Civil*, Grijley, Lima, 2003, 2ª ed., pp. 29-30.

(60) LEÓN HILARIO, Leyser, *La Responsabilidad Civil. Líneas Fundamentales y Nuevas Perspectivas*, Normas Legales, Trujillo, 2004, pp. 17-18.

(61) NEVES MUJICA, Javier, *Introducción al Derecho Laboral*, Colección Textos Universitarios, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2003, pp. 10-11.

(62) GALIANA MORENO, Jesús María, “Autonomía colectiva y autonomía individual en la regulación de las condiciones de trabajo”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* N° 68, España, p. 13.

contractual, de ahí que las pretensiones se encuadren en dicho sistema, para el cual es invocable el literal b) del artículo 51 del TUO de la LOPJ⁽⁶³⁾, así como en el artículo 2º, numeral 1) , literal b) de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, respectivamente.

V. Conclusiones

Resulta evidente que durante la ejecución de las prestaciones que le corresponden al trabajador en una relación laboral, éste puede verse perjudicado en distintos derechos que, como persona, le ha reconocido la Constitución Política, sea por la propia naturaleza de las labores o por la negligencia del empleador en relación al diseño e implementación del sistema de seguridad y salud en el trabajo.

Cabe precisar que cualquiera que sea la causa generadora del daño, independientemente de las prestaciones de la Seguridad Social, el perjudicado puede hacer uso de los mecanismos complementarios para obtener el respectivo resarcimiento por la lesión de sus bienes jurídicos que han sido lesionados; pues, según Díez-Picazo y Gullón⁽⁶⁴⁾, para delimitar los daños resarcibles es preciso encontrar en el ordenamiento jurídico un sistema de protección o de valoración; por lo que siendo así, en el caso que nos ocupa, se trata estrictamente de un Sistema de Responsabilidad Contractual.

Lo normal y frecuente es que la condición de perjudicado en el accidente de trabajo recaiga sobre un trabajador, lo cual constituye el requisito necesario para poder formular la acción indemnizatoria frente al responsable; sin embargo, cabe señalar que en algunas ocasiones un accidente producido en el ámbito de la empresa puede causar daños a uno o varios terceros que no tienen vínculo laboral alguno, en cuyas circunstancias no estaríamos frente a un accidente de trabajo; por lo tanto, su tratamiento indemnizatorio ya no se efectuará bajo el marco normativo de la responsabilidad civil contractual, sino extracontractual.

Ahora, en el caso que el trabajador haya fallecido como consecuencia del accidente de trabajo, es lógico que él ya no podrá formular directamente reclamación judicial de ningún tipo, en cuyo caso podrá ser ejercida por los parientes más próximos (cónyuge, hijos, padres, entre otros), que en ese caso asumen el carácter de perjudicados por el accidente que causó la muerte del trabajador. No obstante ello, se ha precisado que la legitimación que adquieren los familiares no se basa en la condición de herederos del fallecido que aquéllos pudieran tener, sino en el carácter de perjudicados por el siniestro; pues, sin duda, la muerte del trabajador implica un daño en el ámbito de las personas vinculadas familiarmente al fallecido. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “... el derecho a la indemnización por los daños sufridos por las víctimas hasta el momento de su muerte se transmite por sucesión a sus herederos. Por el contrario, los daños provocados a los familiares de la víctima o a terceros por su muerte pueden ser reclamados fundándose en un derecho propio”⁽⁶⁵⁾. Por lo tanto, se ha indicado que los afectados por repercusión al proceder por derecho propio, deben alegar y probar que ellos han sufrido daños en su patrimonio o persona, por lo que el monto de la indemnización se fijará tomando en cuenta, no el daño experimentado por el trabajador, sino el sufrido por los reclamantes. No se tiene en cuenta si ellos son o no herederos de la víctima; sin embargo, debemos reiterar que las víctimas indirectas, no son ni han sido parte del contrato de trabajo, de modo que su acción de reparación deberá regirse necesariamente por las normas de la responsabilidad extracontractual⁽⁶⁶⁾.

En consecuencia, las víctimas por repercusión son terceros ajenos a la relación contractual, ya que no forman parte del contrato de trabajo. Por ello, el régimen de responsabilidad que debe aplicárseles, conforme al Derecho Común, es el de la responsabilidad *aquilian*a o extracontractual, bajo las normas de la Sección Sexta del Libro VII del Código Civil peruano; sin embargo, debemos precisar que las víctimas indirectas o por repercusión de un accidente del trabajo no podrían demandar en cuanto tales ante el

⁽⁶³⁾ “La responsabilidad por daño emergente, lucro cesante o daño moral incurrida por cualquiera de las partes involucradas en la prestación personal de servicios...”.

⁽⁶⁴⁾ Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. III, Tecnos, Madrid, 1994, 6ª ed., p. 297.

⁽⁶⁵⁾ Sentencia de 27 de noviembre caso “Castillo Páez contra la República del Perú”.

⁽⁶⁶⁾ CORRAL TALCIANI, Hernán, “Concurrencia de acciones de responsabilidad civil contractual y extracontractual en los daños causados por accidentes de trabajo”, en *Revista Chilena de Derecho Privado* N° 14, julio 2010. <https://www.google.com.pe/search?q=revista+chilena+de+derecho+privado> (consultado el 24.09.2014).

Juzgado Especializado Laboral, conforme a la Nueva Ley Procesal del Trabajo; sino que deberán efectuarlo en el ámbito civil; pues, de lo contrario, el demandado podrá interponer con éxito la excepción de incompetencia.

VI. Lista de referencias

6.1. Bibliográficas

- BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, *Derechos Fundamentales de la Persona y Relación de Trabajo*, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2007.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, “Concurrencia de acciones de responsabilidad civil contractual y extracontractual en los daños causados por accidentes de trabajo”, en *Revista Chilena de Derecho Privado* N° 14, julio 2010. <https://www.google.com.pe/search?q=revista+chilena+de+derecho+privado>.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. III, Tecnos, Madrid, 6ª ed., 1994.
- GALIANA MORENO, Jesús María, “Autonomía colectiva y autonomía individual en la regulación de las condiciones de trabajo”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* N° 68, España.
- LEÓN HILARIO, Leyser, *La Responsabilidad Civil. Líneas Fundamentales y Nuevas Perspectivas*, Normas Legales, Trujillo, 2004.
- NEVES MUJICA, Javier, *Introducción al Derecho Laboral*, Colección Textos Universitarios, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2003.
- NOVAK, Fabián y NAMIHAS, Sandra, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Academia de la Magistratura, Lima, 2004.
- OJEDA AVILÉS, Antonio y IGARTUA MIRÓ, María Teresa, “La dignidad del trabajador en la doctrina del Tribunal Constitucional. Algunos apuntes”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* N° 73.
- PEDRAJAS, Abdón, *Despido y Derechos Fundamentales*, Estudio especial de la presunción de inocencia, Edit. Trotta, Madrid, 2008.
- RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge, *Derecho de la Seguridad Social*, Grijley, Lima, 4ª ed., 2008.

- SOSA SACIO, Juan Manuel, “Derechos constitucionales no enumerados y derecho al libre desarrollo de la personalidad”, en *Derechos Constitucionales no escritos reconocidos por el Tribunal Constitucional*, Gaceta Jurídica, Lima, 2010.
- TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, *Elementos de la Responsabilidad Civil*, Grijley, Lima, 2ª ed., 2003.
- TORRES VÁSQUEZ, Aníbal, *Código Civil*, Temis, Bogotá, 2002.
- VARILLAS, Walter; EIJKEMANS, Gerry y TENNASSEE, MARITZA, OPS, OMS. Informe del Proyecto: *Sistematización de datos básicos sobre la salud de los trabajadores en las Américas*. http://www.who.int/occupational_health/regions/en/oehamrodatos.pdf.

6.2. Resoluciones del Tribunal Constitucional

- Sentencia emitida en el Exp. N° 0976-2001-AA/TC
- Sentencia emitida en Exp. N° 1124-2001-AA/TC
- Sentencia emitida en el Exp. N° 0010-2002-AI/TC
- Sentencia emitida en el Exp. N° 1429-2002-HC/TC
- Sentencia emitida en el Exp. N° 0010-2002-AI/TC
- Sentencia emitida en el Exp. N° 0011-2002-AI/TC
- Sentencia emitida en el Exp. N° 0008-2003-IA/TC
- Sentencia emitida en el Exp. N° 0008-2003-IA/TC
- Sentencia emitida en el Exp. N° 2945-2003-AA/TC
- Sentencia emitida en el Exp. N° 2016-2003-AA/TC
- Sentencia emitida en el Exp. N° 2064-2004-AA/TC
- Sentencia emitida en el Exp. N° 2333-2004-HC/TC
- Sentencia emitida en el Exp. N° 2668-2004-PA/TC
- Sentencia emitida en el Exp. N° 2064-2004-AA/TC
- Sentencia emitida en el Exp. N° 4635-2004-AA/TC
- Sentencia emitida en el Exp. N° 1956-2004-AA/TC
- Sentencia emitida en el Exp. N° 1008-2004-AA/TC
- Sentencia emitida en el Exp. N° 09600-2005-PA/TC
- Sentencia emitida en el Exp. N° 05658-2006-PA/TC
- Sentencia emitida en el Exp. N° 1535-2006-PA/TC
- Sentencia emitida en el Exp. N° 007-2006-PI/TC
- Sentencia emitida en el Exp. N° 065340-2006-PA/TC

Sentencia emitida en el Exp. N° 05658-2006-PA/TC
Sentencia emitida en el Exp. N° 05842-2006-PHC/TC
Sentencia emitida en el Exp. N° 2002-2006-PC/TC
Sentencia emitida en el Exp. N° 3901-2007-PA/TC
Sentencia emitida en el Exp. N° 05680-2008-PA/TC
Sentencia emitida en el Exp. N° 02005-2009-PA/TC
Sentencia emitida en el Exp. N° 002005-2009-PA/TC
Sentencia emitida en el Exp. N° 00925-2009-PHC/TC
Sentencia emitida en el Exp. N° 02034-2009-PA/TC
Sentencia emitida en el Exp. N° 00925-2009-PHC/TC
Sentencia emitida en el Exp. N° 00925-2009-PHC/TC
Sentencia emitida en el Exp. N° 5003-2009-PHC/TC
Sentencia emitida en el Exp. N° 00925-2009-PHC/TC
Sentencia emitida en el Exp. N° 03052-2009-PA/TC

El médico serumista: una perspectiva del derecho humano a la salud urbano-marginal (*)

CHRISTIAN P. SÁNCHEZ PÉREZ (**)

SUMARIO: I. Introducción. II. Premisas: 2.1. Breve noción a la legislación vigente aplicable. 2.2. Condiciones intermedias para la concretización del derecho a la salud. 2.3. ¿Cómo debe entenderse el derecho humano a la salud en las zonas urbano-marginales? 2.4. Propuestas prácticas para el acceso a la salud urbano-marginal. III. Conclusión. IV. Lista de referencias.

Resumen: El presente planteamiento tiene por finalidad aclarar ciertos mecanismos y parámetros legales respecto de la tratativa profesional médica a desarrollar por el profesional de salud recién insertado en la actividad laboral, y su importante labor en la

(*) El presente artículo se elaboró principalmente en virtud a la ponencia realizada por el autor en la "II Convención de médicos serumistas", con el tema: "Análisis y problemática legal de la Ley del Servicio Rural y Urbano Marginal en el Perú", realizada el día 3 de mayo de 2014, comprometiéndose a publicar un breve tratado sobre el tema derecho a la salud urbano-marginal para esclarecer las incontables incertidumbres que aquejan a los médicos serumistas de la región Cajamarca.

(**) Abogado por la Universidad Nacional de Cajamarca y docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas del curso Defensa Nacional y Derechos Humanos.

concretización del derecho humano a la salud urbano-marginal, como una política armónica de inclusión social necesaria.

Palabras clave: derecho a la salud urbano-marginal, principio de igualdad.

I. Introducción

El médico serumista es un profesional de la salud, que al igual que los médicos cirujanos contratados o nombrados⁽¹⁾, desempeña labores asistenciales, administrativas o de dirección si fuere el caso, ello en concordancia con lo regulado con la Ley del Servicio Rural y Urbano Marginal de Salud, Ley N° 23330 y su reglamento, por cuanto el derecho humano a la salud urbano-marginal, implica un acercamiento a la población más pobre del país, para la efectivización del derecho a una vida digna, debiendo respetar para ello los valores supremos laborales de los serumistas, así como las garantías mínimas para el cumplimiento de su labor, pues tal y conforme se verifica de las novísimas políticas implementadas por el Estado Peruano a través de su Ministerio de Salud, no se cuenta con una razón de inclusión respecto de dichos profesionales en la administración. Por el contrario, se busca equiparar sus funciones profesionales con aquellas realizadas por practicantes o aprendices, situación que es totalmente contradictoria a la norma, pues tal y conforme está descrito en su ley especial, estos son profesionales que concretizan el derecho humano a la salud de las poblaciones más alejadas, máxime si actualmente existe una gran preocupación internacional por brindar los servicios en salud con plena universalidad, inclusión y gratuidad por parte de los elementos integrantes del Sistema de Salud. Así lo ha determinado en reiterada jurisprudencia la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya perspectiva del derecho a la vida es fundamental en la Convención Americana, por cuanto de su salvaguarda depende la realización de los demás Derechos Humanos. En razón de dicho carácter,

⁽¹⁾ Debemos hacer hincapié en el presente punto, por cuanto el Reglamento de la Ley N° 23330 ha desarrollado puntualmente que la naturaleza de la actividad del médico serumista se realiza bajo la modalidad de un contrato a tiempo determinado (12 meses), que en una interpretación sistemática con el Decreto Legislativo N° 276, estos cuentan con todas las prerrogativas laborales en cuanto le favorezcan.

los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para su pleno goce y ejercicio.

Resultando que los derechos a la vida y a la integridad personal no sólo implican que el Estado deben respetarlos (obligación negativa); sino que, además, requiere que este adopte todas las medidas apropiadas para garantizarlos (obligación positiva), en cumplimiento de su deber general establecido en el artículo 1.1 de la Convención Americana⁽²⁾. Estos derechos fundamentales se hallan directa e inmediatamente vinculados con la atención a la salud humana. En este sentido, debe establecerse que toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social, e indica que la salud es un bien público⁽³⁾. Finalmente debe tenerse en consideración que la falta de atención médica adecuada no satisface los requisitos materiales mínimos de un tratamiento digno conforme a la condición de ser humano; debiendo replantearse que dicho personal, en virtud a la igualdad profesional, es un facilitador de los fines del Estado, obligándose este último a impedir disparates legales para deslegitimar su producción o contrariar lo regulado por sus normas especiales, incertidumbre que mantiene bajo la espada de Damocles a quienes todavía creen que la salud es un servicio, que empaña los derechos irrenunciables laborales o genera gasto público. Por el contrario, deberá comprenderse que uno de los factores problemáticos más arraigados es la indiferencia legal frente a la normatividad del derecho a la salud urbano-marginal, representando la presente disertación una iniciativa crítica exegética de las funciones profesionales médicas en relación al derecho humano a la salud urbano-marginal.

⁽²⁾ Cfr. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, supra nota 29, párr. 139; Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México, supra nota 21, párr. 245, y caso comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, supra nota 21, párr. 187.

⁽³⁾ Cfr. Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C N° 171, párr. 117. Véase además, el artículo 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y la Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. "El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)". 22º período de sesiones, 2000, U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (2000), párr. 34. "Los Estados tienen la obligación de respetar el derecho a la salud, en particular absteniéndose de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas, incluidos, los presos o detenidos, los representantes de las minorías, los solicitantes de asilo o los inmigrantes ilegales, a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos [...]"

II. PREMISAS

2.1. Breve noción a la legislación vigente aplicable

La Ley del Servicio Urbano Marginal tiene una condición especial y de específica regulación frente al grupo laboral llamado serumista, quienes a su vez cuentan con regulaciones diferentes y específicas, dependiendo de quienes sean los profesionales a insertarse posteriormente a la administración, llámense médicos cirujanos, enfermeras, técnicos, etc.; los que deberán velar por la salud de los grupos ciudadanos en extrema pobreza, representando estos últimos grupos de extrema vulnerabilidad⁽⁴⁾ y riesgo en salud.

Así pues en el derecho nacional verificamos que no existe una preocupación legislativa que desarrolle con mayor profundidad el derecho a la salud urbano-marginal del país, remitiéndose a determinar a través de la Ley N° 23330, los fines y funciones de los servidores públicos que realizarán el servicio, evitando instruir la noción y fines por los cuales han sido constituidos en dichos lugares, por lo que a nuestra consideración deberemos tratar de dar una aproximación conceptual al derecho a la salud, basándonos preliminarmente en los valores fundamentales de solidaridad e igualdad. Tal y como describe Norberto Bobbio, *“la razón de ser de los derechos sociales como la educación, el derecho al trabajo, y el derecho a la salud es una razón igualitaria. Los tres tienden a hacer menos grande la desigualdad entre quienes tienen y quienes no tienen, o a poner un número de individuos siempre mayor en condiciones de ser menos desiguales respecto a individuos más afortunados por nacimiento o condición social”*⁽⁵⁾. Entonces el Estado es promotor, impulsor y guía de los derechos económicos, sociales y culturales, pero no en forma única y excluyente, sino con la colaboración y participación de la ciudadanía y los profesionales serumistas del país, en concordancia con el Protocolo de San Salvador, que en su preámbulo establece la naturaleza de los Derechos Humanos como interdependientes e indivisibles.

Asimismo, en el derecho internacional, es menester precisar que el derecho humano a la salud se encuentra inmerso en la segunda generación

(4) Para mayor información sobre los grupos de vulnerabilidad, véase WILCHES-CHAUX, G., *Desastres, Ecologismo y formación profesional*, Popayán, Colombia, SENA, 1989.

(5) BOBBIO, Norberto, *Derecha e Izquierda*, Santillana S.A. Taurus, Madrid, 4ª ed., 1995, p. 151.

de derechos económicos, sociales y culturales, los mismos que no han recibido un desarrollo jurisprudencial que permita realizar alguna aproximación al constructo derecho a la salud urbano-marginal, por lo que atendiendo a ello, deberemos pergeñar que este derecho debe ser entendido como un derecho fundamental que constituye un mejor nivel de vida digna en igualdad de condiciones sin discriminación de ninguna índole, debiendo ser oportuna, efectiva, eficaz y eficiente para un determinado grupo de personas de escasos recursos económicos con características especiales como carencias económicas extremas, sociales e idiosincráticas que los alejan de una atención facultativa oportuna, esto en su sentido subjetivo, por cuanto también podríamos dotarle de contenido objetivo como aquella actividad en salud que realiza el servidor público en los lugares de pobreza y pobreza extrema, brindando atención facultativa oportuna a los grupos poblaciones urbano-marginales de forma que no se configure una vulneración al principio de igualdad de atención en salud.

En este orden de ideas, el derecho a la salud urbano-marginal deviene a ser un contenido importante derivado del derecho a la salud reconocido en nuestra constitución política, pero cuyo desarrollo programático implica necesariamente una filosofía concreta que adopte las realidades en extrema pobreza donde no necesariamente se vigilará el aseguramiento universal, SIS u otro mecanismo facilitador en salud, pues actualmente se sigue la consigna de negar atenciones cuando las personas no cuentan con estas especificaciones, un quebrantamiento en peor del carente sistema de salud pasible de sanciones internacionales y que debe ser reformulado.

2.2. Condiciones intermedias para la concretización del derecho a la salud

Hasta el presente apartado existe una necesidad de repensar la filosofía aplicada para el acceso oportuno del derecho a la salud urbano-marginal, ello por cuanto no se respetan directamente los fines por los cuales los profesionales específicamente designados para cumplir con esta labor deben desarrollar. Así pues, el fin primordial de la Ley N° 23330 es el acercamiento del profesional médico serumista a la población urbano-marginal en condiciones de igualdad y acceso adecuado a la salud, pero para ello el Estado debe priorizar las condiciones intermedias para su cabal desarrollo profesional, basándose en la experiencia práctica, esto es, en las condicio-

nes laborales, administrativas, presupuestarias idóneas en razón directamente proporcional a la calidad del acceso al derecho a la salud oportuna. Por ello debe concluirse hasta este punto que las condiciones intermedias de vital importancia para la satisfacción laboral y profesional del profesional específico en atención urbano-marginal deberá ser la satisfacción laboral en relación directamente proporcional a las atenciones efectivas mensuales, la proyección presupuestaria para evitar tramites burocráticos que impidan o retarden la atención en salud. Debiéndose entonces comprender que no basta con una incipiente reforma que hasta la fecha sólo ha sido supuestamente modificada por una Resolución Ministerial de menor jerarquía⁽⁶⁾, incluyendo profesionales extranjeros sin colegiatura vigente correspondiente a la jurisdicción. Por el contrario, el cambio mesurado que proponemos implica un afianzamiento de las condiciones intermedias, por cuanto tal y como se presenta la coyuntura legal actual, el quebrantamiento y diferenciación de profesionales sólo merma e incide directamente en el resquebrajamiento del incipiente derecho a la salud urbano-marginal, debiéndose actuar la reforma puntual de concientización en virtud a la protección de este derecho fundamental como un fin inescindible a la satisfacción laboral remunerada de los profesionales en salud médica.

2.3. ¿Cómo debe entenderse el derecho humano a la salud en las zonas urbano-marginales?

En el orden de ideas expuesto, se tiene que priorizar los accesos a la salud en las zonas urbanas marginales, afianzando su ámbito subjetivo. Deberá ser oportuna, precisa y en condiciones de igualdad sin discriminación alguna, que conjugado con el servicio de calidad y pleno reconocimiento de condiciones intermedias hará surgir incipientemente el golpeado sistema de salud. En resumidas cuentas, el malestar laboral que pueda percibirse

⁽⁶⁾ Véase la Resolución Ministerial N° 710-2012/MINSA y Resolución Ministerial N° 016-2014/MINSA, las mismas que plantean el levantamiento inconstitucional de la exigencia legal de autorización del colegio médico correspondiente para los postulantes extranjeros, escándalo que revestiría gran polémica nacional. Dicha situación vulnera el principio de igualdad por cuanto a todos los connacionales profesionales médicos les exigen la autorización del colegio médico de su jurisdicción, en contraposición de los aspirantes extranjeros, susceptible claramente de interponer un proceso constitucional de amparo.

por parte de la administración no deberá superar los límites permisibles, proponiendo en este apartado una seria intervención de los organismos fiscalizadores tanto laborales como de salud, llámense INDECOPI, Contraloría General de la República, DIRESAS, DISAS, con la finalidad de contribuir y combatir la ruptura social que se observa en las zonas de pobreza y pobreza extrema, priorizando los derechos humanos de acceso a la salud incondicional, gratuita y universal, y determinando una flexibilización de acceso a este bien público para los sectores comprendidos en la jurisdicción urbano-marginal. Caso contrario, la reforma en salud no tendrá mayor repercusión ciudadana, máxime si el Estado no ha trabajado una estrategia de atención con resguardo del derecho fundamental de acceso a la salud urbano-marginal, debiéndose entender este último como una política de alerta constante con exigencia incondicionada de planteamientos diferenciados que reivindiquen la condición de humano y no la condición de administración.

2.4. Propuestas prácticas para el acceso a la salud urbano-marginal

Se deben rescatar ideas concretas respecto del tema que se trata, como por ejemplo:

- La renovación de la política en salud para la comprensión del derecho humano a la salud urbano-marginal con el compromiso de los servidores públicos a determinar su trabajo en las zonas más alejadas del país.
- El compromiso positivo del Estado a reconocer en igualdad de condiciones los favorecimientos laborales serumistas, en concordancia de lo establecido en las normas para los servidores públicos sin excepción ni distinción.
- Evitar el favorecimiento de profesionales extranjeros en plazas urbano-marginales con prioridad del personal nacional.
- Implementación de programas de captación para hacer más atractivas las plazas urbano-marginales.
- Inclusión, en el currículo universitario, de las técnicas de la administración serumista.

III. Conclusión

Los profesionales serumistas del Perú deberán coincidir en que el cumplimiento de su labor garantiza el derecho a la salud urbano-marginal, el mismo que se encuentra en relación directamente proporcional al cumplimiento de sus guardias comunitarias, desarrollo profesional, lo que comprende siempre una interpretación favorable a la población.

Es de vital importancia ratificar el principio de igualdad en los profesionales que cumplen la labor de acercamiento urbano-marginal, por cuanto estos determinan la valía del Estado frente a la concretización del derecho humano a la salud como un bien jurídico público.

Debe tomarse especial cuidado en el aseguramiento universal igualitario profesional. Este debe estar enmarcado dentro de los parámetros administrativos y las leyes especiales, no por acuerdos o convenios institucionales que pretendan cambiar la Ley.

IV. Lista de referencias

BOBBIO, Norberto, *Derecha e Izquierda*, Santillana S.A. Taurus, Madrid, 4ª ed., 1995.

WILCHES-CHAUX, G., *Desastres, Ecologismo y formación profesional*, Popayán, SENA, 1989.

¿Fin de la autonomía universitaria?

JORGE LUIS SALAZAR SOPLAPUCO (*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Orígenes de la universidad. III. Situación de la universidad peruana. IV. Nueva ley transgrede la autonomía universitaria. V. Universidad peruana adscrita al Ministerio de Educación. VI. Elecciones universitarias excluyentes. VII. Ley excluyente y antidemocrática en la gestión universitaria. VIII. Autoritarismo y violación de la estabilidad jurídica de los docentes y estudiantes. IX. Discriminación inconstitucional contra los docentes. X. En suma, nueva ley es discriminatoria contra la universidad pública. XI. Conclusiones. XII. Lista de referencias.

I. Introducción

En el mes de julio del 2014, se promulgó y entró en vigencia la nueva Ley Universitaria, Ley N° 30220. Norma jurídica fundamental puesto que regula a una institución básica en la estructura del Estado y de la vida nacional. Asimismo era urgente su dación, si ponderamos la gravedad de la crisis que la universidad pública y privada viene confrontando. En el presente ensayo,

(*) Abogado por la Universidad Nacional de Trujillo, Perú. Magister en Derecho Público por la Universidad de Bruselas. Doctorando por la Universidad Carlos III de Madrid, España y de la Universidad Privada Antenor Orrego. Docente principal en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca y profesor de la Escuela de Postgrado de la misma universidad.

pretendemos proceder a una evaluación jurídica de esta ley. Rescatar sus partes positivas y criticar firmemente los aspectos inconstitucionales, que concentran básicamente en los aspectos de la autonomía universitaria y en la democracia.

II. Orígenes de la universidad

La universidad es una institución histórica. Creada a inicios del segundo milenio (Bolonia, Italia, 1088; París - La Sorbona, Francia, 1200; Cambridge y Oxford, Inglaterra, 1209; Salamanca, España, 1218; San Marcos, Lima, 1551; San Antonio Abad del Cuzco, Perú, 1662; Universidad de Berlín, Alemania, 1810; Trujillo, Perú, 1824), se convirtieron en fuente creadora del conocimiento, de la cultura, del arte y de los principios y valores supremos que gobiernan la relación entre el Estado y las personas, y entre ellas mismas: los derechos humanos. A lo largo de los siglos, la universidad ha sido y será el pilar de la democracia, del conocimiento científico, del debate libre de ideas y la defensa de la verdad. La universidad vela porque la formación de investigadores, académicos y profesionales aseguren, con el ejercicio de sus habilidades y capacidades, el progreso de los pueblos y naciones del mundo.

III. Situación de la universidad peruana

La universidad peruana, pública y privada, se bate en una grave crisis de identidad, académica, financiera y de representación. El avance imparable del conocimiento científico, de la tecnología y los grandes desafíos que el desarrollo económico y social confronta a la humanidad: injusticia social, violación de los derechos humanos, exclusión informática, impactos ambientales, no han encontrado una respuesta adecuada en la universidad peruana, la misma que, con contadas excepciones, se ha mantenido alejada de estos desafíos. Conscientes de que vivimos en un mundo de la economía del conocimiento en el que los Estados que progresen serán aquellos que incentiven el trabajo y la producción intelectual, no apostar a favor de la educación de calidad, por la ciencia y la innovación tecnológica, se está convirtiendo en un trauma nacional.

Esta ausencia de la universidad peruana se ha agravado con el predominio, dentro del Estado, de posiciones mercantilistas que conciben a la educación universitaria como un negocio más, poniendo énfasis en la

obtención del lucro en lugar de la formación integral, profesional y científica del estudiante universitario. Posición respaldada, muchas veces, por los disueltos ANR y CONAFU (Asamblea Nacional de Rectores y Consejo Nacional para la Autorización y Funcionamiento de Universidades), quienes lejos de promover a la universidad pública, facilitaron la proliferación de instituciones mal llamadas universidades, las mismas que no responden a las necesidades de la población y de su desarrollo, sino que corresponden a un insaciable ánimo de lucro. El Estado ha cerrado sus ojos y peor aún, ha condenado a la universidad pública otorgándole magros presupuestos, trabando la inversión en investigación.

Reconocemos autocríticamente que también los estamentos universitarios tienen parte de responsabilidad en esta situación crítica, especialmente aquellos sectores que gestionaron a la universidad sin lograr sus fines: la formación profesional de calidad, la investigación innovadora, la transparencia y la democracia. Currículos de estudios desfasados, laboratorios abandonados, infraestructura inadecuada, bibliotecas descuidadas, abandono de la responsabilidad social, mafias enquistadas que se aprovechan del presupuesto público, inexistente debate académico, casi nula investigación, flojera mental, mediocridad en el desarrollo de las clases, ausencia de dirigentes estudiantiles que busquen antes que la conveniencia personal el interés institucional. Todo esto y más, es expresión de la grave crisis del sistema universitario peruano.

Masificación y el populismo educativo, sin plan nacional y presupuesto y tan sólo por decisiones políticas se han fundado decenas de universidades, en la mayoría de los casos inviables como entidades universitarias. La liberalización de la economía peruana, a partir de la implementación de las políticas macroeconómicas acordadas en el Consenso de Washington e implementación por el primer y segundo gobierno de Fujimori, supuso una privatización masiva de las empresas y servicios públicos, entre ellas de las universidades. A partir de la dación del Dec. Leg. N° 882 se abrió en el Perú el periodo de una grave masificación de las universidades y de descontrol absoluto de la calidad y pertinencia de la educación universitaria, situación que se agravó debido a la política populista de la administración de Alan García que durante los dos últimos años de gestión en su segundo periodo de gobierno, creó más de 12 universidades públicas, sin presupuesto y sin el más mínimo equipamiento para la formación profesional universitaria. En

tan sólo 15 años (1995-2010) se creó en el Perú más del doble de universidades que las fundadas en 3 siglos. Así, pasamos de 52 universidades que tenía el país a mediados del año noventa a 137 universidades actualmente existentes, y más de 20 proyectos de universidades privadas que están en evaluación. De igual forma, pasamos de 359,778 alumnos matriculados en el año 1990 a 859,293 alumnos en el año 2012. (ver ANR: Estadísticas Universitarias 2012) Si bien el acceso a la universidad de los jóvenes se ha ampliado y democratizado, la calidad en la enseñanza y la pertinencia de las carreras profesionales y necesidades económicas y sociales se ha deteriorado gravemente. Esta masificación de la educación universitaria sin control y fiscalización, también es parte de la grave situación por la que atraviesa la institución universitaria.

Además, los diversos modelos universitarios existentes en el país, el modelo público-estatal, el modelo societario-lucrativo y el modelo de fundación no lucrativa, generaron un caos institucional y legal, promoviendo la corrupción y la mediocridad académica en la mayoría de universidades, situación que se agudizó con una Ley Universitaria (Ley N° 23733) con vigencia de más de 30 años, que ya no respondía a las necesidades de la universidad ni de la sociedad.

Frente a este desagradable panorama, una nueva Ley Universitaria era necesaria; pero ésta debió darse en armonía con nuestro tiempo. La nueva Ley debió ser discutida y consensuada con todos los miembros de la comunidad universitaria y los principales actores sociales, políticos y económicos. Argumentos sobran para este propósito, pues se trataba de una ley de suma importancia para el país. Aquí sólo planteamos uno: un Estado democrático constitucional, como dice ser el nuestro, requiere profesionales formados con conciencia democrática, con valores de equidad, igualdad y con permanente ánimo de superación. Si la Ley Universitaria que posibilita la formación de profesionales que constituyen pilares del desarrollo de un país no surge de un debate democrático, de un consenso social e institucional, está sembrando la destrucción del mismo Estado democrático, pues, está formando profesionales frágiles y endebles frente a la injusticia, el autoritarismo y la falta de institucionalidad.

Pese a todo ello, el Congreso y el Presidente de la República aprobaron (26 de junio) y promulgaron (8 de julio) respectivamente la nueva Ley Universitaria, Ley N° 30220, con el mínimo consenso (con apenas 55 votos

a favor y 45 en contra de un total de 130 congresistas) y con la criticable intromisión de lobbies de intereses privados, como se ha denunciado (ver diario *La República* del 16.08.14). La nueva Ley Universitaria nació con un grave estigma de deslegitimidad.

Por otro lado, analizando el texto de la nueva Ley N°30220, sus 133 artículos, las 13 Disposiciones Complementarias Transitorias, las 2 Disposiciones Complementarias Modificatorias, las 10 Disposiciones Complementarias Finales, y la única Disposición Complementaria Derogatoria, encontramos normas positivas que pueden generar un cambio y modernización de las universidades peruanas. Pero lamentablemente, existen entre ellas, normas que violan al orden constitucional y legal.

Por un lado, la nueva Ley Universitaria reafirma los fines y objetivos universales que persigue la universidad como institución encargada de la formación integral y profesional. Esto es de formar profesionales y académicos con base en el conocimiento científico, tecnológico, pero cimentados en valores. Asimismo, recoge la acreditación de la calidad de la educación como una exigencia del ser universitario de estar ligado a las necesidades del desarrollo local, regional y nacional y al avance universal de la ciencia y tecnología. La nueva Ley promueve una gestión moderna al establecer mecanismos de gestión administrativa (Director General de Administración) que permitirá la toma y ejecución de las decisiones en torno a los recursos financieros, teniendo en cuenta resultados académicos. A nivel de investigación, establece el Vicerrector de Investigación como mecanismo institucional para promover la investigación universitaria, ligado a ello, establece la posibilidad de fijar estímulos a los docentes y estudiantes que realicen investigación innovadora, con la protección (INDECoPI) que se debe efectuar a la producción intelectual a través de los patentes y marcas. A nivel de los órganos de gobierno establece, por primera vez en el Perú, las elecciones universales, directas y obligatorias para elegir a las autoridades: rector, vicerrectores y decanos. Reafirma el derecho fundamental de los docentes universitarios a una justa y digna remuneración ligada a la remuneración de los magistrados.

Reconocemos que esta Ley, recoge varios aspectos del Estatuto de la UNC, aún vigente. No olvidemos que nuestro Estatuto, estableció el referéndum universal con efectos vinculantes para elegir a las autoridades, con

participación ponderada de los docentes, estudiantes y graduados; consignó la revocatoria de las autoridades, estableció la Defensoría Universitaria, desarrolló la responsabilidad social universitaria, instituyó el Claustro Pleno como mecanismo democrático de participación y control de la gestión de la universidad, entre otros aspectos.

IV. Nueva ley y la autonomía universitaria

La autonomía es imprescindible si la universidad pretende cumplir plenamente sus fines y funciones. El ejercicio y la defensa de la autonomía han sido esenciales para que la universidad pueda producir conocimiento, ciencia y tecnología. La autonomía históricamente se refiere a las relaciones de la universidad con el mundo externo a ella, es decir, con el poder político, con el gobierno y se refiere al derecho de la universidad a regirse por las normas que ella misma se impone y a disponer de los fondos sin intervención extraña. Abarca tres aspectos: docentes, gobierno y finanzas (FRONDIZI 1971: 273).

La autonomía es la capacidad de autodirigirse en las actividades que son propias a los fines institucionales, con autoridad para darse sus propias normas reglamentarias, pero dentro del marco de la Constitución y las leyes (BERNALES BALLESTEROS 1996: 204)

Como el ex magistrado del TC, García Toma, señala: “El atributo de la autonomía es inherente al espíritu de independencia para acopiar, desarrollar y difundir el conocimiento y las ideas. En puridad, alude a un estado o situación de una institución de enseñanza de no supeditación ajena respecto al ejercicio de sus capacidades para conducirse y organizarse académica, administrativa y económicamente. Por ello deviene en una suerte de ‘asilo académico’ para la búsqueda de la verdad y del respeto a las ideas y convicciones discrepantes. (...) Este atributo de autoregulación y no injerencia externa en el desempeño de sus actividades funcionales, es el medio necesario para que los centros superiores de enseñanza puedan cumplir con sus finalidades y sean siempre fieles a su propia y peculiar naturaleza (GARCÍA TOMA 2013: 648).

La autonomía, como derecho-garantía de la universidad peruana, fue instituida en la Constitución de 1979 (art. 31º), desarrollada en la Ley derogada N° 23733 (art. 1º) y reafirmada en la Constitución 1993 vigente, la

misma que en su artículo 18º prescribe que: “(...) *Cada universidad es autónoma en su régimen normativo, de gobierno, académico, administrativo y económico. Las universidades se rigen por sus propios estatutos en el marco de la Constitución y de las leyes*”. Como expresión del derecho a la educación en libertad, la autonomía universitaria está protegida por el artículo XII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, el mismo que señala: “*Toda persona tiene derecho a la educación, la que debe estar inspirada en los principios de libertad, moralidad y solidaridad humanas*”.

El Tribunal Constitucional ha definido a la autonomía universitaria como “*una capacidad de autogobierno para desenvolverse con libertad y discrecionalidad*”, señalando además que la autonomía universitaria puede ser objeto de una “*determinación legislativa en cuanto a su extensión, siempre que esta respete y permita desarrollar las ideas nucleares y los contenidos esenciales que la Constitución ha fijado sobre la materia*”, esto es, “*la autodeterminación de los contenidos culturales, científicos y técnicos*”. Asimismo, el TC reiteradamente ha señalado que la autonomía universitaria resulta de vital importancia, pues con ella se protegen diferentes derechos constitucionales. Así, por ejemplo, ha indicado que “*Existe una clara conexión entre la protección de la autonomía universitaria y la protección de una multiplicidad de derechos fundamentales (...) una promoción de la educación que condiga con el desarrollo integral de la persona exigido por la Constitución, requiere que el Estado garantice la libertad de enseñanza (artículo 13º), la libertad de conciencia (artículo 14º) y la libertad de cátedra (artículo 18º de la Constitución). El fundamento de tales libertades supone una autonomía en sentido general que garantice que la formación en conocimientos y espíritu tenga lugar en un ambiente libre de todo tipo de injerencias ilegítimas, particularmente aquellas provenientes del poder público, sean estas de carácter confesional, académico o ideológico*” (STC 0005-2004-PI, fundamento 8; STC 4232-2004-PA, fundamento 27; y STC 0017-2008-PI, fundamento 178, reproducidos en la STC Expediente N° 0019-2011-PI/TC).

En especial sobre la autonomía normativa, el Tribunal Constitucional ha prescrito que “*es la potestad autodeterminativa para la creación de normas internas (estatuto y reglamentos) destinados a regular por sí misma, la institución universitaria*” (STC 000019-2011 PI/TC. Fundamento 5).

Sin embargo, reconocemos que el ejercicio abusivo de este derecho-garantía que llamamos autonomía, ha llevado a que existan universidades con decenas de filiales sin autorización y funcionando en pésimas condiciones.

Asimismo, que las universidades públicas no cumplan con estándares mínimos de investigación, de responsabilidad social y de calidad en la formación profesional. El abuso de este derecho-garantía ha justificado el hecho que, en algunas universidades privadas sin fines de lucro, sus autoridades ganaran sumas millonarias (ver Informe de la Comisión de Educación del Congreso de la República y Caretas, mayo 15, 2014). Esa autonomía que por omisión permitió que las autoridades de la UNC dejarán de invertir más de 128 millones del canon minero, y se pierdan los fondos especiales de investigación y acreditación, dejando a nuestra universidad en una de las peores situaciones académicas y de infraestructura. Esa autonomía que mal utilizada permite que los dueños de las universidades utilicen ingentes fondos exonerados de impuestos que deben ser reinvertidos para mejorar la calidad en la enseñanza, y que, en cambio, los utilizan para realizar millonarias campañas políticas partidarias.

El ejercicio abusivo de la autonomía universitaria, en la práctica autarquía, degeneró en desorden, en incumplimiento del ordenamiento jurídico y es factor relevante del deterioro grave de la calidad de la educación universitaria. Los llamados a corregirla oportunamente ANR y CONAFU, ocupados en el reparto de cargos y en disputas internas, no tomaron iniciativas estructurales para resolver esta grave situación.

Esto conllevó a que el propio Tribunal Constitucional en la Sentencia de 2010, Exp. N° 00017-2008-PI/TC, “ordenara la creación de una superintendencia especializada, objetivamente imparcial y supervisada por el Estado”, pues, en el razonamiento del TC, el Estado debió de cumplir su deber constitucional de garantizar una educación universitaria de calidad, es por ello que le llamaba la atención señalando que: “En ese sentido, resulta un deber irrenunciable del Estado garantizar y supervisar la calidad de la educación universitaria.”

La nueva Ley Universitaria, en sus artículos 12° al 30°, crea la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria (SUNEDU), la misma que tiene como finalidad (art. 14°) el licenciamiento, autorización, acreditación o cierre de las universidades. Supervisar la calidad del servicio educativo universitario (art.15°): fiscalizar, supervisar a las universidades, entre otros aspectos.

Ateniéndose a lo que estableció el TC, la creación de la Superintendencia es constitucional.

Sin embargo, en varios aspectos de las competencias de la SUNEDU, la nueva Ley viola la autonomía universitaria, por ejemplo:

- a. **Restricciones a la autonomía de gobierno y económica.** El art. 9° de la Ley, subtítulo: Responsabilidad de autoridades, establece en su último párrafo que “La SUNEDU de oficio o pedido de parte emite recomendaciones para el mejor cumplimiento de las disposiciones previstas en esta Ley y otras normas reglamentarias, en el marco de su ámbito de competencia. Dichas recomendaciones pueden servir de base para la determinación de las responsabilidades pertinentes “ (el subrayado en nuestro). Con esta disposición, convierte a las recomendaciones del SUNEDU en obligatorias, pues las autoridades universitarias para evitar caer en responsabilidad estarán coactadas a cumplir con las opiniones, recomendaciones y/o pedidos de SUNEDU, caso contrario, estarían inmersos en responsabilidades administrativas, civiles o penales.
- B. **Restricciones a la autonomía académica y de gobierno.** El art. 15° que determina la funciones del SUNEDU, acápite 15.1, establece que sus funciones son aprobar o denegar las solicitudes de licenciamiento de universidades, filiales, facultades, escuelas y programas de estudios conducentes a grado de estudios. En consecuencia, ninguna universidad podrá crear una filial sin aprobación del SUNADE, lo que nos parece bien, pero impedir que la universidad, en uso de su autonomía académica y por necesidades de la población, cree Facultades, escuelas o programas (p.e educación a distancia, on line, etc.) sin la autorización del SUNADE nos parece transgresor a la autonomía académica y de gobierno que gozan las universidades.

Por otro lado, el art. 40° de la Ley establece que “cada universidad determinará su diseño curricular de acuerdo a las necesidades nacionales y regionales que contribuyan al desarrollo del país”.

Nos preguntamos ¿quién establece las necesidades nacionales y regionales? Acaso no será el SUNADE (art. 15°), transgrediendo de esa manera la autonomía académica de las universidades de poder determinar los contenidos curriculares y silábicos de acuerdo a su misión y visión institucional, y además, teniendo en cuenta las necesidades regionales y nacionales.

- c. **Restricciones a la autonomía normativa.** En el art. 57º que establece las atribuciones de la Asamblea Universitaria, el inciso 57.2 prescribe que es su atribución: Reformar los estatutos de la universidad con la aprobación de por lo menos dos tercios del número de miembros, y remitir el nuevo Estatuto al SUNEDU. Nos preguntamos si la universidad goza de autonomía normativa, es decir, su derecho-garantía para aprobar su propio Estatuto, entonces ¿con qué fin la nueva Ley prescribe que el Estatuto una vez aprobado o reformado debe ser enviado SUNEDU? obviamente, la respuesta es para que este organismo le otorgue el visto bueno, lo acepte o lo observe.

No es que la universidad pueda aprobar cualquier Estatuto, No. El propio orden jurídico establece que siendo el Estatuto universitario una norma con rango de reglamento está sujeto, en caso de contenidos ilícitos, a ser declarado sin efecto o no aplicable, a través de las acciones judiciales correspondientes (acción popular, acción de amparo, o los contenciosos administrativos), sin necesidad de ser observado por un organismo extraño a la propia universidad, como es el SUNEDU.

- d. **Transgresiones a la autonomía de gobierno y administrativa.** El art. 57º, inciso 57.6, de la nueva Ley prescribe que: La Asamblea Universitaria crea una Comisión Permanente encargada de fiscalizar la gestión de la universidad. Los resultados de dicha fiscalización se informará a la Contraloría General de la República y a la SUNEDU.

Si existen los controles fiscales y del gasto público (SUNAT y Contraloría General), control para las tasas universitarias (INDECOPI), control en caso de ilícitos penales o civiles (Ministerio Público y Poder Judicial), ¿con qué fin la nueva Ley exige que los resultados de la fiscalización de un organismo propio de cada universidad deban ser enviados al SUNEDU? No cabe otra respuesta, sino para intervenir en las decisiones administrativas y de gobierno de las universidades.

V. Universidad peruana adscrita al ministerio de educación

Lo que es grave en la transgresión del derecho-garantía de la autonomía universitaria en la nueva Ley Universitaria es que el SUNADE, según el art. 12º de la Ley, estará adscrito al Ministerio de Educación, será parte del

Poder Ejecutivo, es decir, del Gobierno central. Un Ministerio que, históricamente en el Perú, ha sido utilizado por los partidos políticos que periódicamente asumen el gobierno para realizar proselitismo y despilfarrar el presupuesto nacional, se convierte en el órgano directriz de las universidades. Es decir, el SUNADE será la vía legal para que cada gobierno busque manipular, copar o intervenir las universidades, o facilitar la creación, cierre o sanción de las universidades privadas. Si como hemos visto, los lobbies privados manipulan las decisiones de política económica que aprueba el gobierno, esta intervención en la vida universitaria ahora no tendrá ningún límite. Esta disposición contraviene el espíritu de la ley, la misma que consagra la calidad de la educación universitaria como principio rector de la educación superior. Entonces no es coherente adscribir el SUNADE a un Ministerio que es co-responsable de la grave crisis de la educación primaria y secundaria. Ahora bien, si justamente la autonomía universitaria se institucionalizó como derecho de autorregulación frente a la intromisión e intervención de poderes externos, específicamente del poder político, es un despropósito que el organismo fiscalizador de las universidades dependa del gobierno central.

Si bien el logro de la calidad en la educación universitaria requiere de control y fiscalización de las instituciones que posibilitan la formación del profesional universitario, este control y fiscalización no puede suponer transgredir la autonomía de cada institución universitaria, así lo estableció el Tribunal Constitucional quien fue el que planteó la tesis de la Superintendencia. En aquella sentencia, el TC fue categórico: “El ejercicio de estas competencias de evaluación externa no deberá dar lugar en ningún caso a la violación de la autonomía universitaria, por lo que no podrán incidir en el ideario o visión de la universidad o en la libertad de cátedra de sus docentes o en su organización estructural o administrativa” (STC Exp. 000019-2011—PI/TC).

VI. Elecciones universitarias excluyentes

Si bien la nueva Ley Universitaria establece el voto universal obligatorio y secreto de docentes y estudiantes para elegir al rector, vicerrectores y decanos (arts. 66º y 71º), estas disposiciones aparentemente positivas son inconstitucionales y antidemocráticas. Son inconstitucionales, pues este tipo

de elección excluye a los graduados, quienes no participarán en las elecciones de ninguna autoridad universitaria, contraviniendo lo que establece el art. 18º de la Constitución Política, el mismo que prescribe: “*La Universidad es la comunidad integrada por estudiantes, docentes y graduados*”. Cómo excluir de derechos de elección a un estamento que constitucionalmente es parte de la comunidad universitaria. Por otro lado, es antidemocrático en el sentido que el art. 66º de la nueva Ley, establece los pesos ponderados de participación de los docentes y estudiantes. Así, establece que para elegir a las autoridades universitarias, los docentes gozan de un peso de dos tercios (2/3) y los estudiantes de un tercio (1/3). Es decir, incoherentemente con el principio democrático de elección universal, limita la participación del sector mayoritario de las universidades (los estudiantes) al establecer que el peso de su voto electoral es de sólo un tercio. Al final, y en la práctica, bastaría que los candidatos a rector, vicerrectores y decanos ganen en el estamento docente para que logren ganar las elecciones. En este aspecto, hay que recordar que el Estatuto de la UNC era mucho más democrático y equitativo, pues estableció la participación en el referéndum de los docentes, estudiantes y graduados, otorgándole a los primeros y segundos un peso igualitario (45% del peso electoral); mientras a los graduados, el 10%.

VII. Ley excluyente y antidemocrática en la gestión universitaria

La nueva Ley Universitaria dispone la gestión permanente de cada universidad en manos de un exclusivo grupo de personas. Así, el art. 58º de la nueva Ley prescribe que el Consejo Universitario está integrado por el Rector, Vicerrectores, Director de la Escuela de Postgrado y un ¼ (un cuarto) del número total de decanos, el tercio de los estudiantes considerando el número total, y un representante graduado. Siendo el Consejo Universitario el órgano permanente de gestión universitaria en donde se concentran las decisiones, el debate, la concertación y el consenso en el logro de los objetivos universitarios, este órgano no puede concebirse como el Directorio o Gerencia de una empresa privada, en donde un grupillo de accionistas, a veces sin ningún criterio académico, científico o técnico, toma decisiones que afectan a toda la vida universitaria. Se puede afirmar que esta composición del Consejo Universitario evitará el entrapamiento de algunos Consejos excesivamente poblados (caso de San Marcos, más de 50 personas) para tomar decisiones sobre todo en aspectos administrativos,

pero esto ha sido corregido en la propia Ley (art. 74º), con la desaparición del Vicerrector Administrativo y el establecimiento de un Director General de Administración, especie de Gerente General. Con la nueva Ley, el Consejo Universitario de la UNC, por ejemplo, estará conformado por el Rector, Vicerrectores, el Director de la Escuela de Postgrado y 3 decanos, más 4 representantes de los alumnos y 1 graduado. Es decir, un grupo de 12 personas determinará la vida universitaria de 389 docentes, 1,200 trabajadores administrativos y 7 mil estudiantes. Esta concepción elitista, cuasi militar de dirección institucional, generará más conflictos, pues la mayoría de Facultades quedarán excluidas de las decisiones universitarias, y la responsabilidad de la gestión universitaria se concentrará en un pequeño grupo, sin representación de toda la universidad.

VIII. Autoritarismo y transgresión a la estabilidad jurídica de los docentes y estudiantes

Al mejor estilo feudal e inquisitivo del siglo XVIII, la nueva Ley Universitaria restablece los Tribunales de Honor que tendrán como competencia juzgar el honor del docente, estudiante y graduado. En otras palabras, por cuestiones de honor se sancionará a cualquier miembro de la comunidad universitaria. Estos tribunales son inconcebibles en el derecho moderno, pues el honor como condición de respeto y consideración de la persona es un derecho humano (Art. 11º, inc. 1, de la Convención Interamericana de Derechos Humanos; art. 2.7 de la Constitución Política), por tanto, nadie puede ser juzgado por su honor, ni bajo consideraciones éticas o morales arbitraria o convencionalmente establecidas. Por ello, los Códigos Penales de la mayoría de Estados democráticos tipifican delitos cuando alguien mancilla el honor de las personas. Sin embargo, la nueva Ley universitaria establece, en su art. 75º, el Tribunal de Honor para “emitir juicios de valor sobre toda cuestión ética, en la que estuviera involucrado algún miembro de la comunidad universitaria, y propone, según el caso, las sanciones correspondientes al Consejo Universitario”. Si los juicios de valor sobre cuestiones éticas fueran el fundamento para sancionar a una persona, estamos regresando a la época de la Santa Inquisición, en donde no importaba la razón sino la fe o la regla ética estipulada por un poder externo. Pero ese aspecto regresivo de la Ley, se combina con la concepción abusiva y autoritaria de la facultad disciplinaria al imponer infracciones y sanciones contra

docentes desproporcionales y violatorias al debido proceso y al derecho de presunción de inocencia. Por ejemplo, los artículos 89º, 92º, 93º de la Ley sustentan la infracción de la conducta del docente, en el “*incumplimiento de los principios, deberes, obligaciones y prohibiciones en el ejercicio de la función docente*”. Sin embargo, en todo el texto de la Ley no se establecen los principios que gobiernan la función docente, y como bien sabemos por la doctrina y legislación en materia disciplinaria, toda infracción debe ser sustentada en la regulación objetiva (principio de legalidad). Esa disposición permitirá que cualquier autoridad, aduciendo violación a supuestos principios del ejercicio de la función, sancione a los docentes. Por otro lado, el art. 90º de la nueva Ley establece medidas preventivas que conllevan a la separación del docente de la universidad cuando afirma que “Cuando el proceso administrativo contra un docente se origina por la presunción de hostigamiento en agravio de un miembro de la comunidad universitaria, delitos contra la libertad sexual, apología al terrorismo, terrorismo y sus formas agravadas, corrupción de funcionarios y/o tráfico de drogas; así como incurrir en actos de violencia que atenten contra los derechos fundamentales de la persona y contra el patrimonio que impiden el normal funcionamiento de servicios públicos. Con esta norma se consagra a la mera sindicación para separar preventivamente (en la práctica se sanciona) a un docente, y peor aún, sobre la base de la mera sindicación de la comisión de un delito, el proceso disciplinario que conlleva la separación definitiva de un docente será de 45 días hábiles improrrogables (Art. 89º, párrafo final). Si en la realidad los procesos penales para determinar la responsabilidad de los delitos que prevé este artículo sobrepasan el año, la docencia universitaria estará sometida al chantaje, acoso y abuso del poder disciplinario de las autoridades universitarias.

IX. Discriminación contra los docentes

El artículo 84º de la nueva Ley Universitaria establece en su último párrafo: “*La edad máxima para el ejercicio de la docencia en la universidad pública es setenta años. Pasada esta edad solo podrán ejercer la docencia bajo condición de docente extraordinario y no podrán ocupar cargo administrativo*”. Esta disposición es discriminatoria e irracional. El límite de 60 o 70 años para el trabajo fue impuesta por la revolución industrial del siglo XIX, en donde las grandes industrias separaban a los trabajadores a los 70 años al considerarlos im-

productivos, lo cual era lógico dado que a esta edad la capacidad física de las personas se deteriora hasta la decadencia. Sin embargo, la actividad o el trabajo universitario es distinto, es sobre todo intelectual. Los grandes investigadores, académicos y científicos del mundo han sido creadores de teorías, descubrimientos y han ejercido brillantemente docencia universitaria justamente en su edad adulta, incluso más allá de los 70. En el Perú, el Dr. Sessarego, o el gran penalista Roxin, no podrían ser docentes universitarios, pues ya sobrepasan aquella edad. Felizmente, que frente a las pretensiones de establecer este límite de edad a la docencia universitaria el Tribunal Constitucional, en reiteradas sentencias, ha establecido que “*los derechos constitucionales relativos al trabajo y a la protección adecuada contra el despido arbitrario, ya que por razones de edad se estaría privando a un docente de ejercer la cátedra universitaria, cuando es evidente que el solo hecho de llegar a una edad determinada, no disminuye necesariamente las aptitudes que se requieren para el ejercicio de las labores propios de un académico*” (STC Exp. N°594.99.AA/ TC). Por tanto, la norma que establece este artículo de la nueva Ley universitaria es inconstitucional.

Sin embargo, la norma que analizamos (art. 84º) positiviza una discriminación adicional contra la docencia universitaria, pues el mencionado dispositivo prescribe que en las universidades públicas el límite de edad para ejercer la docencia es a los 70 años, contrario sensu, en las universidades privadas no existe límite de edad para ejercer la docencia. Si la docencia universitaria como actividad intelectual es única, es discriminatorio diferenciarla con base en la naturaleza pública o privada del lugar en donde se realiza.

X. En suma, la nueva ley es discriminatoria contra la universidad pública

Es discriminatoria porque gran parte de las exigencias que plantea la nueva Ley solo se aplican a la universidad pública, dejando intactos los modelos, la estructura y la representación de las universidades privadas, precisamente el sector en donde la calidad de la enseñanza universitaria se ha deteriorado gravemente. La nueva Ley deja intacto el abuso y la mediocridad al mantener vigente el Dec. Leg. N° 882 (art. 122º y Disposición Complementaria Derogatoria de Ley). En la práctica, con la nueva Ley el sistema universitario peruano tiene dos regímenes legales: las universidades

sin autonomía, reguladas por la Ley N° 30220 y la universidad privadas autónomas, gobernadas por el Dec. Leg. N° 882.

A pesar de ello, la comunidad jurídica de la UNC considera que siendo parte del Estado Constitucional de Derecho y hasta que el Tribunal Constitucional no declare parcial o totalmente la inconstitucionalidad de esta Ley, esta norma está vigente y hay que acatarla (presunción de inconstitucionalidad). Sin embargo, cabe que los docentes, estudiantes y graduados, con base en su creatividad, iniciativa y capacidad de interpretación, conforme a la Constitución, la justicia y los derechos fundamentales, podamos elaborar un nuevo Estatuto que supere estas ilegalidades e injusticias de la nueva Ley Universitaria, tal como los estamentos de la UNC lo hicimos en las décadas pasadas.

XI. Conclusiones

- a. Consideramos que varios aspectos de la nueva Ley universitaria transgreden la autonomía universitaria, y los derechos constitucionales de los miembros de la comunidad universitarias. Transgresiones que se verifican en los artículos: 9°, 12°, 14°, 15°, 40°, 57°, 58°, 66°, 71°, 75°, 82°, 84°, 90°, 92° y 93°.
- b. El Congreso de la República debe proceder a modificar la Ley universitaria, corrigiendo sus aspectos inconstitucionales y derogando completamente el Dec. Leg. N° 882.
- c. Se debe revisar la concepción mercantilista y elitista que se viene imponiendo en el sistema universitario peruano. Concebimos la idea de que si bien el lucro (utilidad privada en un negocio) puede ser legítimo, el lucro por sí mismo, no puede suponer transgredir las mínimas reglas de calidad en el servicio, el respeto a la persona, la transparencia y la democracia.
- e. La Universidad Nacional de Cajamarca ha elaborado un nuevo Estatuto que, con creatividad en la técnica legislativa, ha tratado de superar las restricciones que la Ley universitaria prescribe, ha reafirmado la autonomía universitaria y ha sentado las bases firmes para una acreditación académica y administrativa de la UNC, reafirmando su posición histórica de constituirse en el mejor centro de formación universitaria, con el compromiso de trabajar en forma continua por mejorar la cali-

dad de la educación científica, democrática y humanista del profesional cajamarquino para la región y el mundo.

XII. Lista de referencias

- ANR, *Estadísticas Universitarias. Universidades 2012. Población universitaria estimada al 2012*, ANR, Lima, 2012.
- ANR, *Una nueva universidad para una nueva sociedad*, ANR, Lima, 2002.
- BURGA, Manuel, *La Reforma silenciosa. Descentralización, desarrollo y universidad regional*, Red para el Desarrollo de las Ciencias Sociales en el Perú, Lima, 2008.
- COLLINI, Stefan, *What are universities for?*, Edit. Penguin Books, Londres, 2012.
- FRONDIZI, Risieri, *La Universidad en un mundo de tensiones. Misión de las universidades en América Latina*, Editorial Paidós, Buenos Aires, 1971.
- SEMINARIO, Bruno y otros (Editores), *Cuando despertemos en el 2062. Visiones del Perú en 50 años*, Edit. Universidad del Pacífico, Lima, 2013.

Derecho Civil y Procesal Civil



¿Paternalismo o perfeccionismo?

Respecto de lo resuelto en la Sentencia del Tabaco

JOSÉ LUIS LÓPEZ NÚÑEZ (*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Botones acerca del paternalismo jurídico y el perfeccionismo. III. Sentencia en análisis. IV. Voto singular del magistrado Álvarez Miranda. V. Posición del autor. VI. Conclusiones. VII. Referencia bibliográficas.

I. Introducción

El antecedente que origina el presente trabajo es la Sentencia recaída en el proceso de inconstitucionalidad N° 32-2010-PI/TC, conocido como “caso del Tabaco”, en la que se resolvió declarar infundada la demanda de inconstitucionalidad planteada por 5,000 ciudadanos contra el artículo 3° de la Ley N° 28705 –Ley general para la prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco–, modificado por el artículo 2° de la Ley N° 29517⁽¹⁾; sin embargo, no es asunto de interés para nuestros fines la totali-

(*) Docente invitado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca.

(1) El texto de dicho articulado es el siguiente: “3.1. Prohíbese fumar en los establecimientos dedicados a la salud o la educación, en las dependencias públicas, en los interiores de lugares de trabajo, en espacios públicos cerrados y en cualquier medio de transporte público, los que son ambientes ciento por ciento libres de humo de tabaco. 3.2. Se entiende por interiores

dad de la sentencia, sino sólo el extremo referido al tema del paternalismo, como fundamento para alcanzar su resolución.

En la referida sentencia, el acápite §5, que contiene los fundamentos del 43 al 63, analiza si “**Limitar el acto de fumar teniendo como finalidad proteger la salud del propio consumidor de tabaco ¿es una finalidad constitucionalmente válida?**”, asunto que necesariamente lleva a tratar los temas del paternalismo y el perfeccionismo, como justificación y no justificación, según sea el caso, para adoptar la medida de limitar el acto de fumar. Éste particular nos impulsa para ensayar una propuesta, que por lo modesto del trabajo podría resultar osada, en cuanto a las circunstancias en las que podría aplicarse excepcionalmente el paternalismo en los Estados Constitucionalistas, para no correr el riesgo de disfrazar, voluntariamente o no, una medida perfeccionista para presentarla como paternalista.

En ese tenor, el primer acápite del documento discurrirá acerca de algunas cuestiones previas respecto al meollo del asunto, que nos ilustrarán acerca de la periferia del mismo, tales como las generalidades del paternalismo y el perfeccionismo, que también son tratados en la sentencia, de manera correcta, pero que se yerra al momento de aplicar los conceptos; en el segundo acápite, se realizará la descripción de las posturas desplegadas en la referida sentencia y, en particular, del voto singular del magistrado Álvarez Miranda y; en el tercero, nuestra posición particular respecto del tema, lo cual no nos exime de hacerlo de manera paralela en cada uno de los acápites anteriores y, nos aleja, aunque de manera discreta, de la elaboración de un trabajo puramente monográfico que por antonomasia es descriptivo.

II. Botones acerca del paternalismo jurídico y el perfeccionismo

Al revisar los comentarios y tratados acerca del paternalismo jurídico se observa que la gran mayoría han tomado como base para su propio desarrollo los postulados de John Stuart Mill, de quien apprehendimos que el respeto de la

o espacios públicos cerrados todo lugar de trabajo o de acceso al público que se encuentre cubierto por un techo y cerrado entre paredes, independientemente del material utilizado para el techo y de que la estructura sea permanente o temporal. 3.3. El reglamento de la Ley establece las demás especificaciones de los interiores o espacios públicos cerrados”.

libertad radica en la limitación del poder (gobierno), teniendo como marco la autonomía de la voluntad, siendo que la única razón por la que el poder puede quebrantar la voluntad particular es bajo el supuesto de que ésta perjudique a los demás, según este pensamiento que se ha convertido en el rector acerca del ejercicio del poder, el mismo que no puede obligar a ningún ciudadano a actuar de determinada manera, justificándose en que dicha actitud redundará en su propio bien, pues se estaría suprimiendo su autonomía.

Dworkin define al paternalismo como “la interferencia de la libertad de acción que se justifica por razones concernientes al bienestar, la felicidad, a las necesidades, a los intereses o valores de la persona o personas coercionadas” (citado por Dieterlen 1988: 181). Asimismo, identifica como elementos del paternalismo a la interferencia en la libertad de acción de una persona, la coerción y la presencia o ausencia de consentimiento (citado por Dieterlen 1988: 181). Entendiendo como interferencia en la libertad de acción de una persona la utilización de ciertas regulaciones a nivel normativo-reglamentario que impedirían la realización de sus planes de vida (Dieterlen 1988: 181); la coerción se da cuando la elección de una persona respecto de cualquier situación está condicionada a una amenaza, es decir, cuando esta elección se determina por el temor a una posible sanción por elegir algo contrario a lo impuesto (Dieterlen 1988: 181), y la presencia o ausencia de consentimiento.

Para la concepción actual de Estado, el aporte de este pensador es el pilar para el desarrollo de los derechos fundamentales de las personas y la protección de su dignidad. Por tanto, debemos tener sumamente claro que lo referido en el párrafo anterior constituye la regla general que debe guiar el actuar de nuestros representantes ostentadores del poder, ya sea legislativo, ejecutivo o judicial, y que si ha de adoptarse una medida que quebrante dicha regla, aquella debe ser cuidadosamente justificada. La lesión que cause en la libertad del grupo o individuo en el que se aplique debe ser apenas imperceptible, y debe tener como vector la protección de su dignidad, pues es posible trasgredir en mínima escala a la dignidad para obtener un mayor grado de protección la misma dignidad.

Al respecto, M. Bayles citado por Ramiro Avilés (2006: 213) señala que existe un línea de demarcación clara entre las normas que prohíben determinadas acciones dañinas a terceros y las disposiciones normativas paternalistas,

debido a que las primeras se rigen por el principio del daño, el cual se aplica cuando una acción “A” causa daño en “B”; y, las segundas se rigen por el paternalismo, que se hace efectivo ante una acción “A” que cause daño en sí mismo.

Consecuentemente, el paternalismo jurídico representa una intromisión del Estado en el libre desarrollo de la personalidad de los ciudadanos, imponiendo la adopción de ciertas conductas cuya finalidad es la protección de sus propios derechos fundamentales; justificando su intromisión en la posibilidad de que al actuarse de otra forma, el propio ciudadano se autogenerará un daño objetivo.

Por su parte, una política perfeccionista es aquella por medio de la cual en el marco de un sistema imperante, se coacciona a determinado individuo que debiera pertenecer al sistema, para que se adecúe al patrón de excelencia por el cual se rige la mayoría, de manera que sea considerado moralmente virtuoso.

Observamos, entonces, que entre estos dos modelos de intromisión en la individualidad de las personas, uno es más lesivo que el otro, pero ambos significan el detrimento de la libertad personal. En cuanto al paternalismo, el objetivo no es seguir un patrón establecido por un sistema vertical, sino adecuar determinada conducta para que una circunstancia específica no sea lesiva a los derechos fundamentales del individuo que la adopta. En cambio, el perfeccionismo raya con el aleccionamiento de los integrantes del Estado para que adecúen sus comportamientos a lineamientos prestablecidos.

Cabe mencionar que el concepto aquí ventilado de paternalismo, es tal cual se lo entiende actualmente, no olvidemos que en el periodo absolutista de los Estados, las medidas tomadas por el poder podrían ser llamadas paternalistas o perfeccionistas indistintamente; lo mismo que en los Estados socialistas.

Ramiro Avilés (*ibídem*) refiere que el paternalismo jurídico es la intromisión del Estado en la vida de las personas, ya sea mediante políticas públicas o normas jurídicas y que, en su versión negativa, prohíbe la realización de una serie de comportamientos, obstaculiza determinadas acciones, desalienta opciones y desaconseja elecciones.

Según ello, el paternalismo jurídico puede ser asumido por los diversos poderes del Estado y, según cada poder puede ser aplicado de manera

positiva o negativa. En el caso del poder legislativo, se dictan normas que por su propia cualidad son generales y *a priori*, es decir, que se basan en supuestos de hecho que muy posiblemente ocurrirán, como por ejemplo el caso de los artículos 396º y 404º del Código Civil, en los que la finalidad es proteger al menor para que no quede desprotegido del sustento que le brinda la relación paterno-filial, por lo que la medida paternalista que se ha tomado es negativa en el sentido que impide al padre biológico reclamar su paternidad, si es que el esposo de la madre no la ha contestado previamente⁽²⁾.

No creemos posible la aplicación de una medida paternalista positiva en el momento legislativo, debido a que por su carácter intromisivo no es posible justificar su aplicación en supuestos de hecho, cuya posibilidad de realización es más probable que posible. Por ello, la medida está orientada a prevenir-prohibir y no a reparar y, ya que importa una vulneración a la libertad, aunque la finalidad sea positiva, no se puede aseverar lo mismo de la medida.

En el caso jurisdiccional, con excepción del Tribunal Constitucional cuya función es *sui generis*, sí es posible que las medidas a tomar sean positivas, pues pueden ser aplicadas *a posteriori* con la finalidad de reparar un hecho que ha lesionado o está lesionando el derecho de un determinado individuo en un caso específico. Al respecto, Jeffrie Murphy, citado por Ramiro Avilés (2006: 215), refiere que los “... derechos humanos básicos (incluido el derecho de hacer cosas estúpidas y peligrosas si uno lo desea) pueden ser puestos a un lado y la persona incompetente puede ser tratada simplemente como el objeto de las preocupaciones benevolentes de alguien (normalmente el estado)...”. Estas preocupaciones benevolentes estaduales, podrán ser efectivizadas únicamente por acción de las autoridades administrativas o jurisdiccionales, no así por los legisladores.

Lo referido por este pensador se trata de una visión individual, casuística, que no debe ser generalizada. Es aplicable *a posteriori* no *a priori*, cuando el paternalismo está ligado a circunstancias de la vida diaria en las que las personas actúen con total diligencia y aun así corran riesgo de sufrir

(2) Sobre el particular, tenemos una posición bien delimitada respecto a la innecesidad de esta política paternalista que lejos de proteger el interés superior del niño tiene por finalidad proteger la institución del matrimonio; sin embargo, el detalle al respecto será motivo de otro trabajo, y para el caso de éste, solo se ha pretendido presentar un ejemplo.

detrimento. Puede ser preventivo, pero cuando se trata de circunstancias en las que el actor no es diligente o sufra alguna incapacidad, ya sea por cuestiones innatas, coacción interna o coacción externa, el Estado sólo puede intervenir de manera reparativa.

No es posible adoptar una medida paternalista por las cosas negativas que puedan suceder a las personas por el libre ejercicio, irresponsable, de su autonomía, porque no se tiene la plena certeza de la configuración del daño, lo cual depende del grado de posibilidad que ejerza la acción, la misma que no puede generalizarse.

Es cierto, como dice Francisco Laporta, citado por Ramiro Avilés (2006, 215) que "... existen supuestos en que la intervención paternalista es intuitivamente necesaria...", pero le quita responsabilidad a los representantes en un Estado Constitucional guiarse únicamente por el instinto, sino que debería realizarse, además, la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida a tomarse y, más aún, si la justificación de la misma debe llevar consigo un matiz paternalista.

Una medida paternalista debe tener la justificación suficiente, de manera que la limitación de la autonomía individual sea adecuada, habida cuenta de que el presupuesto asumido debe ser que cada persona es suficientemente competente como para ejercitar sus derechos y decidir qué es lo que más le conviene a su proyecto de vida. En ese sentido, ningún estado está facultado para imponer como regla las medidas restrictivas de la autonomía individual, pues se estaría lesionando irremediabilmente la dignidad de las personas y, por lo tanto, tergiversando la finalidad del Estado Constitucional.

Para ello, debe analizarse, en primer momento, si la medida a tomarse es idónea; en segundo lugar, si es necesaria y, si resultase que sí, si es proporcional.

Pero, existen casos en que la medida resulta innecesaria, pues existen otras que pueden satisfacer mejor la consecución del fin y, peor aún, existen casos, como en el de la "Sentencia del Tabaco", en que a pesar de que la medida es necesaria, su justificación no debiere ser paternalista, puesto que existe afectación de terceros y políticas de prevención no paternalistas. Lo cual analizaremos más adelante.

III. Sentencia en análisis

En la referida sentencia, se integra el pensamiento de Stuart Mill, respecto a que el propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente para entrometerse en la autodeterminación de la libertad personal; es decir, los magistrados son conscientes de que principio o regla general es la no limitación de la autonomía individual de las personas y que en un Estado constitucional está proscrita toda forma de paternalismo jurídico, puesto que afecta, según ellos mismos refieren en su fundamento 43, la autonomía moral y la libertad de elección.

Como justificación de la fundamentación paternalista, siguiendo a Dworkin (fundamento 44) señalan que la interferencia en la libertad de acción de las personas está justificada por razones de "... bienestar, bien, felicidad, necesidades, intereses o valores...", por lo que deberían ceñirse a los límites establecidos.

En ese sentido, hacen referencia al artículo 2º, inciso 1º, de la Constitución Política del Perú, que regula el derecho al libre desarrollo de la personalidad; al inciso 4º, que regula la expresión, opinión y difusión del pensamiento; y, al inciso 3º que trata sobre las libertades de conciencia; todos ellos garantizados por el Estado, a menos que afecten los derechos fundamentales de terceras personas; lo cual constituye un límite para la acción estatal y, más todavía, si dicha acción se orienta a imponer una medida paternalista.

Por lo que señalan que, en virtud de ello, un Estado constitucional esencialmente reconoce, incluso, el derecho a equivocarse; lo cual es una posición muy acertada, ya que las equivocaciones son un factor muy importante para la formación de la personalidad en el ser humano; pensamiento acorde con el pluralismo cultural, social, político y económico.

En consecuencia, la aplicación de una medida paternalista, según también afirman, deberá efectuarse única y exclusivamente en circunstancias excepcionales.

Es así que la presente sentencia justifica el paternalismo jurídico en determinadas circunstancias, sin embargo, estas circunstancias no terminan de estar del todo claras, ya que, como se reconoce, ésta "se encuentra justificada

cuando puede determinarse razonable y objetivamente que la persona, que va a ser sujeto de ella, por alguna razón tiene limitada, la libre manifestación de su voluntad, y al restringirse su libertad se evita razonablemente un daño objetivo, grave e irreparable a sus derechos fundamentales” (Fundamento 56 de STC 00032-2010-PI/TC).

Es en este sentido que Garzón Valdéz (1988: 172) nos dice que el paternalismo podría, en determinadas circunstancias, estar justificado, sin embargo, de ningún modo, esta justificación podría sobreponerse a los principios de igualdad y el respeto de la autonomía de la persona, reconociendo asimismo que han existido y existen formas de paternalismo fundamentadas principalmente en el particular punto de vista de la moral positiva de los grupos dominantes, lo cual es llamado en la STC “tiranía de valores”.

Según el fundamento 51 de la Sentencia, “... no es posible que, en ejercicio de su autonomía el hombre anule o renuncie a dicha autonomía...” y “... no cabe negar la dignidad del ser humano en ejercicio de la libertad...”. En ese sentido, en su fundamento 52, hacen referencia al imperativo categórico por el cual el ser humano cuenta con un principio de moralidad por el cual se comprende la protección de su libertad, su dignidad y su libertad.

Por ello, el paternalismo (fundamento 53) se justifica porque es capaz de proteger la dignidad del ser humano en circunstancias en que éste la pone en peligro al momento de ejercer su libertad; de manera que imposibilita, por ejemplo, que una persona haciendo uso de su libertad, celebre un contrato de esclavitud.

Así, según refieren en el fundamento 54, cabe restringir la libertad de los seres humanos en su propio beneficio; siempre y cuando se tenga en cuenta que dicha restricción debe ser en un grado ínfimo y tenga como objetivo evitar la producción de un daño grave e irreparable a los derechos fundamentales de las personas. En cuanto a ello, ¿cómo se debe entender la frase “daño objetivo”?, puesto que si es que se está en el plano legislativo, no es posible hablar de un daño objetivo. Es más, si se trata de una disertación a nivel del Tribunal Constitucional acerca de la inconstitucionalidad de una norma, que por su naturaleza es formal y cuya formulación es anterior a la ocurrencia del hecho, no existe la más mínima posibilidad de hablar de un daño objetivo, por más que se cuente con estadísticas de casos anteriores. Cómo podríamos hablar entonces de necesidad en la aplicación de una

medida paternalista a nivel de constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma si a este nivel de análisis todavía no se tiene cuenta de un daño objetivo que afecte grave e irreparablemente los derechos fundamentales de una persona o un grupo de personas; a pesar de ser idóneo el juicio de proporcionalidad para la aplicación de la medida, no puede utilizarse como fundamentación para ello.

Pues, no es lo mismo hablar de una ponderación abstracta del legislador que puede tratar únicamente de posibles o probables supuestos de hecho, que de una ponderación jurisprudencial que está basada en hechos consumados.

Por otro lado, en el fundamento 55 de la sentencia, los magistrados refieren que las medidas paternalistas deben tomar en cuenta las circunstancias particulares del sujeto; es decir, se justifican en los casos en los que el sujeto tiene limitada la libre manifestación de su voluntad y no es capaz de evaluar de forma suficientemente razonable el grave riesgo que importa determinada conducta suya para su propio derecho o, siendo consciente del riesgo, por compulsión externa o interna, no es capaz de actuar con consecuencia para evitarlo.

El primer caso puede estar referido a los supuestos del artículo 43º del Código Civil; y el segundo, a los casos de coacción por parte de autoridades o familiares, y a los casos de consumo de sustancias alucinógenas; sin embargo, en todos aquellos casos, habría de configurarse el hecho para aplicar las medidas paternalistas, pues, no es posible saber si una persona reaccionará negativamente ante los estímulos internos o externos y, si así fuere, deberá tratarse de supuestos en los que comprobadamente existe la posibilidad de reacción negativa. No así, para el caso del consumo de tabaco, puesto que existen consumidores del tabaco que verían limitadas sus posibilidades de fumar en determinados lugares a pesar de que en ellos la nicotina no ejerza efectos negativos, tales como la adicción; lo cual no obsta para que la medida restrictiva sea justificada en la no afectación del derecho de terceros.

En el fundamento 57, los magistrados aseveran que las medidas paternalistas también estarían justificadas cuando las personas adultas que son capaces jurídicamente adopten caracteres que distorsionen su manifestación de voluntad; pero dichas medidas serían informativas acerca de los

riesgos o beneficios de actuar de tal o cual manera ante una determinada situación, lo cual significa una intromisión ínfima en la libertad de las personas que se justifica en la magnitud del beneficio.

De igual forma, si es posible evitar las presiones externas que afecten el libre ejercicio de la voluntad de las personas, las medidas paternalistas a tomarse deberán aplicarse sobre las personas o entes que ejerzan dichas presiones. No así respecto de las personas, pues se lesionaría su libertad por un acto o hecho que no depende de él mismo y que no tenemos la certeza de que vaya a asumir para variar su comportamiento. No es posible entonces hablar de redireccionar una conducta que no sabemos si se va a configurar o no. Diferente es el caso del uso del cinturón de seguridad o de la práctica del parapente, puesto que en estos casos es necesario que primero se configure la conducta de las personas para que exista la posibilidad del riesgo, ante lo cual sí es posible tomar medidas paternalistas de protección.

Por tanto, resultaría sumamente irresponsable, que un hombre de derecho regule tal o cual supuesto jurídico basado en sospechas fundadas de que podría configurarse tal o cual conducta, puesto que el derecho no es una ciencia que esté sujeta al azar.

Ahora bien, resulta entonces que, doctrinal y jurisprudencialmente, el paternalismo jurídico, separado y diferenciado claramente del llamado perfeccionismo, es aceptado en determinadas circunstancias. Lo que cabría aquí es regresar a delimitar en qué supuestos se podría estar hablando de paternalismo jurídico, social y legalmente aceptado, y en qué situaciones este aparente instrumento o medio distorsiona su finalidad y se convierte en un instrumento que atenta contra los derechos fundamentales mencionados en la sentencia referida y los reconocidos por la doctrina.

Es de resaltar que las discusiones aparecidas sobre este tema particular del paternalismo jurídico tienen como punto de partida para el análisis lo dicho por Stuart Mill y citado por el TC⁽³⁾. En función a esto, aparentemente lo que actualmente se conoce como paternalismo jurídico, nace más

(3) Tal es el caso, por ejemplo, de Ernesto Garzón Valdez en su artículo "¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?", el caso de Miguel Ramiro Avilés en su artículo "A vueltas con el paternalismo jurídico" y/o el caso de Paulette Dieterlen en su artículo "Paternalismo y estado de bienestar".

orientado a lo que ahora se conoce como perfeccionismo y posteriormente ya, toma una ubicación menos radical y procura otorgarle una óptica más liberal y de respeto a los derechos fundamentales.

Ahora bien, en la discusión respecto del paternalismo, sus efectos, su necesidad y su pertinencia, Paulette Dieterlen (1988: 178) reconoce un riesgo que, a la larga, podría significar, en uno y otro caso, políticamente peligroso, dicho riesgo se da en función de si un estado debe ser paternalista con la consiguiente posible intervención y vulneración de derechos, o incurrir en ineficiencia, al menos respecto de cómo se podría observar por la población una actitud de este tipo, la cual podría incluso tomarse como irresponsabilidad.

Aparentemente, este riesgo y la naturaleza misma del paternalismo, tienen alguna relación con la naturaleza objetiva de los derechos fundamentales, que según el TC "facultan al ciudadano para exigir al Estado determinadas prestaciones concretas a su favor o en su defensa; es decir, este debe realizar todos los actos que sean necesarios a fin de garantizar la realización y eficacia plena de los derechos fundamentales" (Landa 2010: 32). En ese sentido, resulta entonces de vital importancia plantearnos la posibilidad de si el paternalismo jurídico podría justamente garantizar la realización y eficacia plena de nuestros derechos fundamentales por parte del Estado, en cumplimiento estricto de la naturaleza objetiva de los derechos fundamentales, o si este paternalismo terminaría limitando nuestra libertad y capacidad de disfrutar de derechos como el derecho al libre desarrollo, autodeterminación, entre otros.

Además de lo hasta aquí mencionado, cabe recalcar el alcance que reconoce el TC a la dignidad, en la Sentencia materia de este trabajo, respecto de lo cual cita lo contenido en la Constitución al reconocer esta que la defensa y el respeto de la dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, estableciendo que dicha defensa y respeto se da como consecuencia del previo reconocimiento de su condición de fin en sí mismo (fundamento 53). A pesar de que esta apreciación se da en función de validar cierto nivel de paternalismo jurídico por parte del Estado, el otorgarle este reconocimiento al ser humano como un fin en sí mismo como Kant lo ha dicho, podría, al contrario de lo que pretende el TC, sugerir que el paternalismo en realidad es negativo respecto de los derechos fundamentales que se podrían estar afectando por parte del Estado.

Ahora bien, es cierto que hasta el momento, el análisis de la figura del paternalismo jurídico aparentemente sugeriría que éste es, en todo sentido, un limitante de los derechos fundamentales de los ciudadanos. La investigación bibliográfica al respecto nos ha sugerido una serie de situaciones y ejemplos en los que el paternalismo no se inmiscuye de manera directa con los derechos al libre desarrollo o el de autodeterminación, más aún, nos propone situaciones en las que por tener una relevancia trascendental en políticas estatales, el paternalismo de pronto no se dibuja como negativo. Tal es el caso, por ejemplo, de la obligación de todos los ciudadanos que constituyen la fuerza laboral formal de nuestro país y que están obligados a depositar cada mes un porcentaje de su remuneración a un sistema de pensiones que le garantice, en un futuro, poder vivir de manera digna, claro está, garantizando también que éste no se convierta en un problema para el Estado, si a cierta edad no podría sostenerse por sí mismo. Este ejemplo nos presenta una imagen en la cual el Estado de manera totalmente paternalista ha incluido en la legislación nacional un instrumento mediante el cual todos los ciudadanos no podrán disponer de un monto de su remuneración, a fin de que ello le sirva en el futuro para poder sostenerse cuando no pueda formar parte ya de la fuerza laboral de nuestro país. ¿Esta obligación vulnera el derecho de autodeterminación de las personas, en función de no poder decidir sobre lo que haremos con la totalidad de nuestra remuneración? Aparentemente sí. ¿Vulnera además el derecho al libre desarrollo de la personalidad?, sí. Sin embargo, no creemos que esta limitación estatal sea de manera alguna perjudicial para los ciudadanos, no nos podríamos oponer a la decisión aparentemente legítima del Estado de tener una política de previsión en materia de pensiones.

IV. Voto singular del magistrado Álvarez Miranda

Una posición interesante respecto del tema es la del magistrado Álvarez Miranda, quien emitió su voto singular en cuanto al caso del tabaco. Él comulga con el fallo obtenido por mayoría, pero sus fundamentos distan de aquéllos, principalmente en lo que al tema del paternalismo jurídico se refiere.

Comienza su argumentación con una definición bastante clara y funcional de la “dignidad del ser humano”. Recalca su calidad de valor supremo que justifica la existencia de los Estados y sus objetivos, su carácter de

basamento esencial de todos los derechos fundamentales y su estatus de valor moral y espiritual inherente a la persona. Todo ello con la finalidad de dejar en claro, que por efecto de su dignidad el ser humano ostenta su capacidad de autodeterminación consciente y responsable de su propia vida, en ejercicio de su derecho a la libertad, teniendo como único límite la dignidad de los demás.

Su importancia radica en el hecho de que la dignidad es considerada un principio que se aplica en el proceso de aplicación y ejecución de las normas, instituyendo como criterios: el interpretativo; el de determinación del contenido esencial de los derechos y los límites para las pretensiones legislativas, administrativas y judiciales y; por otro lado, se le reconoce la calidad de derecho fundamental que cuenta con un ámbito de tutela y protección autónomos. Lo cual faculta a las personas para exigir la intervención de los órganos jurisdiccionales en caso de su vulneración.

En ese camino, si es que se reconoce la dignidad de los seres humanos, como acto seguido se reconoce su libertad y, por tanto, su capacidad de autodeterminación y legitimidad para exigir la protección de dicha capacidad, la misma que puede ser ejercida teniendo como única restricción la libertad y dignidad de los demás. En ese sentido, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, según Álvarez Miranda, tiene una connotación positiva, puesto que el hombre puede hacer todo lo que desee en su vida y con su vida; y una connotación negativa, desde el punto de vista del Estado y la sociedad civil, que no pueden entrometerse indebidamente en la vida del titular del derecho o, que si lo hicieren, no pueden sobrepasar el límite razonable de manera que se preserve el núcleo esencial.

Este magistrado también desarrolla la regla general para que los Estados Constitucionales se vean facultados a intervenir en el derecho a la libre determinación de la personalidad de cada individuo o del grupo en general de manera previa, esto es, siempre que se busque proteger los derechos de los terceros; y, justifica la intervención paternalista solamente en casos excepcionales y siempre y cuando no exista otra fundamentación para alcanzar la finalidad; pero, en el caso de negar la posibilidad de que las personas fumen justificando tal medida en la finalidad de reducir los costos sanitarios que esta acción pueda causar en el futuro, concluye que es “... irrazonable y desproporcional...” (Fundamento 14). Al respecto señala que no es posible

compeler a la población a llevar una vida saludable, pues de esta forma se estaría volviendo a los Estados totalitarios, lo cual es inaceptable debido a que el actual Estado puede describir la forma en que las personas deben comportarse con otras personas, pero no cómo se comporta consigo mismo.

Es imposible y utópico pensar que el Estado es capaz de conocer siempre y en todos los casos lo que es mejor para cada uno de sus integrantes, existe una incapacidad material para ello, además que los asuntos de las personas deben ser decididos por las personas y, si ellas incurrieran en algún error, aquello les serviría para su maduración.

Justifica la intervención estatal en estos temas, no desde una óptica paternalista, sino desde un análisis económico, introduciendo la figura de las externalidades, pues los costos que sufren los fumadores pasivos para afrontar una enfermedad provocada por el humo del tabaco son asumidos única y exclusivamente por ellos a pesar de que no han desplegado la conducta que les ha llevado a tal situación. Éste es un daño causado a terceros y es suficiente para justificar la medida restrictiva impuesta en el artículo 3º de la Ley N° 28705 –Ley general para la prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco–, modificado por el artículo 2º de la Ley N° 29517.

La presente sentencia declara Infundada la demanda de inconstitucionalidad del artículo 3º de la Ley N° 28705, en el sentido de que son constitucionales las medidas adoptadas por el Estado para disminuir el consumo del tabaco. Cabe precisar que la sentencia considera que el paternalismo jurídico se justifica en medidas de salud pública y por los costos mayoritarios que éstos puedan generarle a posteriori, vulnerando la libertad individual de la persona para poder tomar sus propias decisiones.

En tal sentido, no se puede justificar la intervención estatal en medidas que el Estado considera son mejores para la sociedad, vulnerando libertades fundamentales de los ciudadanos que son inherentes a su persona. De ser así estaríamos hablando de un Estado totalitario y autoritario.

La sentencia en comentario pondera supuestamente dos derechos fundamentales de la persona: por un lado, la libre determinación de la persona; y por el otro; el derecho a la salud que tenemos todas las personas, y escoge el menos gravoso para la sociedad, por lo que creo que no se hace una correcta interpretación de la norma, debido a que cada persona es libre de elegir lo que cree es mejor para él, lo cual no sucede en el pa-

ternalismo, ya que al reencaminar esa libertad que el ser humano tiene, lo que se hace es considerar a éste como un ser incapaz de tomar sus propias decisiones, algo que no sucede en los gobiernos democráticos.

V. Posición del autor

Hemos observado, entonces, las situaciones de incertidumbre y excepcionales. Es posible que los Estados Constitucionales intervengan en el libre desarrollo de la personalidad del ser humano, usando medidas paternalistas que buscan reparar una situación lesiva de sus derechos fundamentales o protegerlo de una posible mella en los mismos.

Lo discutible al respecto es establecer cuál es el límite o el umbral que jamás debe ser cruzado ni por el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo o por el Poder Judicial al momento de tomar medidas paternalistas. Habida cuenta de que es una regla el hecho de que todas las personas por la misma razón de contar con dignidad, contamos con libertad y la suficiente capacidad para tomar nuestras propias decisiones, ejercitar nuestros derechos y determinar qué es lo que más nos conviene.

Consiguientemente, consideramos que para adoptar una medida paternalista son necesarios dos pasos fundamentales que involucran al juicio de proporcionalidad.

El primer paso fundamental corresponde a la decisión acerca de si debe aplicarse o no la medida al caso concreto.

Para ello, su análisis debe atravesar los tres criterios para considerarla una medida proporcional.

Según esto, para que la medida sea considerada idónea, debe perseguir un fin y ésta la más adecuada para alcanzarlo, lo que en el caso concreto si se cumple, puesto que la prohibición de fumar en lugares cerrados de atención al público y en lugares abiertos dedicados a la educación, es una medida idónea para reducir el consumo de tabaco y proteger la salud de los no fumadores.

Para considerar la medida necesaria, no puede haber otra que sea mejor que la propuesta, lo cual también ocurre en el presente caso, puesto que se ha probado que la medida anterior resultaba insuficiente, porque los espacios para fumadores no eran lo suficientemente efectivos para proteger

la salud de los no fumadores, ya que no existen mecanismos eficientes para evitar que el humo de un espacio se cuele hacia el otro.

Inútil, para nuestro fin, sería la aplicación de la ley de ponderación, las fórmulas de peso y las cargas de la argumentación; puesto que el problema que hemos encontrado no es la medida que ha sido determinada para el caso del tabaco, sino su fundamentación, específicamente fundamentarla o justificarla en un principio paternalista.

Bien se hace en justificar la intervención estadual en la libre determinación de la personalidad de los fumadores que realizan esta práctica en lugares cerrados de atención al público y lugares abiertos de instituciones educativas, porque, es imposible asegurar que estas prácticas, aun si es que los lugares cerrados de atención al público fueran exclusivamente para fumadores y atendidos por personal fumador, y en los lugares abiertos de instituciones educativas sólo haya asistencia de personas mayores; puesto que de todas maneras existiría afectación a la salud de los trabajadores fumadores de los centros cerrados que no podrían fumar en horas de trabajo y que inhalarían el humo del tabaco sin ser ellos los que consumen el cigarro; y, en el caso de las instituciones educativas para mayores de edad, es posible que concurren mayores de edad que se vean incentivados a consumir el producto con mayor frecuencia, observando que sus compañeros lo hacen o incluso se verían afectados por la incomodidad de soportar los olores que se propagan incluso en lugares abiertos si es que se está formando parte de un grupo de personas que departen en campo abierto, es más, siendo el consumo de tabaco una práctica que busca erradicarse por su carácter de epidemia, tal como ha sido declarada.

Pero, desde el punto de vista de la fundamentación, no es posible justificar esta medida por el hecho de proteger la salud de los propios fumadores, ya que éstos consumen el cigarrillo haciendo uso de la libre determinación de su personalidad.

Así, una vez tomada la decisión de aplicar dicha medida restrictiva, dada su idoneidad y necesidad, el segundo paso es tomar la decisión acerca de cuál será su justificación, puesto que es posible que por adecuada que resulte la medida para conseguir la finalidad de evitar el consumo del tabaco, ésta no lo sea tanto para los fines de la protección de los derechos fundamentales.

De acuerdo a ello, podemos aseverar que basta con que la justificación de la medida de prohibir el consumo de tabaco en determinados lugares sea únicamente la protección de la salud de terceros que se vean afectados por el humo del cigarrillo, aun sin consumir el producto, sean o no consumidores habituales y, en el hecho de que si se ejerce en lugares públicos abiertos dedicados a la educación contribuyen a incentivar el consumo, lejos de desincentivarlo, que es la finalidad de las actuales políticas antitabaco.

Pero de ninguna manera la justificación paternalista de que la medida es tomada para proteger la propia salud de los consumidores, puesto que es claramente intromisiva y se corre el riesgo de que se convierta en una fundamentación perfeccionista; por otro lado, sometida al juicio de proporcionalidad no supera el test de idoneidad y el test de necesidad.

En ese tenor, la justificación paternalista no es idónea, porque a pesar de perseguir la finalidad de imponer una medida restrictiva que desincentiva el consumo de tabaco, no es la más adecuada, porque quebranta los principios de un Estado Constitucional; aun con todo ello, es posible que este test se supere por el carácter de excepción del paternalismo.

En cuanto al test de necesidad, definitivamente no es superado por la fundamentación paternalista, debido a que sí existen otras fundamentaciones más adecuadas que justifiquen la aplicación de la medida restrictiva, las cuales han sido explicadas líneas arriba, por lo tanto, el fundamento paternalista ya no es susceptible de pasar al test de ponderación y, claramente se tiene que no debe ser utilizado para justificar que se tome la medida de prohibir el consumo de tabaco en determinados lugares.

VI. Conclusiones

Es adecuado que se tomen las medidas necesarias para erradicar el consumo del tabaco, debido a que esta práctica ha resultado lesiva para la salud y la vida de muchas personas alrededor del mundo y ha sido declarada epidemia mundial.

Las medidas adoptadas por el artículo 3º de la Ley N° 28705 –Ley general para la prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco–, modificado por el artículo 2º de la Ley N° 29517, son adecuadas para la consecución de la finalidad ya indicadas anteriormente y no constituyen

una vulneración a la libre determinación de la personalidad de los ciudadanos, debido a que ésta no puede ser ejercida afectando los derechos de los terceros que es lo que ocurre en el caso del consumo del tabaco en el que se vulneran los derechos de los fumadores pasivos.

Dicha medida debe ser fundamentada desde el extremo de la protección de los terceros que aspiran el humo del cigarro, a pesar de no estar fumándolo y con la contrariedad que existe en el hecho de fumar en un centro educativo, cuando lo que se busca es desincentivar el consumo del tabaco; justificaciones que son suficientes para declarar infundada la pretensión de inconstitucionalidad de la norma.

Aplicado el test de proporcionalidad, no es posible plantear aplicar una justificación paternalista a la medida adoptada por la referida ley, debido a que existen justificaciones más adecuadas y, ya que es bastante peligroso imponer posiciones paternalistas al libre albedrío de los magistrados, debido a que podría sobrepasarse los límites de dicha posición hasta alcanzar matices de perfeccionismo que está totalmente proscrito para los Estados Constitucionales.

En el presente caso, no es posible justificar la medida de prohibición de fumar con una fundamentación paternalista, por lo que el voto mayoritario en la sentencia en análisis es equivocado.

VII. Referencia bibliográficas

DIETERLEN, P., “El paternalismo y estado de bienestar”, en *Doxa* N° 5, 1988, pp. 175-194. http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5_09.pdf (consultado el 30 de enero de 2012).

GARZÓN VALDEZ, E. 1988. “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, en *Doxa* N° 5, 1988, pp. 155-174. http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5_08.pdf (consultado el 30 de enero de 2012).

LANDA ARROYO, C., *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Lima, Palestra editores, 2010.

RAMIRO AVILÉS, M., “A vueltas con el paternalismo jurídico”, en *Derechos y libertades*, número 15, época II, junio 2006, pp. 211-256.

Interpretación testamentaria una propuesta metodológica de iter hermenéutico sucesoral

REYNALDO MARIO TANTALEÁN ODAR (*) (**)

“La mejor perfección en la interpretación consiste en comprender a un autor mejor de lo que él mismo podría dar cuenta de sí mismo”

Friedrich Schleiermacher

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El testamento como objeto interpretativo. 3. Los principios hermenéuticos aplicables al testamento. 3.1. Principio del círculo hermenéutico. 3.2. Principio de equiparación o identificación con el autor. 3.3. Principio de primacía de la voluntad interna. 3.4. Principio *in favor testamenti*. 3.5. Principio de preferencia a la sucesión intestada. 3.6. Principio de la interpretación restrictiva de las liberalidades. 3.7. Principio de preferencia hermenéutica equitativa. 4. Momentos hermenéuticos del testamento. 4.1. I momento: preámbulo. 4.2. II momento: determinación del objeto a interpretar. 4.3. III momento: análisis del texto testamentario. 4.4. IV momento: análisis del contexto en el que se faccionó el testamento. 4.5. V momento: determinación de la *voluntas defuncti*. 4.6. VI momento: integración y recomposición de la *voluntas defuncti*. 4.7. VII momento: proyección jurídica del testamento. 5. La re-

(*) Doctor en Derecho. Docente de la Universidad Nacional de Cajamarca.

(**) Con infinita gratitud a la Promoción XIX de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca – Grupo A.

currencia a prueba extrínseca. 6. A modo de conclusión: las diferencias interpretativas con la esfera contractual. 7. Lista de referencias.

1. Introducción

Asumiendo por superado el brocardo *in claris no fit interpretatio* (vid. Armaza Galdos 2007: 196; Lohmann Luca de Tena 1996: 211; Vigo 2006: 172), la interpretación en sede jurídica no es tarea sencilla⁽¹⁾. Si una norma legislativa, resultado de –supuestamente– personalidades altamente capacitadas para dirigir una nación, es complicada de interpretar, piénsese ello para el caso de los negocios jurídicos, cuya emisión procede de sujetos comunes. Añádase que para el testamento nunca se podrá recurrir en última instancia a escuchar la opinión del que lo elaboró, a diferencia del acto *inter vivos* donde siempre existe la posibilidad última de que el autor explique el sentido de sus expresiones (Lohmann Luca de Tena 1996: 212 y 238).

La tarea interpretativa requiere de una formación especial. Ella la brinda la hermenéutica⁽²⁾, y aunque en materia jurídica interpretamos constantemente, muchas veces adolecemos de una férrea formación en tal sentido, que asegure que nuestro resultado exegético sea el adecuado⁽³⁾. La hermenéutica, como dimensión fundamental de la filosofía, es entendida como una disciplina general de la comprensión, ya no simplemente del sentido de un texto sino, sobre todo, del modo en que se ha producido ese texto; en suma, cuál es la génesis de su creación (Santiago Guervós 2012: 153). La hermenéutica es el arte de encontrar con una intuición necesaria los pensamientos de un escritor a partir de su obra (Schleiermacher 1999 [1829]: 59).

⁽¹⁾ Para Schleiermacher (1999 [1829]: 55), la hermenéutica jurídica tiene que ver solamente con la determinación de la extensión de la ley, o sea, con la relación entre las proposiciones generales y lo que en ellas no ha sido pensado de modo determinado.

⁽²⁾ Ricoeur (2003: 9) enseña que el problema hermenéutico se plantea ante todo dentro de los límites de la exégesis, es decir, en el marco de una disciplina que se propone comprender un texto a partir de su intención sobre la base de lo que quiere decir.

⁽³⁾ Para Schleiermacher (1999 [1829]: 75), quien en la labor interpretativa no vea correctamente cómo la corriente del pensamiento y de la composición choca con las paredes de su lecho y rebota, y es encauzada en una dirección distinta de la que hubiera tomado si no estuviera atada, no puede comprender el proceso interno de la composición y mucho menos asignar el lugar correcto el escritor mismo respecto a sus relaciones con el lenguaje y sus formas.

2. El testamento como objeto interpretativo

El elaborar un testamento se constituye en un derecho individual de suma importancia porque el testador, a través de él, establece la regla sucesoral que gobernará, luego de muerto⁽⁴⁾, su patrimonio⁽⁵⁾ (Domínguez Benavente y Domínguez Águila 1970: 4); aunque en puridad puede no recoger la que fue su última íntima voluntad (Lohmann Luca de Tena 1996: 212).

El testamento es una norma jurídica creada por una persona física privada, mediante la cual constituye diversos derechos y deberes que podrán ser ejercidos después de su muerte (Vigo 2006: 168). O más exactamente, es un documento escrito que contiene un conjunto de normas jurídicas, un auténtico mandato de conducta de lo que se debe hacer con el acervo sucesoral (Lohmann Luca de Tena 1996: 220). Por tanto, es susceptible de interpretación. Se interpreta la declaración de la voluntad plasmada en el testamento con el fin de encontrarle un determinado sentido (Armaza Galdos 2007: 195).

Y como en el testamento podemos encontrar disposiciones que se amolden a cualquiera de las tres modalidades deónticas, cuando el testador mande, prohíba o permita algo, estaremos entrando a la órbita normativa del testamento que es materia de la labor interpretativa que nos convoca.

En fin, no hay que olvidar que el testamento es obra de un ser humano, que como tal ha efectuado todo un ejercicio deliberativo antes de plasmar sus decisiones en un escrito, por lo que ello también es digno de revisarse para comprenderlo mejor. Pero, además, hay que tener presente que en el testamento se incrementan las vallas interpretativas, puesto que suele ser otorgado sin el auxilio de un jurisperito o, incluso, cuando el testador ya no cuenta con todas sus facultades a plenitud (Domínguez Benavente y Domínguez Águila 1970: 4).

⁽⁴⁾ El artículo 686° del Código Civil establece que por el testamento una persona puede disponer de sus bienes, total o parcialmente, para después de su muerte, y ordenar su propia sucesión dentro de los límites de la ley y con las formalidades que esta señala, siendo válidas las disposiciones de carácter no patrimonial, aunque el acto se limite a ellas.

⁽⁵⁾ El testamento no solo puede referirse a disposiciones estrictamente económicas, sino a otros asuntos extrapatrimoniales o que conciernan al buen orden de la sucesión como son las estipulaciones sobre albaceas, régimen de indivisión o de partición, etc. (Lohmann Luca de Tena 1996: 244).

3. Los principios hermenéuticos aplicables al testamento

Existen una serie de principios en la hermenéutica como disciplina general, y en la hermenéutica testamentaria (si es que se permite la expresión), que son necesarios revisar para ingresar al estudio pormenorizado de las fases o momentos propiamente hermenéuticos.

Precisaremos que para el caso peruano, las reglas interpretativas están consagradas entre los artículos 168º al 170º de nuestro Código Civil las que, aunque sucintas, serán de ayuda en sede testamentaria, pues el testamento en sí no dispone ni necesita de reglas específicas interpretativas, dado el amplio alcance de tales artículos dictados para la interpretación del acto jurídico en general (Ferri 2002: 48).

3.1. Principio del círculo hermenéutico

Por este principio, se pregona que toda interpretación de lo individual está condicionada por la comprensión del todo, o lo particular solamente se comprende mediante lo general. Como corolario de este principio tenemos que, en el ámbito lingüístico, el sentido de una palabra está en relación con el contexto y el todo de la frase (Santiago Guervós 2012: 164-165). En terreno jurídico, esto ha sido simplificado como interpretación sistemática en virtud de la cual no se debe reconstruir la intención de los testadores sobre la base de una disposición aislada (Domínguez Benavente y Domínguez Águila 1970: 17).

Zannoni (1999: 647) enseña que hay incompatibilidad material de las disposiciones testamentarias cuando es absolutamente imposible su ejecución simultánea. Pero en esos casos, habrá que conciliarlas. O sea, si caben dos interpretaciones distintas, de las cuales una favorece la validez de la cláusula en discusión y otra su ineficacia, debemos inclinarnos por la primera.

Nuestra codificación civil en su artículo 169º prescribe que las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas. Ciertamente una palabra suelta no tiene sentido y ni siquiera una frase tiene una significación determinada por sí misma, pues el testamento es un acto coordinado y orgánico (Armaza Galdos 2007: 222).

Sin embargo, el principio del círculo hermenéutico no se agota en el texto a interpretar, sino que la comprensión del todo va más allá, incluso al contexto de su elaboración. Por ello, es necesario también considerar la voluntad testamentaria en el contexto real en que fue emitida (Armaza Galdos 2007: 222).

El fundamento de este principio radica en que siendo la norma jurídica testamentaria fruto de la razón práctica humana, cabe exigir y reconocer en ella una suficiente racionalidad que desestime incoherencias o contradicciones (Vigo 2006: 174).

3.2. Principio de equiparación o identificación con el autor

Por este principio, enseña Schleiermacher (Santiago Guervós 2012: 162) que es menester que el intérprete busque equipararse al autor tanto en el aspecto objetivo como en el subjetivo. En lo objetivo a través del conocimiento del lenguaje, y en lo subjetivo a través del conocimiento de su vida interior y exterior.

La hermenéutica –decía Schleiermacher (ápuđ Santiago Guervós 2012: 155)– es el arte de comprender correctamente el discurso del otro, para lo cual hay que entrar en diálogo con él. Por ello, propone reconstruir el texto desde el principio, como si yo mismo fuera el autor; reconfigurando de la manera más completa todo el proceso interior del acto de composición del autor.

Mientras el intérprete llegue a conocer más sobre el testador, estará en mejor posición de interpretar sus disposiciones. Ergo, para llevar a buen puerto este momento interpretativo es necesario averiguar algunos temas mínimos respecto de la vida del testador. Se recomienda, entonces, tener en cuenta sus ideas, sus hábitos, su lugar de procedencia, su medio social, su grado de instrucción, su profesión, sus costumbres, etc. (vid. Domínguez Benavente y Domínguez Águila 1970: 15; Lohmann Luca de Tena 1996: 240). En efecto, el carácter personalísimo del testamento requiere como obvia consecuencia una lectura también personalísima del texto a interpretar (Vigo 2006: 173).

El fundamento de este principio a través del cual es posible exigir que el intérprete se identifique con el autor radica, según Schleiermacher (Santiago Guervós 2012: 163), en la congenialidad y simpatía del género

humano. Es decir, –como lo expresa Dilthey (Santiago Guervós 2012, 163)– tanto intérprete como autor se han formado sobre la base de la naturaleza humana general, y con esto se hace posible la comunidad de los hombres en el discurso y la comprensión.

3.3. Principio de primacía de la voluntad interna

Los problemas interpretativos que surgen del acto testamentario nunca son producidos por un conflicto entre los sujetos de la relación sucesoria, sino entre la voluntad real y su declaración en el texto (Domínguez Benavente y Domínguez Águila 1970: 15).

En materia negocial, siempre ha existido la pugna sobre cuál voluntad debe primar en caso de discordancia: la interna o la exteriorizada. Como toda interpretación exige atribuir a los términos el sentido real en que fueron empleados, en sede testamentaria, como se trata de una voluntad unilateralmente establecida, primará la voluntad interna, es decir, aquello que el testador quiso decir en el texto testamentario, antes que aquello que efectivamente alcanzó a manifestar⁽⁶⁾ (Zannoni 1999: 643).

Este momento hermenéutico se acentúa, porque el testamento como negocio no recepticio, no está dirigido a fundamentar la confianza ajena (Zannoni 1999, 43; cf. Vidal Ramírez 2007, 347), ni toma en consideración las posibilidades de comprensión del destinatario de la declaración (Lohmann Luca de Tena 1996: 215), ni necesita para su validez recepción efectiva por parte de a quienes se dirige, pues la voluntad del testador no está encaminada a persona fija que la deba conocer y aceptar, ni aun al llamado a sucederle, ya que con este no ha contraído obligación alguna (Domínguez Benavente y Domínguez Águila 1970: 8). Por consiguiente, en un negocio de esta naturaleza la voluntad exclusiva del otorgante basta para crear la norma jurídica, por lo que se impone no dejar de lado la intencionalidad del declarante, pues no cabe otro camino que atender a la dimensión interior de esa voluntad (Vigo 2006: 171).

⁽⁶⁾ Se hace hincapié en que las reglas de los artículos 168° al 170° del Código Civil tienen una clara y definida orientación objetivista (Vidal Ramírez 2007: 347).

Se trata, entonces, como decía Betti (Armaza Galdos 2007: 219), de la preeminencia del pensamiento inmanente a la declaración respecto de la letra abstractamente considerada, toda vez que el testamento no es sino un vehículo de la voluntad testamentaria. Y como las disposiciones testamentarias son fruto exclusivo de la voluntad del testador⁽⁷⁾, la finalidad última es investigar su voluntad real o al menos probable, ley suprema en esta materia (Domínguez Benavente y Domínguez Águila 1970: 4 y 9-10).

3.4. Principio *in favor testamenti*

En materia negocial, existe el principio *in favor negotium* en virtud del cual un acto jurídico tiene que ser salvado en la medida de lo posible ante una eventual ineficacia. Este principio –conocido también como conservación del acto– propugna que el sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno (Domínguez Benavente y Domínguez Águila 1970: 7). Este principio se proyecta a todo el derecho, buscando conservar la norma jurídica, y en el caso particular de los negocios jurídicos, procurando que lo intentado por los particulares no se frustre jurídicamente (Vigo 2006: 177).

Por el principio *in favor testamenti*, cuando se interpreta un testamento hay que actuar, en la medida de lo posible, como salvaguarda de las disposiciones testamentarias, admitiendo la interpretación que conduzca a su eficacia, en caso de obtener múltiples sentidos. El intérprete debe hacer lo posible por mantener el acto con validez antes que anularlo (Domínguez Benavente y Domínguez Águila 1970: 16)⁽⁸⁾. Al mismo estilo de un médico que no busca matar sino sanar, el intérprete debe procurar salvar al máximo el testamento, aun si fuera menester dejar sin efecto solamente algunas estipulaciones en caso de no poder ser rescatadas.

Un ejemplo propuesto por el profesor Armaza (2007: 235) enseña que si un causante instituyese herederos a sus hijos, a condición de que el único hijo mayor ceda el disfrute de todos los bienes de la herencia

⁽⁷⁾ Ver artículo 690° del Código Civil.

⁽⁸⁾ Este principio se apoyaba entre los antiguos romanos en la idea que se forjaron acerca de la institución del heredero, esto es, que no se debía morir intestado (Domínguez Benavente y Domínguez Águila 1970: 16).

exclusivamente a favor de los hijos menores de edad, podría ser resuelto teniendo por no puesta la modalidad condicional tal y como manda el artículo 736º del Código Civil. Sin embargo, intentando aplicar el principio en estudio, se podrá recurrir al inciso 3 del artículo 1000º del Código Civil, constituyendo un usufructo sobre algún bien a favor de los hijos menores, pues la cláusula fijada debe ser mantenida en la medida de lo posible.

El legislador ha querido también colaborar con este principio instaurando una suerte de “conversión legal” del testamento cerrado nulo, en virtud de la cual si el juzgador comprobare que la cubierta del testamento cerrado está dañada, haciendo previsible el cambio del pliego que contiene el testamento, puede disponer que este valga como ológrafo, si es que reúne las características para tal tipo testamentario⁽⁹⁾.

El fundamento de este principio radica en la racionalidad o rectitud jurídica que se presume, respecto a todos los actos constitutivos de normas jurídicas, es decir, se justifica por la presunción de racionalidad y corrección jurídica que asiste a todo sujeto con capacidad jurídica (Vigo 2006: 177). Dicho de otro modo, se basa en que el disponente no ha podido introducir cláusulas o disposiciones nulas o ineficaces, porque se supone que su intención fue estatuir o mandar seria y eficazmente (Domínguez Benavente y Domínguez Águila 1970: 17).

Por último, es de anotar que este principio tiene algunas reservas en materia testamentaria, pues obra más exactamente cuando se trate de disposiciones a favor de los legitimarios. Por el contrario, en caso de los herederos voluntarios y legatarios, si la disposición no fuera clara del todo y no pudiera ser salvada, se deberá optar por interpretarlas restrictivamente, favoreciendo la sucesión intestada.

3.5. Principio de preferencia a la sucesión intestada

Fassi (Vigo 2006: 178-179) ha dicho que la sucesión intestada es la sucesión por excelencia, por lo que se constituye en la regla general, y la testamentaria en la excepción.

⁽⁹⁾ Ver artículos 703º y 803º del Código Civil.

La sucesión testamentaria exige una voluntad inequívoca⁽¹⁰⁾, y ello se explica en el alto rigor de las formalidades que el legislador le ha impuesto. Por ello, en caso de no poder interpretar de modo más o menos cercano lo que quiso el testador, dejamos que la sucesión intestada empiece a surtir efectos.

El sustento de este principio radica en que si se mantiene una seria duda sobre lo que quiso decir el testador, es preferible no asumir los riesgos de que los beneficiarios y los beneficios no correspondan a los que el testador dispuso *post mortem* (Vigo 2006: 178), debiendo inclinarnos a la sucesión intestada que es la creada por el legislador –representante del pueblo– a base de criterios equitativos y de cimiento natural. Por ello, es que el llamamiento de los legitimarios, solo puede ceder ante una voluntad indudable del testador⁽¹¹⁾. Y ello mismo explica las razones de la rigurosidad para el caso de la desheredación⁽¹²⁾.

Este principio será de sumo beneficio cuando estemos en la fase final de la interpretación.

Como corolarios de este principio, de gran ayuda en el ejercicio exegetico, tenemos:

- Si estamos ante una incertidumbre de si se han observado o no las formas testamentarias, debe preferirse una respuesta negativa.
- Si estamos ante una duda insalvable sobre la institución de un heredero voluntario o legatario, se tendrá como no efectuada.

⁽¹⁰⁾ En el artículo 734º del Código Civil se prescribe que la institución de heredero o legatario debe recaer en persona cierta, designada de manera indubitable. Si bien este artículo comprende también a los legitimarios, la rigurosidad en la determinación del sucesor es mayor cuando no se trata de ellos.

⁽¹¹⁾ Como una muestra –aunque no tan diáfana– de este principio en nuestra codificación tenemos al artículo 739º, en virtud del cual si el testador que carece de legitimarios no ha instituido herederos voluntarios y dispone en legados de solo parte de sus bienes, el remanente que hubiere correspondido a sus herederos legales.

⁽¹²⁾ Las causales de desheredación son legales (artículo 742º), de modo que en caso de no precisarse en el testamento la causal, o recurrir a causas ilegales, falsas o condicionadas toman en ineficaz a la disposición (artículo 743º). Igualmente revocada la desheredación no puede ser renovada a menos que se trate de nuevas causales (artículo 754º).

3.6. Principio de la interpretación restrictiva de las liberalidades

En materia jurídica privada, es tarea del ordenamiento jurídico mantener la equidad en las diversas transacciones e intercambios de bienes y servicios que hacen los particulares. La línea equitativa exige que al empobrecerse un sujeto de la relación jurídica intersubjetiva por cumplimiento de su prestación tenga como derivación el enriquecerse resultado del cumplimiento de la contraprestación del sujeto que conforma el otro polo de la relación. Ello mismo explica por qué en algunos casos –como la excesiva onerosidad de la prestación o la lesión– donde se visualiza un desnivel económico, el ordenamiento ha establecido mecanismos de re-equilibrio.

Por tal razón es que cuando se está ante liberalidades, donde evidentemente este desnivel se muestra de modo claro, debido a que solo un polo de la relación jurídica intersubjetiva se empobrece a costa del enriquecimiento del otro, es menester entenderlas siempre en el sentido menos dañino para el sujeto deudor. Por ello es que se recurre a una interpretación de índole restrictiva. Y ello también explica por qué para este caso de liberalidades, también la legislación exige algunas formalidades mínimas que aseguren que esa fue exactamente la voluntad del creador de la liberalidad.

Así, en estos actos de liberalidad su contenido se interpreta en contra del que resulta beneficiado, ya que choca contra el comportamiento correcto de quien obtiene de otro gratuitamente un beneficio patrimonial, explote en provecho propio la promesa literal de la otra parte y quiera obtener más de aquello que indudablemente se le promete. No es dable, entonces, la interpretación extensiva, porque puede hacer aparecer una voluntad donde tal no existiera en lo absoluto (Lohmann Luca de Tena 1996: 217, 241 y 245).

Corolario de este principio, y de gran auxilio para el exégeta, si estamos ante una duda seria sobre el contenido del legado, deberá preferirse el de menor valor o el que afecte menos a la legítima⁽¹³⁾.

⁽¹³⁾ Por ejemplo, el artículo 764º del Código Civil norma que si el bien legado es un predio, los terrenos y las nuevas construcciones que el testador haya agregado después del testamento no forman parte del legado, salvo las mejoras introducidas en el inmueble, cualquiera que fuese su clase.

3.7. Principio de preferencia hermenéutica equitativa

Al interpretar el testamento se debe buscar siempre un resultado más justo al caso en concreto y dentro de un dinámico e inspirador contenido normativo (Armaza Galdos 2007: 188). El exégeta debe procurar, entonces, no solo un resultado armónico entre todo el texto, sino un resultado acorde a la equidad. Es decir, el testador, como fuente jurídica, lleva ínsita la justicia en sus disposiciones, ergo, el intérprete debe buscar ese resultado equitativo.

En este espacio, es prudente indicar que en materia civil rige un principio (y como tal con características normativas) como es el de la buena fe. Esta buena fe en sentido subjetivo se refiere a la intención con que obran las personas, es decir, a la convicción de que están actuando conforme a derecho. Por eso, se la conoce como buena fe-creencia, mientras que en sentido objetivo, se trata más bien de una regla que orienta la actuación leal del sujeto, por ello, se la llama buena fe-lealtad (Espinoza Espinoza 2008: 232). Al irradiar este principio en toda la esfera civil, es evidente que también sería de aplicación al caso testamentario.

El artículo 168º del Código Civil contiene un mandato puntual para el intérprete consistente en que *el testamento debe ser interpretado según el principio de la buena fe*. Como se puede ver, al tratarse de un principio general del derecho y a la vez consagrado en un texto legal, nos encontramos ante un mandato de cumplimiento obligatorio⁽¹⁴⁾ para el intérprete (y no tanto para el testador), porque la labor hermenéutica la va a desplegar el exégeta.

Según este mandato, el intérprete del acto testamentario tendría que actuar de buena fe, y esa buena fe se verá traslucida –insistimos– en un resultado amalgamador de todo el texto, con el entorno en que se dio el testamento y, finalmente, con un resultado armónico con la equidad⁽¹⁵⁾.

⁽¹⁴⁾ Para el profesor Lohmann (1994: 250-252), por haber incorporado las directrices interpretativas para el acto jurídico en el Código Civil, serán de obligatorio cumplimiento. El destinatario sería propiamente quien va a interpretar el acto, que para nuestro caso podría ser un juez o un árbitro, en tanto que las partes podrían proponer el modo correcto de interpretación del testamento.

⁽¹⁵⁾ Para Lohmann (1996: 229), el hecho de que el intérprete ha de actuar de buena fe se da por sentado y resulta ocioso decir.

Lo manifestado se liga estrechamente al logos de lo razonable, respecto del pensamiento del emitente, en virtud del cual los juicios relativos a la justicia no pueden ser obviados jamás por el intérprete, toda vez que no cabe una interpretación sin que el intérprete maneje determinados razonamientos valorativos. En una palabra, el exégeta debe colocarse en una prospectiva justa, aplicando puntos de vista estimativos, criterios valorativos o pautas axiológicas (Betti apud Armaza Galdos 2007: 225).

El legislador ha venido a colaborar con este edificio equitativo al suplir la voluntad del testador. Es decir, cuando el causante no ha dispuesto expresamente la totalidad de la repartición de su herencia, la legislación ingresará a suplir dicha voluntad no manifestada, teniendo como pilar la equidad. Por ejemplo, Lohmann (1996: 245), denominando al principio como de equivalencia de beneficio, enseña que cuando no se pueda determinar la parte que se asigna a cada sucesor, serán llamados en partes iguales. Igualmente si el causante designa a una persona de una manera que podría ser aplicable a varias, sin que se pueda precisar a cuál de ellas se refiere, se las considerará llamadas por partes iguales.

En igual sentido, tenemos al artículo 729º del Código Civil, en el cual se establece que la legítima de cada uno de los herederos forzosos es una cuota igual a la que les corresponde en la sucesión intestada. Asimismo, según el artículo 737º cuando el testador no determine la parte de la herencia que corresponde a sus herederos voluntarios sucederán en partes iguales.

En resumen, el mandato generado por el principio de la buena fe trasladado al plano hermenéutico es para el intérprete. Obviamente, será determinante evaluar la conducta y la finalidad perseguida por los contratantes para el caso del contrato, y del testador para el caso del testamento. En esta directriz, este precepto exige que el intérprete parta siempre de un actuar leal de los contratantes o del testador, según el caso; de modo que el punto de inicio es presumir que los contratantes actuaron lealmente al momento de contratar, al igual que el testador al momento de confeccionar su testamento.

Por ello, acertadamente, el profesor Giovanni Ferri (2002: 48) ha enseñado que con apoyo en la formulación del artículo 168º del Código Civil peruano, en el cual se afirma el principio de la buena fe como criterio, este debe servir de respaldo para el intérprete en su trabajo de conocimiento y comprensión de lo expresado en el acto jurídico.

En esa línea, la buena fe, como principio general del derecho que genera una norma jurídica, exige su aplicación también en el testamento, motivo por el cual sería de perfecta extensión además para el testador; puesto que, a diferencia de la regla, el principio no cuenta con excepciones (Armaza Galdos 2007: 205). Así, se exige al testador como fuente jurígena y otorgante del acto privado que actúe siempre acorde a la buena fe⁽¹⁶⁾, como acontecería en los supuestos en que se evidencie un ardid del testador para perjudicar a un acreedor o a un legitimario, no obstante existir mecanismos para contradecir tal actuar⁽¹⁷⁾.

4. Momentos hermenéuticos del testamento

Nuestra codificación no ha propuesto un iter interpretativo en materia sucesoria, ni siquiera pautas específicas para ello, lo cual podría deberse a que se trata de una materia no propicia a la reglamentación por la infinita variedad de casos y situaciones (*vid.* Domínguez Benavente y Domínguez Águila 1970: 5). No obstante, creemos posible elaborar una propuesta de senda interpretativa en esta esfera, a través de fases o momentos, haciendo hincapié en que tales fases podrían entremezclarse simultáneamente, siendo su modo de presentación más que todo un trabajo de demostración pedagógica o metodológica.

4.1. I momento: preámbulo

En este primer espacio, se busca asentar el terreno para luego definir qué es lo que se tiene que interpretar, y para ello existen dos labores principales:

- Primero hay que analizar a los sujetos –tanto instituyentes como instituidos– a fin de ver si cuentan con las capacidades respectivas y que no estén inmersos en algún supuesto de inhabilidad.

⁽¹⁶⁾ El profesor Armaza (2007: 205-206 y 228-234) ha intentado algunos ejemplos sobre la base de las cinco manifestaciones prohibitivas esenciales que implican la buena fe, para el ámbito testamentario (*venire contra factum proprium*, *dolo facit qui petit quod statim redditurus est*, *tu quoque*, retraso desleal, y el abuso de la nulidad por motivos formales).

⁽¹⁷⁾ Por ejemplo, impugnación o contradicción de la desheredación o de la indignidad, reducción de exceso por contravenir a la legítima, petición de herencia, reivindicación, resarcimiento e indemnización, etc.

En efecto, se debe partir de evaluar si es que el documento que se tiene a la vista fue elaborado exactamente por alguien que tenía la capacidad para testar⁽¹⁸⁾. Todo ensayo interpretativo será inútil si es que primero no se verifica este presupuesto. Adicionalmente se tiene que analizar que los instituidos no incurran en algún caso de inhabilidad sucesoria⁽¹⁹⁾.

- El segundo momento consiste en evaluar el cumplimiento de las formalidades del testamento según el tipo del que se trate. Se sabe que nuestra legislación exige cuatro formalidades mínimas para considerar a un documento como testamento, ellas son que esté escrito, fechado, nominado y firmado⁽²⁰⁾. A ello se debe agregar el análisis de las formalidades establecidas legamente para cada tipo de testamento en particular: público⁽²¹⁾, cerrado⁽²²⁾ u ológrafo⁽²³⁾.

Como se trata de un documento solemne, un error en cualquiera de estos requisitos formales necesariamente desencadenará en la ineficacia estructural del testamento, y por tanto, en un ejercicio interpretativo improductivo.

4.2. II momento: determinación del objeto a interpretar

El testamento es una obra humana de repercusión jurídica, y justamente por ser elaborado por un sujeto muchas veces lego en derecho, no solo tiene contenido jurídico sino que, además, suele contar con un tenor ajeno.

⁽¹⁸⁾ En el artículo 687° del Código Civil se fija quiénes están impedidos de confeccionar un testamento. Entre tanto, en los artículos 692°, 693° y 694° se prescriben las limitantes testamentarias para analfabetos, ciegos y mudos, respectivamente.

⁽¹⁹⁾ Por ejemplo, tenemos el caso del extranjero (artículo 71° de la Constitución), de magistrados y sus parientes (artículos 196°, inciso 2, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y 20° inciso d, de la Ley Orgánica del Ministerio Público), del notario y sus parientes y de los testigos (artículos 688°, 704° y 705° del Código Civil), del viudo (artículo 326° del Código Civil), del hijo mayor reconocido (artículo 398° del Código Civil), del tutor (artículos 546°). *Vid* Armaza Galdos, 2004, 271-276.

⁽²⁰⁾ Ver artículo 695° del Código Civil.

⁽²¹⁾ Ver artículos 696° al 698° del Código Civil.

⁽²²⁾ Ver artículos 699° al 703° del Código Civil.

⁽²³⁾ Ver artículos 707° al 711° del Código Civil. Los requisitos de los testamentos especiales se encuentran en nuestro código en los artículos 712° al 715 para el militar; y 716° al 720° para el marítimo; y 721° al 722° para el otorgado en el extranjero.

O sea, aunque el disponente manda y ordena su sucesión a través de la creación de la ley que la gobernará (Domínguez Benavente y Domínguez Águila 1970: 6), al tratarse de una disposición de última voluntad, es común encontrar líneas de contenido emotivo o sentimental, que poco o nada tienen que ver con lo jurídico.

Por ello, esta primera labor hermenéutica se dirige a separar aquellas disposiciones de índole jurídica de aquellas que no lo son. Es decir, hay que tomar en cuenta que no todo lo que se dice en el texto testamentario propiamente tiene forma normativa, por lo que este paso consiste en filtrar las cláusulas con mandato normativo, pues la interpretación apunta a desentrañar y atribuir un valor normativo a la declaración (Lohmann Luca de Tena 1996: 206). Vano sería el esfuerzo de intentar interpretar jurídicamente aquello que carece de naturaleza jurídica (Vigo 2006: 167). Y como no todo lo que se dice en el texto testamentario propiamente tiene forma normativa, al separar las cláusulas con contenido prescriptivo o dispositivo de aquellas que no lo son se habrá armado el andamiaje básico, el esqueleto del objeto a interpretar.

Esta tarea no suele ser *–prima facie–* tan complicada, sin embargo, requiere de un ejercicio interpretativo mínimo para su correcta detección⁽²⁴⁾.

Evidentemente, esas frases emotivas o sentimentales servirán como apoyo interpretativo (pero no como objeto), ya que no pueden desvincularse de la personalidad del autor, de sus hábitos, sentimientos, ideas y opiniones (Lohmann Luca de Tena 1996: 219).

Si, por ejemplo, en un testamento se dijera: *“Es mi deseo que mi hija reciba mis joyas”*, el intérprete tiene que evaluar si estamos ante un simple deseo emotivo o ante una real disposición jurídica. En este rubro, ayuda la conocida frase: *“Tus deseos son órdenes”*, de manera tal que se tendría a tal línea como una verdadera disposición jurídica. De hecho, Forniellas (Vigo 2006: 175) decía que el simple deseo o los términos suplicatorios valen como imperativo, porque exteriorizan una voluntad que debe respetarse (vid. Lohmann Luca de Tena 1996: 245).

⁽²⁴⁾ Schleiermacher (1999 [1829]: 89) enseña que el principio del círculo hermenéutico es de tal alcance y tan indiscutible que incluso las primeras operaciones no pueden ser realizadas sin su aplicación, y que una gran cantidad de reglas hermenéuticas se fundan más o menos en él.

Y esto se hace porque la función preceptiva de las palabras debe integrarse en el contexto normativo a través de las cuales se las interpreta. Por ejemplo, si se dice “*dejo para...*”, normativamente quiere decir “*instituyo heredero a...*”, y si dijera: “*le regalo esto a...*”, normativamente quiere decir: “*lego esto a...*”. En suma, una interpretación literal no significa atribuir necesariamente a las palabras empleadas por el testador el sentido técnico jurídico que ellas tienen (Zannoni 1999: 645).

Para terminar, como una primera regla hermenéutica para esta fase, tenemos que, en caso de haber una seria duda sobre si lo que se quiere separar es o no digno de interpretación; es preferible optar por no separarlo y proceder a incorporarlo como objeto de interpretación del testamento.

4.3. III momento: análisis del texto testamentario

Una vez delimitado el objeto a interpretar, es necesario proceder a un análisis de la manifestación tal y como se muestra ante el intérprete a fin de tener un primer acercamiento. En el caso del testamento, este primer acercamiento se hace leyendo el texto escrito, pues, como lo expresa Zannoni (1999: 644), todo testamento debe interpretarse en primer término de acuerdo con la literalidad de las palabras empleadas por el testador. El intentar averiguar la voluntad real del testador parte por el lenguaje empleado por el disponente que no es sino el medio más adecuado para transmitir sus ideas (Domínguez Benavente y Domínguez Águila 1970: 12)⁽²⁵⁾, pues es en el lenguaje donde el deseo accede a la expresión (Ricoeur 2003: 18).

No obstante, propiamente el llamado método literal sería más bien el inicio de toda interpretación, ya que cualquier ejercicio exegético de un testamento debe realizarse teniendo en cuenta lo expresado en él, dado que se trata de un primer momento o dimensión de la función mental de interpretar (Armaza Galdos 2007: 221). En efecto, como la exégesis nos ha acostumbrado a la idea de que un texto tiene varios sentidos, el punto de partida interpretativo es siempre en el plano semántico (Ricoeur 2003: 16-20).

⁽²⁵⁾ Este primer acercamiento parece estar plasmado en el artículo 168° de nuestro Código Civil, en virtud del cual el acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él.

Al respecto, Schleiermacher (1999 [1829]: 79 y 105; *vid.* Santiago Guervós 2012: 159) propone dos formas de interpretación: la gramatical-objetiva y la técnico-psicológico-subjetiva. En este momento, toca echar mano de la interpretación gramatical que está vinculada al sentido objetivo de las palabras e investiga las regularidades del lenguaje y las posibilidades de su forma de expresión, por lo que presupone, consecuentemente, la participación del intérprete y del autor en un lenguaje común.

En esta fase, se debe recurrir al criterio literal, pues el testamento es un documento redactado por un sujeto común, por lo que se debe interpretar la redacción conforme al canon regular de la persona de quien procede el testamento. Ergo, si una palabra tiene un sentido en el lenguaje común y otra en un lenguaje especializado, hay que optar por el primero⁽²⁶⁾. Por tanto, hay que procurar evitar lecturas técnicas, toda vez que el testamento no ha sido elaborado por un especialista en tal o cual materia.

No hay que olvidar que muchas veces se emplean términos jurídicos en sentidos diversos del que la ley les asigna, por tanto, no han de tomarse los dichos del testamento tal y cual están escritos, particularmente si del empleo de vocablos jurídicos se trata, como sucede, por ejemplo, con las voces: muebles, frutos, legar, etc. (Domínguez Benavente y Domínguez Águila 1970: 12-13).

En una palabra, la redacción simple tiene que ser leída de modo simple, puesto que en todo discurso es determinante la forma en que cada uno combina las palabras, ya que el hombre no piensa lo mismo cuando utiliza las mismas palabras; piensa el lenguaje en su uso, en su contexto y en un momento histórico concreto (Santiago Guervós 2012: 159).

Lamentablemente la formación técnica que suele (y debe) tener el intérprete muchas veces juega en contra de él, complicando una lectura entendible para cualquier sujeto común, olvidándose de que hay que buscar el sentido que verosímelmente ha querido dar el testador a los vocablos (Domínguez Benavente y Domínguez Águila 1970: 13).

⁽²⁶⁾ En el Anteproyecto de la Comisión Reformadora del Código Civil se prescribía que las disposiciones testamentarias deberán ser entendidas en el sentido corriente de las palabras empleadas.

4.4. IV momento: análisis del contexto en el que se facionó el testamento

La hermenéutica no puede limitarse únicamente a las producciones escritas (Schleiermacher 1999 [1829]: 61). Toda obra humana es susceptible de interpretación, sea que se trate de un documento escrito, una pintura, una canción, una poesía, un texto legal, etc. Todo lo que se pueda convertir en objeto de interpretación pertenece a la hermenéutica, siendo esta una sola disciplina aunque sus objetos sean de distinta naturaleza⁽²⁷⁾ (Santiago Guervós 2012: 153).

Y sea cual fuere la manifestación cultural a interpretar, ella se ubica siempre en un lugar y en un tiempo, es decir, en un contexto. El análisis semántico de las expresiones de sentido múltiple no alcanza para una correcta interpretación, para ello, es necesario superar la distancia entre la época cultural pasada a la cual pertenece el texto; solo así se podrá comprender a su autor (Ricoeur 2003: 20-21).

Acabamos de decir que el hombre piensa el lenguaje en un momento histórico concreto. Por ejemplo, para entender una ley se recomienda conocer las circunstancias sociales en que se dictó (Domínguez Benavente y Domínguez Águila 1970: 16).

Para el caso del testamento, es evidente que su elaboración se hace en un determinado momento de la vida del causante, el que se halla determinado por la fecha que figura en su tenor.

Por lo dicho, es ineluctable para el intérprete conocer lo más exactamente posible el contexto que rodeó al testador exactamente al momento en que elaboró su testamento, ello a fin de tener una visión más cristalina al interpretar a fondo sus disposiciones.

Se debe partir del estado de producción de pensamientos en los que es comprendido el autor. No se trata únicamente de componer y ponde-

⁽²⁷⁾ Schleiermacher (1999 [1829]: 63) se pregunta al respecto ¿ese arte de interpretar y de observar de los hombres de estado, con experiencia del mundo y de la vida, en la medida en que su objeto es el discurso, debería ser completamente distinto del que utilizamos en nuestros libros?; ¿tan distinto que se apoya en otros principios y no sería susceptible de una exposición tan elaborada y según reglas?

rar minuciosamente los momentos históricos, sino de adivinar el modo individual de combinación de un autor, que, si hubiera sido diferente, en la misma situación histórica y en la misma forma de disertación habría dado otro resultado (Schleiermacher 1999 [1829]: 67 y 81)⁽²⁸⁾.

En tal dirección, es preciso que el intérprete conozca quiénes eran los legitimarios del testador al momento de la elaboración del testamento y quiénes eran sus parientes y amigos cercanos. Será imperioso también inquirir en quiénes lo ayudaron en algún momento de dificultad grave o ante una enfermedad (y si esa enfermedad fue la que desencadenó la muerte, mucho mejor).

En suma, como el intérprete está obligado a indagar la real voluntad testamentaria tal como fue cuando se expresó a través de la declaración del testamento mismo (Lohmann Luca de Tena 1996: 213), todo este contexto puede dilucidar el panorama al exégeta respecto de algunas cláusulas que puedan generar confusión.

Como parte final de este momento es menester determinar exactamente los componentes de la sucesión tanto al momento de la muerte del causante como al momento de la elaboración del testamento, ya que su patrimonio o su situación puede haber variado entre uno y otro estadio, por ejemplo, adquiriendo bienes que acrecentaron la masa hereditaria, o a través de una sentencia que terminó por filiarlo con otro hijo, etc.

4.5. V momento: determinación de la *voluntas defuncti*

Revisado el testamento y conocido el contexto en el que se elaboró, corresponde buscar lo que propiamente quiso decir el testador en él. Esta tarea es posible ya que en hermenéutica se labora con la relación lenguaje-pensamiento. Esta unidad entre el pensamiento y el lenguaje se entiende como un proceso en el que interviene la comprensión del habla en cuanto

⁽²⁸⁾ Para Schleiermacher (1999 [1829]: 105 y 111) quien quiera espiar en su composición a un escritor, de cualquier clase que sea, y con ese fin, se debe figurar lo más posible toda su manera de ser para verlo vivo, incluso los momentos de entusiasmo y de concepción que interrumpen la unidad cotidiana de la vida. Aquí el intérprete debe preguntarse si la obra forma parte del curso total de la actividad espiritual o es ocasionado solo por circunstancias especiales, si ha sido escrita como ejercicio para algo mayor, o ha surgido de una relación agitada.

procede del lenguaje y en cuanto es el resultado o producto de un pensamiento (Santiago Guervós 2012: 164-165 y 171).

Toda interpretación exige atribuir a los términos el sentido real en que fueron empleados (Zannoni 1999: 643), y como ya se mostró líneas arriba, es labor del intérprete reconstruir la voluntad interna del testador en la medida de lo posible.

En esta etapa –a la que Ricoeur (2003: 23) llama existencial–, se apunta a una aproximación lo más cercana posible a la arqueología del sujeto elaborador del objeto a interpretar. Se trata de que el intérprete se sumerja lo más posible en la entera constitución del escritor (Schleiermacher 1999 [1829]: 67). El sustento de esta etapa radica en que el testamento es aun obra individual que junto a otros actos del testador forma el todo de su vida y, por tanto, es comprensible solo desde la totalidad de sus actos (Schleiermacher 1999 [1829]: 101).

Ya se adelantó que para Schleiermacher (ápuđ Santiago Guervós 2012: 159-160) hay dos formas de interpretación: la gramatical-objetiva y la técnico-psicológico-subjetiva. En este momento, recurriremos a la interpretación técnico-psicológico-subjetiva que intenta captar positivamente la impronta individual y subjetiva en el uso de las palabras, es decir, comprender el valor significativo de lo dicho. Por ello, esta interpretación técnica presupone la gramatical.

Al respecto, adelantamos que si una palabra tiene un sentido en el lenguaje común y otra en un lenguaje especializado, hay que optar por el primero. Ahora, completando esta regla, tenemos que si una palabra tenía un sentido en el lenguaje del testador; y otro, en el lenguaje común, hay que optar por el sentido que le brindaba el testador al momento de confeccionar el acto jurídico (Vigo 2006: 173; Lohmann Luca de Tena 1996: 206 y 214). De lo dicho se desprende la regla hermenéutica de no explicar una palabra en el mismo contexto una vez de manera distinta a otra, porque no es probable que el testador la haya usado de manera distinta una de las veces (Schleiermacher 1999 [1829]: 91).

Para este momento, podemos trabajar con las siguientes pautas o reglas⁽²⁹⁾:

⁽²⁹⁾ Cf. Vigo (2006: 172-173); Domínguez Benavente y Domínguez Águila (1970: 5).

a. *Lo no declarado excede el ámbito interpretativo*

Partiendo de la literalidad, aquello que no está mencionado en el testamento no es susceptible de ingresar a ser materia de interpretación, por lo que no se pueden establecer consecuencias jurídicas de ningún tipo respecto de ello⁽³⁰⁾. No debe olvidarse que la voluntad del testador debe estar manifestada, es decir, expresada positivamente.

En efecto, gracias a la interpretación del testamento, es incuestionable que se le atribuyese a dicho acto determinados efectos que, de otro modo, no hubieran sido tomados en cuenta, evidentemente sin que con ello se cambie el sentido de la declaración a tal punto que se establezca una voluntad distinta a la querida por el estipulante (Armaza Galdos 2007: 196).

b. *Lo declarado prevalece sobre cualquier duda generada intencionalmente*

De existir una disposición meridianamente clara, debe ser cumplida. Y si se la objeta a base de alguna interpretación contraria, generada intencionalmente para desviar el sentido llano original, se debe desechar esta segunda interpretación. Dicho de otra manera, si estamos ante una cláusula relativamente entendible, no es dable ceder a interpretaciones forzadas del texto, pues es bastante probable que un interesado en ello así lo haga.

Por consiguiente, cuando la voluntad del testador aparece manifestada de modo diáfano en el texto testamentario, entonces el intérprete deberá declararla fielmente sin alterarla; por el contrario, será procedente hurgar en la intencionalidad del testador cuando las declaraciones de voluntad no resulten suficientemente claras (Vigo 2006: 172). Luego, si el vocabulario y las expresiones son claras y no ofrecen mayor duda sobre la voluntad del testador, hay que atenerse a ello, en lugar de echarse a buscar extrañezas con el grave riesgo de sustituir una voluntad más o menos cierta y razonable por otra no conocida con exactitud que desdiga la intención original del testador (Lohmann Luca de Tena 1996: 239).

⁽³⁰⁾ En este punto es menester tener en cuenta que en el artículo 690° del Código Civil se decreta que las disposiciones testamentarias deben ser la expresión directa de la voluntad del testador.

c. *Se debe estar a la substancia de la disposición*

Para conocer la voluntad del testador, se estará más a la substancia de las disposiciones que a las palabras de que se haya servido.

En el artículo 170º de nuestro código, se consagra este mandato cuando se dice que las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y a la finalidad del acto⁽³¹⁾. Esta pauta interpretativa conocida como teleológica o finalista no intenta sino aproximarse a averiguar lo que el sujeto testador ha pretendido configurar (Armaza Galdos 2007: 208).

Por ejemplo, en el artículo 209º del Código Civil se prescribe que el error en la declaración sobre la identidad o la denominación de la persona, del objeto o de la naturaleza del acto, no lo vicia, cuando por su texto o las circunstancias se puede identificar a la persona, al objeto o al acto designado. Concordantemente, cuando el testador se ha equivocado en denominar a un sucesor como heredero o como legatario, este error en la denominación de uno u otro no modifica la naturaleza de la disposición⁽³²⁾.

d. *El resultado interpretativo debe ser conciliador*

El criterio sistemático opera en cualquier estudio hermenéutico, por él se debe buscar una interpretación amalgamadora, pues el testamento es un todo, por lo que el intérprete debe procurar armonizar las disposiciones del testador, antes que encontrarles contradicciones. Es decir, si fuese posible interpretar una disposición en más de un sentido, se debe preferir aquella que mejor armonice con el total de las disposiciones. Todas las dificultades gramaticales son superadas siempre solo mediante el proceder comparativo, en la medida en que una y otra vez acercamos algo emparentado y ya comprendido a lo que todavía no hemos comprendido (Schleiermacher 1999 [1829]: 81).

Zannoni (1999: 646-647) coloca un ejemplo donde un testador lega a Juan su casa de campo, instituye a Pedro heredero en el remanente de sus bienes y nombra un albacea a quien recomienda que venda la casa de campo

⁽³¹⁾ Ver en contra Lohmann Luca de Tena (1996: 232-235).

⁽³²⁾ Ver artículo 735º del Código Civil.

y pague a sus acreedores. Como consecuencia tenemos que si Juan es legatario de cosa cierta no está obligado a soportar las deudas de la sucesión, por lo que el albacea no podrá vender el bien y quien tendría que asumir las deudas sería Pedro por su calidad de heredero. El resultado interpretativo armonizador y en salvaguarda del testamento sería que el testador quiso legar el remanente del producto de la venta de la casa de campo a Juan, una vez que el albacea pagara a sus acreedores.

Domínguez y Domínguez (1970: 15) proponen el ejemplo en que en un testamento el disponente dice dejar la cantidad de \$6000 a A y a los tres hijos de B, para que cada uno de ellos pueda comprar una acción en una determinada sociedad. Inicialmente por el principio de preferencia hermenéutica equitativa, la distribución sería mitad para A (\$3000) y mitad para B lo que se dividirá entre los 3 hijos (\$1000 para cada uno). Pero si lo que cupiere a cada hijo de B no fuese suficiente para comprar una acción, entonces se tendrá que interpretar que la intención en la distribución era que A y cada uno de los hijos de B reciban igual cantidad a fin de que todos puedan comprar una acción.

Ahora bien, para llegar a determinar con claridad la voluntad del testador es recomendable sentar las bases con las disposiciones relativamente claras. Es decir, sabiendo que hay partes un tanto más diáfanas que otras, para llevar a cabo una interpretación adecuada, se estructura el armazón interpretativo con las primeras, y luego, sobre la base de ellas se completa la aclaración de las partes no muy transparentes. No se olvide que cuanto más rico y significativo sea lo particular, al investigarlo, tanto más tenemos que comprenderlo mediante el todo en todas sus relaciones (Schleiermacher 1999 [1829]: 99).

Por último, tenemos que el resultado conciliador es también necesario cuando se trata de dos o más testamentos (Lohmann Luca de Tena 1996: 231), pues para nuestra legislación si el testamento que revoca uno anterior es revocado a su vez por otro posterior, reviven las disposiciones del primero, a menos que el testador exprese su voluntad contraria; y que, además, el testamento que no es revocado total y expresamente por otro posterior, subsiste en las disposiciones compatibles con las de este último⁽³³⁾.

⁽³³⁾ Ver artículo 800º y 801º del Código Civil.

4.6. VI momento: integración y recomposición de la *voluntas defuncti*

La fase penúltima consiste en terminar de reconstruir la voluntad del testador con el apoyo de las normas legales supletorias previstas por el codificador para ello.

Al respecto se ha dicho que en la sucesión testamentaria no hay ley que supla la voluntad de los testadores o que la complete porque aquella resulta del querer del testador; en consecuencia, el testamento se interpreta por sí mismo y no recurriendo a medios supletorios (Domínguez Benavente y Domínguez Águila 1970: 10).

No compartimos esta idea, pues es viable que una laguna testamentaria pueda integrarse con una norma legal que juega un rol querido por el legislador cuando falta la expresa voluntad del testador (Lohmann Luca de Tena 1996: 248).

A continuación, pasamos a mostrar algunos artículos de nuestro Código Civil que acreditan que es factible suplir la voluntad del testador en algunos rubros testamentarios:

- En el artículo 737º, se prescribe que en caso de que el testador no determine la parte de la herencia que corresponde a sus herederos voluntarios –si no cuenta con legitimarios– sucederán en partes iguales.
- Según el artículo 741º, los herederos voluntarios y legatarios sustitutos quedan sujetos a las mismas condiciones y cargos que el instituido, a menos que el testador disponga otra cosa, o que las condiciones y cargos impuestos sean *intuito personæ*.
- Por mandato del artículo 763º, a falta de indicación de los beneficiarios de los legados hechos en favor de los pobres o para fines culturales o religiosos, ellos serán entregados respectivamente a la Beneficencia Pública, al Instituto Nacional de Cultura o a la autoridad competente de la religión que profesaba el testador.
- Si el testador no ha prohibido el derecho de acrecer (artículo 777º), subsiste para los coherederos instituidos en la totalidad de los bienes sin determinación de partes o en partes iguales cuando uno de ellos no quiere o no puede recibir la suya (artículo 774º). Similar situación acontece con los colegatarios cuando un mismo bien es legado a varias

personas, sin determinación de partes (artículo 775º). Y si el legado fuera ineficaz por cualquier causa será reintegrado a la masa hereditaria (artículo 776º).

4.7. VII momento: proyección jurídica del testamento

En esta última etapa, lo que se pretende es determinar los deberes y derechos que se derivan del testamento, para lo cual se debe llevar a cabo propiamente un análisis técnico-jurídico de la voluntad testamentaria.

Este análisis primero es de índole negativa, de manera que se evalúa si las disposiciones estatuidas con sus respectivas modalidades –en caso de haberlas– no incurrir en supuestos de ineficacia, invalidez o inexistencia. Ello es así, porque la voluntad del testador recibirá pleno acatamiento, si es que no se opone a los requisitos o prohibiciones legales, ya que el mandato del legislador está por sobre aquella (Domínguez Benavente y Domínguez Águila 1970: 11).

Esta última parte es necesaria de llevar a cabo dado que, como el lenguaje es un campo expresivo, enseña Gadamer (ápuđ Santiago Guervós 2012: 164) que el intérprete puede considerar a un texto como puro fenómeno de expresión al margen de sus pretensiones de verdad. Traído ello a terreno sucesorio tenemos que el testamento es susceptible de ser interpretado sin interesar si sus cláusulas son o no válidas para el ordenamiento jurídico. Obviamente, el intérprete jurídico conoce perfectamente que no toda disposición testamentaria –susceptible de interpretación– es válida desde el punto de vista jurídico.

Si se quiere mantener un orden, primero habría que ver si las modalidades colocadas a las disposiciones a favor de los herederos son correctas o no. Por ejemplo, la modalidad para un legitimario se la tiene por inexistente⁽³⁴⁾, y la modalidad ilícita impuesta a un heredero voluntario o legatario también se la tiene por no puesta⁽³⁵⁾.

Luego de haber evaluado las modalidades, se procede a analizar propiamente las disposiciones, en sí, a efectos de ver si no incurrir en algún

⁽³⁴⁾ Ver artículo 736º del Código Civil.

⁽³⁵⁾ Ver artículos 689º *in fine* y 738º del Código Civil.

supuesto de ineficacia⁽³⁶⁾ o excesos⁽³⁷⁾, por ejemplo, atentando contra la porción disponible⁽³⁸⁾.

Luego de este análisis de modo negativo, es momento de proceder a examinar las disposiciones pero ya de modo positivo, determinando exactamente el modo de división de la masa hereditaria, respetando en la medida de lo posible, la voluntad del testador.

En este rubro se recurre simultáneamente a los principios *favor testamenti* y de preferencia a la sucesión intestada apoyada en el principio de la interpretación restrictiva de las liberalidades. Así, el intérprete debe procurar salvar al máximo el testamento, más exactamente cuando se trate de disposiciones a favor de los legitimarios. Y en caso de haber una seria duda interpretativa sobre alguna estipulación que favorece a un heredero voluntario o a un legatario, se deberá optar por interpretarlas restrictivamente, favoreciendo la sucesión intestada.

Para culminar, no debe desatenderse que las disposiciones testamentarias también pueden ser de carácter no patrimonial, incluso si el testamento se limitase solamente a ellas.⁽³⁹⁾

5. La recurrencia a prueba extrínseca

Como se ha visto, si bien el testamento es el punto de partida para la interpretación, es evidente que tenemos que echar mano de otras situaciones concomitantes a su confección (Lohmann Luca de Tena 1996: 218). Por ello, es totalmente factible recurrir a un medio de prueba extrínseco.

Si recordamos que el principio del círculo hermenéutico no se agota en el estudio del testamento, sino que la comprensión del todo va incluso

⁽³⁶⁾ Por ejemplo, en el artículo 757° del Código Civil se dispone que no es válido el legado de un bien determinado que no estaba en el dominio del causante al momento de su muerte.

⁽³⁷⁾ Un supuesto en nuestra codificación es la de la arcaica figura de la cuarta falcidia prevista en el artículo 771°, en virtud de la cual si un testador que no tiene legitimarios instituye herederos voluntarios y legatarios la parte de aquellos no puede ser menor a la cuarta parte de la herencia.

⁽³⁸⁾ Ver artículos 723° y siguientes del Código Civil.

⁽³⁹⁾ Ver artículo 686° del Código Civil.

al contexto de su elaboración, queda claro que si fuesen necesarios otros instrumentos que se hallen relacionados con el contenido total serán bienvenidos, como acontece con aquellos actos de liberalidad (que ingresarán a colación por mandato del artículo 831° del Código Civil), algunos libros de contabilidad, una escritura de constitución de una persona jurídica, actas de nacimiento, resoluciones judiciales de reconocimiento o filiación, testamentos derogados o posteriores que interpreten la voluntad testamentaria, testamentos nulos por falta de forma, borradores, cartas, apuntes, diarios, etc. (*vid.* Armaza Galdos 2007: 223 y 238; Lohmann Luca de Tena 1996: 218).

Ergo, pese a que la interpretación por lo general debe ceñirse al testamento, excepcionalmente el intérprete puede recurrir a otros instrumentos que, relacionados con el testamento, permitan al exégeta obtener una apreciación cabal del acto testamentario en un determinado contexto (Armaza Galdos 2007: 212), tratándose de pruebas auxiliares y, por tanto, no determinantes (Lohmann Luca de Tena 1996: 251).

Así, no es del todo cierto que lo que está más allá de lo expresado solemnemente no ayuda a reconstruir la intención del testador o peor aún, que sea ilícito traer a colación circunstancias externas al testamento mismo, que significarían una suerte de suplantación de la voluntad testamentaria (cf. Domínguez Benavente y Domínguez Águila 1970: 6 y 18). El recurrir a un medio de prueba externo no es reprochable, si lo que se persigue es escudriñar el real sentido de las disposiciones testamentarias (Armaza Galdos 2007: 237) o en todo caso confirmarlas (Lohmann Luca de Tena 1996: 251).

Por lo anotado, es evidente que queda proscrita la recurrencia a prueba externa, si es que se habla propiamente de la institución sucesoral. O sea, la institución de heredero o legatario por referencia a documentos distintos al testamento y que carecen de las formas testamentarias, simple y llanamente no surtirán efecto alguno (Zannoni 1999: 648). Igualmente se debe prescindir de ellas cuando se arribe a conclusiones contradictorias con las disposiciones de última voluntad (Lohmann Luca de Tena 1996: 251). El favorecimiento de permitir la admisión de una prueba extrínseca debe obedecer únicamente a esclarecer la voluntad del *de cuius*, medio que predominantemente debe ser coetáneo con el de la exteriorización de la voluntad en el texto testamentario; por tanto quedaría fuera el medio de prueba destinado a contradecir lo exteriorizado por el disponente (Vigo 2006: 175).

A la par, no parece hacedero que se cierren definitivamente las puertas a recurrir a terceros para indagar la voluntad testamentaria, so pretexto de que el testamento es personalísimo (cf. Domínguez Benavente y Domínguez Águila 1970: 6). No se olvide que existen las disposiciones testamentarias *per relationem* en las cuales la remisión puede ser subjetiva (vinculada a la voluntad de otra persona) u objetiva (vinculada a otro documento o dato objetivo) (Lohmann Luca de Tena 1996: 203).

Zannoni (1999: 648) coloca un ejemplo donde un testador lega una cantidad dineraria a su amigo en reconocimiento por haberle socorrido como ocasión un accidente ocurrido en determinada fecha. Si bien la disposición es completa, puede haber duda sobre quién es ese amigo, por lo que es posible –y hasta necesario– recurrir a una prueba extrínseca que asegure quién es el beneficiado por el legado.

Además, el recurrir a una prueba extrínseca evita el tener que reproducir lo que en dicho documento se diga. Por ejemplo, tenemos la disposición testamentaria en la que se establece que la administración de una sociedad que forma parte de la herencia se haga de la manera que haya sido señalada en el contrato con el otro socio (Lohmann Luca de Tena 1996: 204).

En fin, no se olvide que en un conflicto, las partes intentarán convencer al ente resolutor de que su propuesta interpretativa es la correcta y, para ello, podrían auxiliarse de medios de prueba alternos, como interesados que están en la litis.

Situación distinta es la presentada en una integración de la voluntad del testador a base de una prueba extrínseca. Evidentemente, tal integración no parece ya tener asidero en nuestro sistema. Como bien se ha dicho, es inaceptable que so pretexto de interpretar la voluntad, se establezca cuál pudo haber sido esta voluntad (Domínguez Benavente y Domínguez Águila 1970: 20).

Es notoria la diferencia entre la voluntad real y la voluntad presunta, por lo que una integración o interpretación integrativa que permita una voluntad presunta no es dable en sede testamentaria. Lo contrario sería entrar al campo de la conjetura con el riesgo de imputar al testador una voluntad hipotética añadida al texto de la declaración del testador (Lohmann Luca de Tena 1996: 247-248).

Como ya se indicó, por medio de la interpretación del testamento se le atribuyen determinados efectos, sin que con ello se cambie el sentido de la declaración a tal punto que se establezca una voluntad distinta a la querida por el estipulante (Armaza Galdos 2007: 196).

Existe un caso real en donde el testador dejaba parte de la herencia a dos de los hijos de un matrimonio, pero dicha pareja tenía en realidad tres. Los demandantes acreditaron con otras pruebas que el testador sabía de la existencia de ese tercer hijo y que no fue su voluntad instituirlo como heredero, entre tanto los demandados trataron de acreditar que no se le instituyó heredero porque ignoraban su existencia. La judicatura sorprendentemente resolvió incluyendo al hijo no mencionado en el acto testamentario (vid. Domínguez Benavente y Domínguez Águila 1970: 19).

6. A modo de conclusión: las diferencias interpretativas con la esfera contractual

El contrato y el testamento son actos jurídicos, y si bien las disposiciones interpretativas previstas para el acto jurídico en general son susceptibles de aplicación en ambos supuestos (siempre con las reservas del caso), es menester precisar que existen algunas diferencias en el *modus operandi* hermenéutico entre ambas figuras. Ello obedece a que tanto el contrato como el testamento cuentan con normas especiales para ser interpretados, además de que cada caso en concreto será diferente de otro.

Aunque se ha dicho que es permitido recurrir a los principios reservados para la interpretación contractual para reconstruir la voluntad de los testadores (Domínguez Benavente y Domínguez Águila 1970: 7), entre las diferencias que se han esbozado entre la interpretación que rige el tema testamentario y el tema contractual tenemos las siguientes⁽⁴⁰⁾:

- Si bien en sede contractual rige el principio *in favor negotium* y en sede testamentaria el *in favor testamenti*, en el ámbito sucesorio este principio tiene algunas reservas, porque existe otro que lo contrapesa como es el de preferencia a la sucesión intestada.

⁽⁴⁰⁾ Cf. Armaza Galdos (2007: 208-209); Domínguez Benavente y Domínguez Águila (1970: 7); Vigo (2006: 180-181).

- Se ha dicho que en zona contractual es núcleo importante la buena fe⁽⁴¹⁾ como punto de partida interpretativa, por lo que el hermeneuta estaría facultado a recurrir a la ley y hasta a la costumbre para interpretar y llenar los vacíos de la voluntad contractual, situación que no parecería tener aplicación alguna en materia testamentaria (Vigo 2006: 108; Lohmann Luca de Tena 1996: 226-230 y 249; Vidal Ramírez 2007: 347).
- En la esfera contractual rige el principio *favor debitoris* que en el campo testamentario no sería de aplicación.
- Si bien tanto en ambos campos para interpretar se busca averiguar la intención sea de los contratantes o del testador, en el contrato se busca una común intención a fin de resolver el conflicto de intereses, mientras que en el testamento se busca la intención individual del testador pues, en puridad, no se encamina para solucionar conflicto de intereses alguno.
- En materia testamentaria, los motivos pueden ser determinantes para lograr una buena interpretación⁽⁴²⁾, mientras que en materia contractual los motivos que llevaron a las partes a contratar carecen de relevancia para establecer la común intención, pues al ser ajenos no se puede suponer que la contraparte los conocía⁽⁴³⁾. Por ello, se puede aseverar que en los contratos la interpretación tiende a ser más objetiva, mientras que en los testamentos la interpretación tiende a ser más subjetiva⁽⁴⁴⁾,

⁽⁴¹⁾ Entendemos aquí la buena fe como principio general del derecho, pues la buena fe “a secas” no viene a ser más que un elemento real utilizado por el legislador para algún supuesto de hecho normativo (p. e. la buena fe en el matrimonio, del poseedor, etc.), mientras que como principio genera una norma jurídica completa (vid. Armaza Galdos 2007: 201).

⁽⁴²⁾ Por ejemplo, si un testador creyendo que no tenía más herederos o creyendo muerto alguno de ellos, dispone de su herencia omitiéndolo, entonces ello es causal para que el modo de las disposiciones testamentarias se altere. Igualmente si lega algún bien a alguien en agradecimiento por algún servicio, y luego se muestra que ese servicio nunca se prestó, entonces no será válida la asignación (ver Domínguez Benavente y Domínguez Águila 1970: 9 y 10). Andrés Bello (ápuđ Lohmann Luca de Tena 1996: 224) decía que en los testamentos no deben perderse de vista los motivos que han influido en la voluntad del testador.

⁽⁴³⁾ En el artículo 205º, se precisa que el error en el motivo solo vicia el acto cuando expresamente se manifiesta como su razón determinante y es aceptado por la otra parte.

⁽⁴⁴⁾ Si bien se parte de indagar la voluntad del declarante (subjetiva) dándole prevalencia, ella se debe amoldar al tráfico jurídico. Es decir, la voluntad del causante siempre debe enmarcarse dentro de un determinado canon normativo. Por ello, en el artículo 738º el cual establece

- enfocando lo declarado dentro de la defectuosa expresión (Lohmann Luca de Tena 1996: 224).
- En terreno contractual, es viable encontrar disposiciones legales supletorias o integradoras de la voluntad, situación que se reduce notablemente en el área testamentaria.
- En el ámbito contractual, rige la justicia conmutativa como freno a las actuaciones abusivas de alguna de las partes, mientras que en el testamento rige la justicia distributiva como freno a las disposiciones excesivas del testador. Por ello mismo es que el intérprete debe tener en cuenta el interés de ambas partes para el caso de los contratos, y preferentemente el interés del testador para el caso de los testamentos.
- En el medio contractual, el rol del intérprete tiende a ser más activo por salvaguardar el contrato, mientras que en sede testamentaria el rol del intérprete tiende a ser más pasivo, porque primordialmente busca dilucidar la voluntad original del testador.
- La mirada del intérprete del contrato tiende a ser actual y dinámica, pues el marco legislativo podría haber cambiado notablemente, mientras que la del intérprete del testamento tiende a ser pasada y estática.⁽⁴⁵⁾
- En el área contractual, el significado de las palabras es preciso obtenerlo de los usos del lenguaje común, mientras que en el testamento el significado de las palabras utilizadas debe ser extraído del lenguaje del estipulante.
- La obscuridad juega en contra del predisponente en territorio contractual, pues se trata de resolver el posible conflicto de intereses entre

que si un testador tiene la libre disposición de la totalidad de sus bienes puede distribuirlos todos en legados no es del todo cierto, puesto que tales legatarios incluso contra la voluntad del testador, deberán asumir también los pasivos, por lo que serían, en puridad, herederos voluntarios (Armaza Galdos 2007: 213-215).

⁽⁴⁵⁾ Si bien para el testamento se requiere de una mirada pasada al contexto en que se elaboró (Lohmann Luca de Tena 1996: 236), es menester que el intérprete al reconstruir la voluntad original, de ser necesario, tenga que adecuar la voluntad del estipulante a las actuales circunstancias que pudieron no ser previstas en el testamento al momento de su elaboración, máxime si no fue actualizado (Armaza Galdos 2007: 226-227). Por ejemplo, si se lega a un cuñado y la cónyuge fallece, y el testador se vuelve a casar, evidentemente el legado no se atribuye al hermano de la nueva cónyuge (Lohmann Luca de Tena 1996: 237).

el declarante y el destinatario de la declaración; mientras que en rincón testamentario, la oscuridad no juega propiamente en contra de este, sino a favor de sus legitimarios, y en caso de duda grave, pierde eficacia el testamento.

7. Lista de referencias

- ARMAZA GALDOS, Javier, *Derecho Civil - Sucesiones - De la sucesión en general*, Adrus, Arequipa, 2004.
- ARMAZA GALDOS, Javier, *De la Sucesión Testamentaria*, Adrus, Arequipa, 2007.
- DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón y DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón H., “Interpretación del testamento”, en *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, N° 151-152, Escuela Tipográfica Salesiana, Lima, junio de 1970, pp. 3-22.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Acto jurídico negocial - Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*, Gaceta Jurídica, Lima, 2008.
- FERRI, Giovanni Battista, *El negocio jurídico*, Ara Editores, Lima, 2002.
- LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo, *El negocio jurídico*, Grijley, Lima, 2ª ed., 1994.
- LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo, *Derecho de Sucesiones - Comentarios a los Títulos I, II y III del Libro Cuarto del Código Civil*, Vols. XVII - Tomo II - Primera parte, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1996.
- RICEUR, Paul, *El conflicto de las interpretaciones - Ensayos de hermenéutica*, Fondo de Cultura Económica, México DF, 2003.
- SANTIAGO GUERVÓS, Luis Enrique de, “La hermenéutica metódica de Friedrich Schleiermacher”, en *Otros Logos - Revista de Estudios Críticos*, N° 3, Centro de Estudios y Actualización en Pensamiento Político, Decolonialidad e Interculturalidad - Universidad Nacional de Comahue, diciembre de 2012, pp. 148-173.
- SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. (1829). *Los discursos sobre hermenéutica*. Traducido por Lourdes Flamarique. Cuadernos de Anuario Filosófico - Universidad de Navarra, Pamplona, 1999.

- VIDAL RAMÍREZ, Fernando, “La interpretación del acto testamentario”, en *Revista Oficial del Poder Judicial*, enero de 2007, pp. 341-348.
- VIGO, Rodolfo Luis, *Interpretación Jurídica (Del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2006.
- ZANNONI, Eduardo A., *Manual de Derecho de las Sucesiones*, Astrea, Buenos Aires, 4ª edición actualizada y ampliada, 1999.

Los derechos inmobiliarios en el ordenamiento jurídico peruano

JAVIER AUGUSTO CARRASCO CHUGNAS (*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Concepción de los derechos inmobiliarios a la luz de la doctrina vigente. III. Calidad de bienes que ostentan los derechos inmobiliarios. IV. Derechos reales y derechos crediticios que, al recaer sobre bien inmueble, ostentan la calidad de derechos inmobiliarios. V. Justificación de los derechos inmobiliarios crediticios con vocación a convertirse en derechos reales. VI. Fuente de los derechos inmobiliarios crediticios: obligaciones de dar bien inmueble. VII. Incidencia de los derechos inmobiliarios, reales y crediticios, con la inscripción registral. VIII. Conclusiones. IX. **Bibliografía.**

I. Introducción

Dentro del Derecho Civil Patrimonial, se ubican, en calidad de bienes inmuebles, los derechos inmobiliarios, conceptuados como derechos sobre inmuebles inscribibles en el registro; derechos en sí, independientemente que recaigan sobre inmuebles, definidos por posición doctrinaria mayoritaria como derechos reales (por calificar como bienes inmuebles, solo a los

(*) Abogado por la Universidad Nacional de Cajamarca, Perú. Docente en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNC.

Derechos Reales), en profunda separación con los derechos obligaciones o personales.

En nuestro ordenamiento jurídico nacional, se ha cimentado como derechos inmobiliarios solo a los bienes inmuebles de naturaleza real, dejando de lado la existencia de bienes inmuebles de naturaleza crediticia (preceptuado desde la codificación del Derecho Civil Francés: código de Napoleón de 1804), a pesar de su trascendente eficacia y aplicación en nuestro ordenamiento (sobre todo en la aplicación de la oponibilidad de derechos, *verbi gratia*, embargo inscrito versus propiedad no inscrita). Aludiendo doctrinariamente el autor nacional Gunther Gonzales Barrón (2004) que, en nuestro ordenamiento civil patrimonial los derechos inmobiliarios son únicamente derechos registrales inmobiliarios o “derecho registral inmobiliario”; como si todos los derechos inmobiliarios fueran pasibles de inscripción registral; lo cual no es así, al existir derechos inmobiliarios no inscribibles en el registro (como el derecho de retracto), evidenciando preliminarmente una imprecisión terminológica del artículo 885, numeral 10, del Código Civil Peruano de 1984; ergo, a pesar de lo indicado, no se desmerece la función eficaz del sistema registral en los derechos inmobiliarios originados en las relaciones jurídicas patrimoniales (sobre todo en la oponibilidad de derechos).

Así, mediante el presente artículo, desarrollaremos la institución denominada derechos inmobiliarios, señalando, entre otros, su concepción, clasificación, fuente, justificación e incidencia en el ordenamiento civil patrimonial nacional.

II. Concepción de los derechos inmobiliarios a la luz de la doctrina vigente

En el área de los Derechos Reales, existe diversa clasificación de “bienes” (como bienes corporales e incorporeales; fungibles e infungibles; consumibles e inconsumibles; divisibles e indivisibles; identificables y no identificables; presentes y futuros; muebles e inmuebles), determinado legislativamente, por consenso mayoritario, la clasificación de bienes inmuebles y muebles –subsistiendo la diversa clasificación antedicha dentro de ésta–; detallado el criterio de clasificación de los bienes inmuebles en “1º, Inmuebles por su

naturaleza; 2º, Inmuebles por determinación de la ley; 3º, Inmuebles por el objeto sobre el que recaen (derechos inmobiliarios); 4º, Inmuebles por afectación (calificación) legal; 5º, Inmuebles por integración” (Ramírez Cruz 2006: 195). O, en igual sentido, el criterio de clasificación : “A) Inmuebles por naturaleza; B) Inmuebles por incorporación; C) Inmuebles por destino; D) Inmuebles por analogía” (Díez-Picazo y Gullón 2002: 395-397).

Sobre los criterios de clasificación expuestos, es de especial interés para el presente estudio los bienes inmuebles por el objeto sobre el que recaen o inmuebles por analogía, igualmente denominados por el autor argentino Jorge Musto (2000), “bienes inmuebles por carácter representativo”; que a decir del autor nacional Alberto Vásquez Ríos (2005), “son derechos reales sobre inmuebles puesto que estos (salvo algunos derechos personales sobre inmuebles), son ordinariamente inscribibles en el registro”, es decir, derechos reales y (algunos) derechos personales, denominados derechos inmobiliarios; ostentando en mayoría inscripción registral en el Registro Predial y, otros derechos, los que sin ser pasibles de inscripción recaen sobre bienes inmuebles; con base en lo mencionado por la doctrina nacional al expresar:

“La caracterización de los derechos y acciones antes descritos como inmobiliarios, no es una consecuencia del registro, lo es por el objeto que recaen, o sea bienes inmuebles. De no ser así el espíritu del concepto, quedarían marginados muchos derechos, pues no todos son inscribibles” (Ramírez Cruz 2006: 196).

Esto es así, debido a que el objeto donde recaer el derecho es un bien inmueble por sí solo, no aludiendo a la inscripción registral (por ser esta subsecuente). No obstante, el Código Civil Peruano de 1984 solamente se limita a señalar como derechos inmobiliarios, los derechos sobre inmuebles inscribibles en el registro (artículo 885, numeral 10), vale decir, derechos que recaen sobre inmuebles y que se inscriben en el Registro Predial, como si la constitución de los derechos inmobiliarios fuere la inscripción, cuando en realidad es el simple hecho de recaer sobre bien inmueble.

En consecuencia, los derechos inmobiliarios adquieren la calidad de inmuebles no desde la inscripción registral, sino desde el nacimiento de los derechos reales o personales que recaen sobre bienes inmuebles independientemente de su inscripción, pasando a denominarse derechos inmobilia-

rios registrales una vez inscritos; dejando de lado, la inadecuada concepción de considerar a todos los derechos inmobiliarios como derechos registrales inmobiliarios, cuando lo cierto es una situación de género a especie.

III. Calidad de bienes que ostentan los derechos inmobiliarios

La institución “Bien” es, literalmente, bienes o cosas (corporales o materiales), y, derechos (bienes incorporeales); así, la calidad de bienes inmuebles por el objeto en el cual recaen (inmuebles por analogía, representación, o derechos inmobiliarios) son en estricto derechos o bienes incorporeales, que prescindiendo de su naturaleza y dándole un matiz de distinción en inmuebles y muebles, son bienes inmuebles siempre que el objeto sobre el cual recaen sea bien inmueble; debido a lo siguiente:

“El común denominador de esta categoría es que son bienes de naturaleza incorporal o derechos. Dado su carácter incorporal, en puridad no se puede hablar de ellos como bienes inmuebles o muebles. Lo único que ocurre es que se les asimila a los inmuebles a efecto de la aplicación de su régimen jurídico” (Díez-Picazo y Gullón 2002, I: 397).

Es decir, son derechos que al ser bienes incorporeales (abstractos) no son en propiedad bienes muebles e inmuebles, pero se les asimila a los bienes inmuebles por ser, éste, el objeto sobre el cual recaen y con el fin de aplicarles un régimen jurídico, de aquí el nombre de bienes por analogía (bienes análogos a los inmuebles por recaer sobre uno inmueble) o derechos inmobiliarios. Reproduciendo en igual grado el pensamiento del Derecho Francés (base inspiradora de nuestra codificación); pero, con la salvedad de incluir a los créditos o derechos personales y las acciones judiciales como presupuestos respecto a su aplicación, esto es, “aplicación a los derechos reales, aplicación a los derechos de crédito y aplicación a las acciones judiciales” (Marcelo Planiol y Jorge Ripert 1930: 91-94). Dando a notar que los derechos o bienes incorporeales que presentan la calidad de inmobiliarios pueden ser no solo los derechos reales, sino los derechos de crédito o personales y acciones judiciales, pasando a denominarse derechos inmobiliarios de naturaleza real, de naturaleza crediticia o acción judicial. Ameritando, visión correcta de los derechos inmobiliarios con naturaleza no solo de derechos reales, sino de derechos personales u obligacionales,

dejando de lado lo expuesto en doctrina nacional, al decir “*que para la calificación inmobiliaria se consideran única y exclusivamente a los derechos reales sobre inmuebles*” (Arias-Schreiber Pezet, Cárdenas Quiroz, Arias Schreiber M., Martínez Coco 2011: 66).

IV. Derechos reales y derechos crediticios que, al recaer sobre bien inmueble, ostentan la calidad de derechos inmobiliarios

Conceptuados los derechos inmobiliarios o bienes inmuebles por el objeto sobre el cual recaen, como bienes incorporeales o derechos (tanto reales como crediticios) que recaen sobre bienes inmuebles independientemente de inscripción registral; es pertinente mencionar, en estricto, los derechos que recaen sobre bienes inmuebles, así, respecto a derechos reales, se tiene al derecho de propiedad por excelencia (a pesar de confundirse el objeto con el derecho), la servidumbre, uso, habitación, superficie, hipoteca, anticresis y retención; esto es, el derecho a dominio, los derechos de goce sobre cosa ajena y los derechos de realización de valor, que al recaer sobre bien inmueble ostentan la calidad de derechos inmobiliarios reales y, al inscribirse, la calidad de derechos inmobiliarios reales registrales o derechos registrales inmobiliarios reales.

Respecto a los derechos personales o crediticios que al recaer sobre bien inmueble ameritan la calidad de derechos inmobiliarios de naturaleza crediticia, se tiene, al *contrato de arrendamiento* (Díez-Picazo y Gullón 2003, Vol. III; Albadalejo 2002, T. III; Álvarez Caperochipi 2010, Número Cuatro; Gonzales Barrón, 2010, Número Cuatro; Ramírez Cruz 2006, T. I; Palacio Pimentel 1979, T. I), que al inscribirse en el Registro Predial determina una carga o gravamen contra el nuevo titular del derecho real a dominio (propiedad) de prestación negativa en tolerar y soportar la posesión del arrendatario del anterior propietario hasta el término del plazo contractual (artículo 1708, numeral 1 del Código Civil Peruano de 1984), derecho personal con ondas semejanzas a un derecho real por la relación directa con la cosa, al punto de ser equiparado a un idóneo derecho real una vez inscrito en el Registro Predial, tal y conforme señalan Díez-Picazo y Gullón, al decir, “si bien no puede decirse que todo arrendamiento genera un derecho real, no puede negarse que son derechos reales los arrendamientos inscribibles en el Registro de la Propiedad” (2003, Vol. III, p. 45); el *contrato*

de opción (Álvarez Caperochipi 2010, Número Cuatro; Gonzales Barrón 2010, Número Cuatro; Ramírez Cruz 2006, T. I; Palacio Pimentel 1979, T. I), que, de igual modo, al inscribirse en el Registro Predial confiere la atribución de preferencia sobre todo derecho real o personal constituido e inscrito con posterioridad (artículo 2023 del Código Civil Peruano de 1984); el *embargo judicial* (Álvarez Caperochipi 2010, Número Cuatro; Ramírez Cruz 2006, T. I), que consiste en la afectación jurídica de un bien o derecho del obligado, aunque se encuentre en posesión de tercero, con las reservas que señala la ley (artículo 642 del Código Procesal Civil de 1993), dotando al acreedor del poder de perseguir los bienes del deudor, aunque estos no se encuentren en su poder (artículo 656 del Código Procesal Civil de 1993), como una extensión del derecho de propiedad que goza el deudor sobre sus bienes, pero que el acreedor se subsume en la esfera del deudor propietario con el fin de afectarlos, bajo de los límites legales de alcance con la oponibilidad de derechos; el *derecho de retracto* (Albadalejo 2002, T. III; Ramírez Cruz 2006, T. I; Palacio Pimentel 1979, T. Primero), que, como derecho de subrogación para con el comprador, ostenta la titularidad a efecto de perseguir la adquisición a dominio de la cosa (artículo 1592 del Código Civil Peruano de 1984).

Dando a notar, en nuestro ordenamiento, a parte de los derechos reales que recaen sobre bien inmueble, pasando a denominarse derechos inmobiliarios reales, la existencia de derechos crediticios o personales que al recaer sobre bien inmueble se denominan derechos inmobiliarios crediticios; sin embargo, estos últimos configuran adecuados derechos reales una vez inscritos en el registro predial, antes de la inscripción, la naturaleza obligacional continúa indemne, vale decir, solo, derechos inmobiliarios crediticios.

V. Justificación de los derechos inmobiliarios crediticios con vocación a convertirse en derechos reales

En el pensamiento doctrinario del Derecho Civil francés (creadores de los derechos inmobiliarios), la posición de conceptualizar a determinados derechos personales o crediticios como derechos inmobiliarios, es producto de la relación obligacional de dar bien inmueble, donde recae el derecho o bien incorporal antes de adquirir o constituir determinado derecho real (de aquí la diferencia con las obligaciones *propter rem* y las cargas reales), esto es, determinado crédito inmueble con evidente naturaleza crediticia o personal.

Ciñéndonos a la división tradicional del derecho civil patrimonial en derechos reales y personales, los derechos inmobiliarios (solo crediticios) antes de su inscripción en el Registro Predial son derechos personales en estricto, como exactos, adecuados y hoy olvidados Derechos *Ius Ad Rem*: originados en los Títulos de los feudos y beneficios eclesiásticos; ambos, antes de ostentar posesión directa sobre la cosa (Díez-Picazo 1983: 62), o, también denominados, con vocación a convertirse a posteriori en derechos reales; vale decir, el sujeto que tiene un título que le confiere derecho para adquirir una cosa cuando todavía no han adquirido dicha cosa, sea mediante la posesión (a dominio o de goce sobre bien ajeno) o utilidad económica; no obstante, una vez inscritos registralmente son más fuertes que el simple derecho personal al punto de convertirse en derechos reales, tal como se evidencia, entre otros, con el contrato de arrendamiento inscrito en el Registro Predial.

La inscripción en el Registro Predial de determinados derechos crediticios o personales que recaen sobre bien inmueble viene cambiando y removiendo las bases conceptualistas tradicionales entre los derechos reales y personales; al punto que, actualmente, es constante el pensamiento de relativización de los Derechos Reales y mayor oponibilidad de derechos crediticios o personales; señalándose doctrinariamente que “fuese más útil y menos problemático hablar simplemente de situaciones jurídicas dotadas de oponibilidad a terceros y carentes de ella” (Díez-Picazo y Gullón 2003, Vol. III: 36); es decir, dejar de lado la concepción tradicional de los Derechos Reales (relación directa con la cosa o de realización de valor, en “supuesta” oponibilidad erga omnes), dotando de un carácter solo respecto a ostentar, o no, oponibilidad absoluta o erga omnes frente a terceros en las situaciones jurídicas subjetivas que originan y desarrollan los derechos reales producto de la relación jurídica binomial poder-deber desarrollado por Francesco Carnelutti (2006) –Poder: derecho subjetivo, facultad y potestad; y, Deber: sujeción, vínculo u obligación y carga–, incluso este último, novedosamente postula en determinar si un derecho es real no por el objeto, sino por la prevalencia o primacía del poder en la relación jurídica (Carnelutti 2006).

La oponibilidad absoluta no se presenta por el simple hecho de aumentar al derecho el adjetivo de “real”, sino por el contrario, exige mecanismos de reconocibilidad que en efecto surtan eficacia de oponibilidad;

mecanismos modernos universalmente aceptados, la “inscripción registral” (en inmuebles) y la “traditio” (en muebles), al punto trascendente en diferenciar si un derecho es personal o real, solo, con la inscripción registral como mecanismo de reconocibilidad pleno, y, “en tal sentido, la distinción poco importaría: lo oponible es lo primeramente inscrito, sin importar si lleva el adjetivo de real o de obligacional” (Bullard Gonzales 2011: 329).

Lo indicado, no solo, por la función del Sistema Registral como mecanismo idóneo de oponibilidad *erga omnes*, sino también porque la tradicional concepción de Derechos Reales como el poder o señorío sobre la cosa no es del todo completo, al existir derechos reales sin poder directo e inmediato sobre la cosa (como la hipoteca). Por el contrario, hay derechos personales o crediticios con poder sobre la cosa (contrato de arrendamiento), habiendo incluso oponibilidad *erga omnes* de derechos personales (como el contrato de opción y de arrendamiento inscritos registralmente), con persecutoriedad sobre la cosa aunque esté en posesión de tercero (como el embargo judicial inscrito); presentando latente configuración o calidad de derechos reales por la inscripción registral a efecto de dotar concreta oponibilidad *erga omnes*, dejando de lado el aspecto tradicional y fortaleciendo la aplicación del Derecho Registral constitutivo.

No obstante, sin negar la aplicada y relevante función del Sistema Registral en los derechos inmobiliarios de naturaleza crediticia una vez inscritos, nuestra postura es conservar la clásica distinción entre derechos reales y personales por la deficiente cultura registral en nuestra sociedad con altos índices de analfabetismo aún por superar. Pero, buscando legitimar la calidad de derechos reales a los derechos inmobiliarios crediticios, una vez inscritos en el registro predial, vale decir, tener calidad constitutiva de derechos reales a los derechos inmobiliarios crediticios una vez inscritos, tal como, se ha instituido en algunos derechos reales de realización de valor (como la hipoteca).

VI. Fuente de los derechos inmobiliarios crediticios: obligaciones de dar bien inmueble

Siguiendo a los propulsores de los Derechos Inmobiliarios (el Derecho Francés), se determinó que los derechos inmobiliarios no solo son los derechos reales, sino también los derechos de crédito y las acciones judiciales, según y conforme lo preceptuado en el artículo 526º del Código

Civil Francés de 1804, en vista de que los derechos crediticios son inmobiliarios ante la existencia de obligaciones que tienen por objeto la dación o entrega de bien inmueble, mediante la exigencia del acreedor a través de una acción personal, encuadrando solo las obligaciones de dar, mas no las de hacer y no hacer, toda vez que, en estas últimas, el ejercicio del derecho del acreedor es la exigencia de una conducta del deudor (de hacer o no hacer), tal cual menciona doctrina francesa autorizada:

“La obligación de dar es mobiliaria o inmobiliaria según la naturaleza de la cosa objeto de dación. Así, el que tiene el derecho de reclamar un inmueble, actuando con el carácter de acreedor por medio de una acción personal, posee un crédito inmobiliario. Por el contrario, la obligación de dar una suma de dinero es del tipo de los créditos mobiliarios” (Planiol y Ripert, 1930: 92).

Es así debido a que, al constituirse como titular de determinado derecho personal que descansa sobre bien inmueble sin que tenga aún posesión o utilidad económica, se convierte a la vez en acreedor de reclamar la dación o entrega de referido bien inmueble a través de acción personal, a efecto de la realización plena del derecho inmobiliario crediticio materializado a posteriori con la entrega del bien con el fin de obtener posesión o utilidad económica sobre la misma; ergo, para los derechos inmobiliarios crediticios ya inscritos en el registro predial (como se mencionó líneas precedentes), se tiene más que un derecho personal, al punto de considerarse como un idóneo derecho real como el contrato de arrendamiento inscrito o el embargo judicial inscrito (denominada en el ámbito procesal como embargo en forma de inscripción).

Preciso es indicar que, al hablar de derechos crediticios como derechos inmobiliarios, nos limitamos solamente a derechos originados mediante crédito inter partes privada que conducen a reclamar determinado bien inmueble donde recae el referido derecho, esto es, derechos originados consecuencia de crédito plasmados en contrato de arrendamiento, contrato de opción, derecho de retracto y el embargo judicial, todos, sobre bien inmueble. Dejando de lado la concepción de derechos inmobiliarios crediticios a las obligaciones legales (resarcimiento por responsabilidad civil, pensiones alimentarias, entre otros), como también, los derechos subjetivos personales que al activar el órgano jurisdiccional (mediante ejercicio

de acción personal) se inscriben registralmente sobre bien inmueble (vía medida cautelar de anotación de demanda en el Registro Predial), piénsese, por ejemplo, en demandas de ejercicio de derechos personales que no ameriten el otorgar bien inmueble como la división y partición de bien inmueble, petición de herencia, o, reconocimiento de unión de hecho, cuando uno de los copropietarios, heredero o conviviente figura inscrito como único titular en el Registro Predial; pues, el simple hecho de recaer los derechos personales sobre bien inmueble inscrito no determina la configuración de derecho inmobiliario registral, pues no estamos ante la supuesta obligación de dar bien inmueble, sino ante una medida preventiva de publicidad registral de aseguramiento y eficacia de pretensión materializada en demanda judicial distinta a obligaciones crediticias.

Igualmente, no se piense que la obligación de dar bien inmueble como objeto donde recae el derecho crediticio surte efectos como una obligación *propter rem*, pues no estamos ante derechos reales ya constituidos a efecto de imponer una carga a determinado titular del bien inmueble dispuesto a realizar una prestación a favor del sujeto activo titular del mismo o de otro derecho real en dominio (por colindancia) o en *ius in re aliena*, sea por mandato de la ley o por acuerdo de las partes; dejando, igualmente de lado, la subespecie de las obligaciones *propter rem*, como es, las cargas reales, en vista a que, en esta última, la prestación omitida por el titular de un derecho real (sujeto pasivo) hacia un tercero (sujeto activo), no es una de dar bien inmueble, sino una de dar bien mueble, una de hacer o no hacer, independientemente de que ante la precedente omisión el acreedor opere acción real sobre la cosa gravada a efecto de satisfacer su interés o enajenar.

VII. Incidencia de los derechos inmobiliarios, reales y crediticios, con la inscripción registral

Los derechos inmobiliarios o derechos por el objeto sobre el cual recaen o por analogía, surten eficacia de oponibilidad *erga omnes* (según líneas precedentes), mediante la inscripción en el Registro Predial (razón de ser del registro: Publicidad de las inscripciones registrales), pasando a denominarse Derechos Inmobiliarios Registrales o Derecho Registral Inmobiliario, que es, a decir de doctrina nacional:

“Un conjunto de principios y normas que estudia el sistema orgánico (organización interna y eficacia externa) de publicidad legal de los derechos que pueden recaer sobre bienes inmuebles, y cuya finalidad es dotar de seguridad y justicia a su tráfico patrimonial” (Gonzales Barrón 2004: 93).

Vale decir, un Sistema Registral regulador en dar a conocer con la publicidad los diferentes derechos (reales o crediticios) inscritos en el registro de predios.

Se hace mención a un *Sistema* en el sentido de existir conexión y relación inherente entre lo material o la causa que da mérito a la inscripción (título de inscripción: sea uno de naturaleza real o crediticia) y lo formal u organización registral (asiento registral, mediante el procedimiento registral), de acuerdo a lo mencionado por la doctrina argentina, al indicar lo siguiente:

“Se advierte de inmediato la presencia de dos aspectos del derecho inmobiliario registral: el sustantivo o material, que comprende la determinación de las cosas objeto de matriculación, tanto como de los actos inscribibles, y la segunda que establece los requisitos formales y organizativos que atañen a la función y su órgano, que denominamos ‘adjetivo’ o ‘formal’”(Musto 2000, T. 2: 403).

Lo cual concreta nuestro Sistema Registral Causalista, en igual línea que el Derecho Registral Español, donde el título (acto o negocio jurídico) es diferente e independiente al asiento registral.

Los derechos inmobiliarios son regulados a través del Derecho Registral Inmobiliario, solo en su aspecto formal, mas no en su aspecto sustantivo o material de acuerdo a lo mencionado doctrinariamente al decir:

“El derecho inmobiliario registral no se ocupa del contenido del derecho, ni del conjunto de facultades y deberes que lo conforman, ello es materia del derecho sustancial, específica de los derechos reales strictu sensu” (Musto 2000, T. 2: 403).

Dando ejemplos del contenido de derecho inmobiliario (reales o crediticios), desde un aspecto material o sustantivo, a derechos reales, entre otros, de servidumbre, usufructo, superficie, uso, habitación e hipoteca;

y, como derechos de crédito, a los derechos de arrendamiento, contrato preparatorio de opción, y, el embargo judicial; dejando de lado al derecho de retracto, al no ser pasible de inscripción, toda vez que los únicos derechos inmobiliarios crediticios o personales inscribibles en el registro predial son el contrato de arrendamiento, contrato de opción y el embargo judicial, conforme se menciona doctrinariamente al decir lo que sigue:

“Se reconoce normalmente que los únicos derechos obligacionales (o ‘no-reales’, da lo mismo) inscribibles son los que se originan del contrato de arrendamiento, contrato de opción y el embargo judicial” (Gonzales Barrón 2010: 59).

A pesar de omitir señalar, el citado autor, el carácter de crédito inmobiliario que ostentan o derecho inmobiliario crediticio; dejan de lado la incidencia registral en la función jurídica de estos derechos, en novedosa configuración de Derechos Reales, convirtiendo al Sistema Registral en puente de transformación o mutación de derechos personales en derechos reales (como la inscripción del arrendamiento o el embargo judicial); muestra de ejemplo es el derecho inmobiliario crediticio denominado embargo judicial, pues, una vez inscrito (para el derecho comparado actual), ostenta la calidad de derecho real de realización de valor o hipoteca judicial, tal como el citado autor Gonzales Barrón reconoce, al señalar que, “en el Derecho alemán, no existe dudas respecto a que el embargo es una auténtica hipoteca judicial” (2004: 689), o, en igual sentido, en el Derecho Civil Francés, según indica García y García, al decir, “existen, además, hipotecas judiciales que son los embargos a través del mandamiento judicial” (2005, T. I: 344); y, del mismo modo, en el Derecho Civil Español (con sistema registral causalista como el nuestro), desde la actual Ley Hipotecaria Española de 1946 (con la reforma hipotecaria del año 1909), estableció que el embargo judicial presenta carácter de derecho real conforme mencionan doctrina española, al decir, “*se da carácter real a la anotación preventiva [actual nombre del embargo judicial una vez inscrito], puesto que quien la hubiese obtenido, puede, al igual que el acreedor hipotecario, comparecer en los autos*” (Barrachina y Pastor 1910, T. I: 47); a pesar que el aludido embargo judicial inscrito con la entrada en vigencia de la anterior Ley Hipotecaria Española de 1861 (ley tomada como base en el Sistema Registral Peruano), “*cambió de matiz a la hipoteca judicial por la de anotación preventiva de embargo*” (Álvarez Caperochipi

2010, N° Cuatro, p. 222); siendo relevante indicar que, por la influencia de la aludida ley hipotecaria española de 1861 (hoy derogada), el Código Civil Peruano de 1936 (al igual que el actual Código Civil Peruano de 1984) eliminaron la institución legislativa denominada “hipoteca judicial” a pesar de estar regulada en el Código Civil Peruano de 1852; de aquí que, habiendo ubicado la causa de la eliminación en nuestro ordenamiento de las hipotecas judiciales, reciente investigación postula a instituir al derecho inmobiliario crediticio llamado embargo judicial inscrito la calidad de hipoteca legal (Carrasco Chugnas 2013: 93). Mostrando, en consecuencia, mayor sustento del carácter real a los derechos inmobiliarios crediticios inscritos, a pesar de haber señalado nuestro ordenamiento jurídico-civil que son derechos personales sin más, bajo el espejismo dogmático de haber establecer a los derechos inmobiliarios crediticios como simples derechos personales sin contradicción ni oposición alguna.

Considerando a los derechos inmobiliarios crediticios inscritos en el registro predial como idóneos derechos reales, se plasma una adecuada aplicación del principio de oponibilidad registral establecido en el artículo 2022 del Código Civil Peruano de 1984, sobre todo en la controvertida confrontación del embargo judicial inscrito y la propiedad no inscrita, pues, si el embargo judicial inscrito es producto de una relación inter partes privada con obligación de dar bien inmueble, será considerado derecho inmobiliario crediticio de naturaleza real, una vez inscrito en los registros públicos, dejando como simples derechos personales en su naturaleza a embargos judiciales inscritos producto de una obligación legal diferente a la inter partes privada (verbi gracia: obligaciones alimentarias, laborales y de responsabilidad civil).

VIII. Conclusiones

- a) Nuestro Código Civil de 1984 solamente se limita a señalar, como derechos inmobiliarios, los derechos sobre inmuebles inscribibles en el registro (artículo 885º, numeral 10); cuando en realidad, se constituyen desde el nacimiento de los derechos reales y derechos personales que recaen sobre bienes inmuebles independientemente de su inscripción, pasando a denominarse Derechos Inmobiliarios Registrales o Derecho Registral Inmobiliario, una vez inscritos.

- b) Desde el Derecho Civil francés, los derechos o bienes incorporales que presentan la calidad de inmobiliarios son, tanto los derechos reales como los derechos de crédito o personales y acciones judiciales; pasando a denominarse derechos inmobiliarios de naturaleza real, de naturaleza crediticia o acción judicial.
- c) Los derechos inmobiliarios de naturaleza real son la propiedad, la servidumbre, uso, habitación, superficie, hipoteca, anticresis y retención; y, los derechos inmobiliarios de naturaleza crediticia o personal, el contrato de arrendamiento, contrato de opción, mandamiento judicial de embargo y derecho de retracto.
- d) Desde una perspectiva más acorde con la división del sistema jurídico patrimonial en derechos reales y personales, los derechos inmobiliarios (solo crediticios) antes de su inscripción en el registro predial son derechos personales denominados *Derechos Ius Ad Rem* o vocación a convertir los derechos personales a posteriori en derechos reales; no obstante, una vez inscritos son más fuertes que el simple derecho personal trasuntando o mutando a derechos reales.
- e) El simple hecho de recaer los derechos personales sobre bien inmueble inscrito (como los casos de anotaciones de demandas en el registro predial) no determina la configuración de derecho inmobiliario registral, sino el supuesto: obligación de dar bien inmueble.
- f) Para los derechos inmobiliarios crediticios, el sistema registral es el puente de transformación o mutación de derechos personales a derechos reales.

IX. Bibliografía

- ALBADALEJO, Manuel, *Derecho Civil III – Derecho de Bienes*, Editorial José María Bosh Editor, Barcelona, Volumen III, 9ª ed., 2002.
- ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio, *Derecho Inmobiliario Registral*, Biblioteca Moderna del Derecho Civil N° 4, Jurista Editores, Lima, 3ª ed., 1ª edición peruana, 2010.
- ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max; CÁRDENAS QUIROZ, Carlos; ARIAS-SCHREIBER M.; MARTÍNEZ COCO, Elvira, *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*, Tomo III: Derechos Reales, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2ª ed., 2011.

- BARRACHINA Y PASTOR, Federico, *Derecho Hipotecario y Notarial – Comentarios a la Ley Hipotecaria*, 1910. Recuperado el 22.05.2014. Tomo I, <http://bvpb.mcu.es/es/consulta/registro.cmd?id=450520>.
- BULLARD GONZALES, Alfredo, *La relación jurídico patrimonial – Reales vs. Obligaciones*, Ara Editores, Lima, 2ª ed., 2011.
- CARNELUTTI, FRANCESCO, *Teoría General de Derecho*, Ara Editores, Lima, 2006.
- CARRASCO CHUGNAS, Javier, *La naturaleza jurídica del embargo en forma de inscripción y su implicancia en el derecho real de propiedad*. Tesis de pregrado no publicada. Universidad Nacional de Cajamarca, 2013.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, *Derecho Civil Patrimonial*, Editorial Tecnos, Madrid, 2ª ed., 1983.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema del Derecho Civil – Derecho de Cosas y Derecho Inmobiliario Registral*, Editorial Tecnos, Madrid, Volumen III, 7ª ed., 3ª reimpr., 2003.
- GARCÍA GARCÍA, José Manuel, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Editorial Civitas, Madrid, 2ª ed. Tomo I, 2005.
- GONZALES BARRÓN, Gunther, *Tratado de Derecho Registral Inmobiliario*, Jurista Editores, Lima, 2ª ed., 2004.
- PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, Editor Juan Buxo, La Habana, Tomo III, 1930.
- MUSTO, Néstor Jorge, *Derechos Reales*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma SRL, Buenos Aires, Tomo I, 2000.
- PALACIO PIMENTEL, Gustavo H., *Elementos del Derecho Civil Peruano*, Lima, 3ª ed., Tomo I, 1979.
- RAMÍREZ CRUZ, Eugenio María, *Tratado de los Derechos Reales: Exposición y crítica al Sistema Universal Dominante - Teoría General de los Derechos Reales: Bienes – Posesión*, Editorial Rodhas, Lima, 1ª ed., Tomo I, 2006.
- VÁSQUEZ RÍOS, Alberto, *Los Derechos Reales – Los Bienes. La Posesión*, Editora San Marcos, Lima, 2ª reimpr., Tomo I, 2005.

El mundo del acto jurídico y del negocio jurídico

EDWIN RAFAEL LLANOS MALCA (*)
MANUEL SÁNCHEZ ZORRILLA (**)

SUMARIO: I. Introducción. II. Los términos *acto jurídico* y *negocio jurídico*. III. El mundo de las teorías. IV. La teoría del acto jurídico y la teoría del negocio jurídico. V. Nunca ha existido una “teoría francesa” del acto jurídico. VI. Lista de referencias.

I. Introducción

Una de las esferas donde podemos encontrar el derecho es en sus teorías. En el derecho civil, la teoría más ambiciosa y que más preocupaciones y debates ha generado, es la teoría del negocio jurídico, también llamada del acto jurídico. Somos conscientes de que ingresar en un debate profundo sobre estas teorías, requeriría de una erudición que aún no poseemos, sobre todo porque las fuentes se encuentran en otros idiomas, pero nuestra intención no es cuestionarlas, sino sólo exponerlas.

(*) Abogado, juez del 4to Juzgado de Paz Letrado, con sede en la 1ª Comisaría de la Provincia de Cajamarca.

(**) Abogado, coordinador general de Investigación de SIADE-Perú.

Nuestra finalidad será esclarecer que una cosa es una “teoría” del acto o negocio jurídico, y otra cosa son los términos *negocio* o *acto jurídico*; aún más, este artículo también nos permitirá esclarecer las diferencias entre el mundo de las teorías, por un lado; y la legislación, por el otro. Pues únicamente aceptando tal separación, es posible utilizar los avances en materia teórica, en cualquier legislación, distinta de donde se originó dicha doctrina teórica, como la nuestra, que no regula al negocio jurídico en su versión actual.

II. Los términos *acto jurídico* y *negocio jurídico*

Desde que se introdujo el término *negocio jurídico* en nuestro idioma, al parecer por las recientes traducciones de la doctrina italiana y las traducciones directas de la doctrina alemana, la preocupación de la doctrina nacional estuvo destinada a esclarecer las diferencias entre este término y el acto jurídico⁽¹⁾.

Las discusiones versaron en el contenido de la definición, es decir, en lo que se llama *definiens*. Eso puede ser aceptado en un primer momento, pues la definición “*sirve para determinar el significado de una palabra, marcando los límites de su aplicación correcta*” (Mosterín y Torretti 2002: 150). Así es que una primera actitud razonable es tratar de saber a qué cosa se refería cada término.

Cuando se define a un término se lo hace tomando en cuenta dos componentes: el *definiendum*, que es el término al cual se tiene que definir, y el *definiens*, que es la expresión que define al *definiendum*, por ese motivo, es más largo que el *definiendum*. Veamos algunos ejemplos sencillos⁽²⁾:

(1) Aclaremos que en todo este artículo, cuando usamos *acto jurídico*, no nos referimos al acto jurídico que se encuentra en la secuencia hecho jurídico → acto jurídico → negocio jurídico. Como se verá, el sentido en que usamos acá el término es en el de la traducción francesa del alemán *rechtsgeschäft*.

(2) Los ejemplos han sido extraídos de Ferrater Mora (1965: 412). Cada ejemplo corresponde a un tipo distinto de definición; sin embargo, no las trataremos, pues nos desviaría de nuestro propósito.

| | | |
|---------------|---|--|
| Hombre | = | animal racional |
| Piróscabo | = | buque de vapor |
| Tuberculosis | = | enfermedad causada por el bacilo de Koch |
| 10 | = | 5 + 5 |
| $p \supset q$ | = | $\sim p \vee q$ |
| Libro | = | este objeto que el lector tiene en sus manos |

La doctrina nacional, al ver que el *definiens* del negocio jurídico no coincidía con el *definiens* del acto jurídico, no dudaron en establecer que se trataban de nociones completamente diferentes.

Ahora bien, si tomamos en cuenta que las definiciones, al ser oraciones, algunas veces pueden expresar proposiciones. Pero, y lo más importante para este estudio, es que “oraciones distintas (de la misma o diversas lenguas) pueden significar lo mismo: ‘me duele la cabeza’, ‘tengo dolor de cabeza’, ‘tengo una cefalalgia’, ‘j’ai mal à le tête’, ‘ich habe Kopfschmerzen’, ‘I have a headache’” (Mosterín y Torretti 2002: 478). Si esto pasa con una oración, no es de extrañar que pase lo mismo con el *definiendum*. Este hecho fue descuidado por mucho tiempo por nuestra doctrina.

Cuando uno investiga, siempre es aconsejable recurrir a las fuentes originales. Esto lo recomienda cualquier manual de metodología. Aún más, cualquier pericia criminológica siempre se realiza en los objetos originales y no en las copias. Por otro lado, hay que considerar que la forma más antigua de transmitir el conocimiento, para hacerlo duradero, es mediante artículos, revistas o libros; es decir, mediante escritura. Así es que no es extraño que mucho del conocimiento se encuentre en otros idiomas distintos al nuestro.

Si bien es cierto que en el proceso de investigación, muchas veces nos encontramos con una importante información transmitida por otro autor distinto al que se está consultando; no debemos olvidar que cuando esto ocurre, se necesita revisar el material original. Así pues, “*si una fuente incluye una cita útil de otra fuente, los lectores esperan que el investigador obtenga la fuente original para verificar no solamente la exactitud de la cita, sino también si representa fielmente lo que quería decir el original*” (Turabian 2007: 280).

De ahí que cada estudio hermenéutico serio se debe realizar en el idioma original. Así por ejemplo, a nadie se le ocurriría hacer un estudio bíblico utilizando las traducciones españolas. Los estudios de quien hiciera

eso no serían tomados en cuenta por los hermeneutas bíblicos, pues se sabe muy bien que para tal estudio es necesario recurrir a los idiomas originales, es decir, al hebreo y al griego.

Lo dicho anteriormente se cumple para cualquier tipo de estudio, siempre es preferible utilizar el texto original a sus traducciones. Afortunadamente, de esto se da cuenta Leysser León (2004), a continuación, expon-dremos lo que descubrió en el ámbito jurídico que nos ocupa.

Los estudios doctrinarios sobre el acto jurídico se realizaban teniendo en cuenta dos fuentes: la primera era consultando a autores franceses o a sus traducciones al español; mientras que la segunda se realizó consultando a los autores alemanes traducidos al francés, o a las traducciones españolas de estos autores, realizadas sobre las traducciones francesas. Es decir, nunca se consultó a la fuente alemana de forma directa, ni a alguna traducción directa del alemán. Esto fue altamente perjudicial para la doctrina nacional, pues no permitió que se tome en cuenta que la traducción exacta del alemán *rechtsgeschäft* al francés, sería *affaires juridiques*, la cual “además de mal sonante, no les diría absolutamente nada” (León 2004: 72). Esto significa que en el idioma francés no existe la posibilidad de una traducción exacta de *negocio jurídico*, de ahí que se haya optado por traducirla como *acte juridique*, lo que ocasionó que las traducciones francesas al español la traduzcan como *acto jurídico*. El propio Taboada acepta que “la noción francesa de acto jurídico no desarrolló ni cambió posteriormente, salvo contados casos de algunos autores” (2002b: 73), nótese que no se dice que en esos *contados casos de algunos autores* se haya dejado de lado el nombre de *acto jurídico* para darles el de *negocio jurídico*. Como lo vimos, en francés, tal hecho es imposible.

Podemos decir entonces que los términos son distintos, pues se usan en sistemas distintos y en idiomas distintos, en alemán, *rechtsgeschäft*; en italiano *negozio giuridico*; en francés *acte juridique*; y el *common law* usa *juridical act* (ver Ferri 2002: 85-91). Todos los términos anteriores se refieren a lo mismo; es decir, que son sinónimos. Sin embargo, lo que sucede es que la teoría sobre el *negocio jurídico* alemán se ha desarrollado más, y ha dejado de lado a la versión francesa, por ese motivo, se la suele diferenciar actualmente del *acto jurídico* francés. Ingresamos acá a un debate muy fino e importante sobre las diferencias entre acto y negocio jurídico, y entre las llamadas teorías de acto jurídico y de negocio jurídico.

III. El mundo de las teorías

En general, se llama teoría a “un conjunto de proposiciones, todas ellas referentes a un asunto dado” (Bunge 1982: 179). Por eso, podemos hablar de una teoría del acto jurídico o del negocio jurídico, pues ambas tienen un conjunto de proposiciones unidas entre sí que se refieren a la protección que debe recibir, por parte de un ordenamiento jurídico, un cierto tipo de actos, en donde la voluntad que cumple con lo previsto por el ordenamiento jurídico crea efectos jurídicos.

Sabemos que, en sus inicios, tanto la teoría del negocio jurídico alemán como su versión francesa, fueron idénticas (*infra* 5). Hasta antes de los estudios de Leysser León se pensaba que los alemanes habían tomado las nociones de *acto jurídico* de los franceses para elaborar su teoría (por ejemplo, Lohman 1997; Taboada 2000 y 2002b; Vidal Ramírez 2005). Gracias a León se pudo determinar que fue al revés, los franceses fueron quienes se valieron de los primeros alcances teóricos del *negocio jurídico* alemán; de ahí que la teoría francesa del acto jurídico “no es otra cosa que la original alemana, sin más modificación que la nominativa” (León 2004: 72)⁽³⁾. El asunto que ahora nos ocupa es saber ¿dónde están esas teorías? ¿Están en los libros? ¿En nuestras mentes? ¿Dónde?

En lo que sigue, resumiremos la respuesta que da Popper a estas preguntas. Para un mayor conocimiento de su pensamiento léase a Popper (1994a: 242-59; 1994b: 136-83; 1997: 61-82; 2005: 106-79).

Los realistas creemos que existe un mundo físico fuera de nosotros; es decir, creemos que la hoja que ustedes y nosotros tenemos en frente no es producto de nuestra imaginación ni de la suya, sino que tiene existencia propia, tan igual que una piedra, que una computadora, una casa, en fin. A ese mundo físico, Popper lo llama el *mundo I*.

⁽³⁾ En el *Diccionario Jurídico Espasa-Calpe* se puede leer: “El término *negocio jurídico* y lo fundamental de su dogmática se deben a la *pandectística alemana* en su intento de sistematizar la ciencia jurídica para establecer criterios que faciliten la solución de problemas prácticos en supuestos en que la autonomía de la voluntad juega un papel relevante” (*Diccionario Jurídico Espasa-Calpe*, s.v. *negocio jurídico*). En la sección 5, veremos otros aportes que avalan lo manifestado por León.

Por otro lado, también somos capaces de tener sensaciones internas, podemos sentir odio o amor hacia algo, pero igualmente podemos recordar las lecciones del maestro de primaria, o recordar una canción y repetirla de memoria sin que hayamos abierto la boca para ello. Estamos pues ante el *mundo 2* de Popper. Este mundo, como puede inferirse, no es idéntico en todos nosotros, de ahí que cuando se trate del conocimiento, Popper lo llame del *conocimiento subjetivo*.

Ahora bien, en el *mundo 3* se encuentran existiendo un producto especial del mundo 2, porque cuando éste traspasa sus fronteras mediante algún lenguaje humano, podemos decir que estamos ante la presencia del mundo 3.

Este mundo 3 se diferencia del mundo 2 en que mientras este último pertenece al ámbito individual y subjetivo, porque su contenido se puede expresar mediante un *yo siento* o un *yo sé*, el mundo 3 no puede reducirse a la sola percepción individual, sino que mediante la utilización del mundo 1 (por ejemplo, los libros) podemos transmitir su contenido, esto hace que se vuelva un objeto, de ahí que cuando de conocimiento se trate, estemos frente a un *conocimiento objetivo*, y es precisamente en este mundo donde encontramos a las teorías científicas⁽⁴⁾.

Como vimos, no debe confundirse el libro que contiene a la teoría, con la teoría. Las teorías existen fuera del libro, en el mundo 3, mientras que el libro se encuentra en el mundo 1, y el conocimiento que pueda tener yo o usted sobre la teoría se encuentra en el mundo 2. Estos tres mundos pueden interactuar entre sí, pero cada uno de ellos posee una notable autonomía⁽⁵⁾. Baste un ejemplo sencillo para esclarecer lo anterior:

⁽⁴⁾ Popper nos declara que el trasfondo que originó este mundo, "tiene mucho que ver con la teoría de las Formas o Ideas de Platón y, por tanto también con el espíritu objetivo de Hegel, si bien mi teoría difiere radicalmente en algunos aspectos decisivos de las de Platón y Hegel. Tiene aún más que ver con la teoría de Bolzano sobre el universo de las proposiciones en sí mismas y de las verdades en sí mismas, aunque también difiere de la de Bolzano. Mi tercer mundo se asemeja, en mayor medida, al universo de los conocimientos objetivos del pensamiento de Frege" (Popper 2005: 106).

⁽⁵⁾ Esta autonomía es clave para la existencia del mundo 3 de Popper, y es justamente lo que les permite, a sus habitantes, existir por sí mismos, en una forma independiente a los del mundo 1 y 2. No se trata de una existencia platónica, sino de una existencia autónoma y diferente a la de los otros mundos, es una existencia que va más allá del mundo 1 y 2, pero que depende, como no, de cerebros racionales.

Los números naturales no existen como tal en el mundo 1, existen en el mundo 3, fueron producto del mundo 2, pero escaparon de éste y poseen autonomía. Esto lo podemos comprobar si apreciamos que nadie *inventó* las relaciones que se presentan dentro del mundo 3, simplemente *las descubrimos*. Veamos, al tener una sucesión de números como 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9... pudimos descubrir que existen relaciones entre ellos, así tenemos que $1 + 2 = 3$; que $4 = 2 \cdot 2$; que $6 : 3 = 2$, $6 : 2 = 3$, $6 : 1 = 6$ y $6 : 6 = 1$. Y también nos pudimos dar cuenta de que existen números que únicamente pueden ser divididos por ellos mismos y la unidad, a estos números los llamamos *primos*. Nadie los inventó, simplemente los descubrimos, y nos dimos cuenta de que a medida en que se eleva la sucesión de números naturales, los números primos se hacen más escasos, esto ocasionó que surjan preguntas como la que se hizo Euclides: ¿existe un número primo máximo o es la sucesión de números primos infinita al igual que la de números naturales? El propio Euclides demostró que la hipótesis de que existe un número primo máximo lleva a un absurdo.

Regresando al campo jurídico, la ubicación de la teoría del acto jurídico y del negocio jurídico en el mundo 3 popperiano, nos permite decir que si hablamos de un desarrollo de la "teoría" del *negocio jurídico* alemán estaríamos hablando de un desarrollo de la "teoría" del *acto jurídico* francés, pues las teorías viven por sí solas y demuestran sus virtudes y deficiencias, lo cual genera que, gracias al mundo 2, sean capaces de superarse. Es curioso, aunque Galgano no cita a Popper, llega a decir que "ni el contrato en general del Derecho francés, ni el negocio jurídico del Derecho alemán tiene referentes en el mundo de la realidad; existen solamente en el mundo del Derecho, sólo en el escenario jurídico verbalizado, como afirmarían la filosofía analítica" (Galgano 2001: 104).

Ahora bien, hay que tener en claro que las teorías se analizan por su contenido y no por el rótulo (o nombre) que se les ha puesto, pues pertenecen al mundo 3. De este hecho, nos ocuparemos en los dos puntos siguientes.

IV. La teoría del acto jurídico y la teoría del negocio jurídico

Una cosa son los términos *acto jurídico* y *negocio jurídico*, y otra cosa es lo que se diga sobre ellos mediante proposiciones vinculadas entre sí. De lo primero se suelen ocupar los legisladores, mientras que de lo segundo se

ocupa la doctrina. Por eso, es un error decir que en un código se enuncian teorías, como lo cree Vidal Ramírez (2005, *passim*). De las teorías se encargan los juristas.

Si bien es cierto que muchas veces en un código se encuentran definiciones, como en el Art. 140º de nuestro Código Civil, eso no significa que el código tenga teorías, pues una definición no hace una teoría, sino sólo parte de ella. Otra cosa es que se pueda usar teorías para plasmar ciertos artículos en una legislación, pero por ese motivo no se puede decir que en la legislación se presentan teorías. Ya Ferri (2001: 205-206) se da cuenta de esto, y aún más, nos hace ver que el negocio jurídico se presenta en tres planos: en las relaciones entre personas, en la legislación y en la doctrina⁽⁶⁾.

Los juristas, haciendo uso de una impensable modestia, muchas veces se refieren al negocio jurídico no como una teoría, sino como un concepto o un súper-concepto (ver Bullard y Mac Lean 2001, Galgano 2001, Scognamiglio 2001, Ferri 2001). Admitimos que nos es difícil poder determinar a lo que se refieren los juristas cuando usan el término “teoría”; sin embargo, parece ser que usan los términos *concepto*, *súper-concepto*, categoría lógica, todos como sinónimos de teoría. Pero eso es un error. Como vimos, una teoría es un conjunto de proposiciones, esto significa que una teoría lleva consigo conceptos, los cuales, a su vez, pueden estar formados por otros conceptos, pero eso no significa que una teoría sea sólo un súper-concepto, pues en una teoría no basta con tener súper-conceptos sino que se los tiene que unir y ordenar, agrupándolos y haciéndolos derivar el uno del otro, de modo tal que se forme una red de conceptos y definiciones⁽⁷⁾ todos ellos coherentes entre sí y con un referente en común⁽⁸⁾, a lo mejor por ese hecho, también se les llame categorías lógicas.

⁽⁶⁾ Aceptar que existen estos tres planos es de suma importancia sobre todo cuando se ingrese al mundo de las nulidades. Principalmente en la noción jurídica de la “inexistencia” del acto jurídico.

⁽⁷⁾ Recuerde el lector que “toda definición es una operación estrictamente conceptual consistente en identificar dos conceptos, uno de los cuales (el definidor o definiens) ha sido introducido o aclarado con anterioridad” (Bunge 1982: 161).

⁽⁸⁾ Preferimos no citar la conocida metáfora de Popper cuando dice que “nuestras teorías son redes que lanzamos para apresar aquello que llamamos el mundo”, pues las teorías jurídicas no se ajustan a lo que hacen las teorías científicas.

Por otro lado, es cierto que muchas veces se omite el término “teoría” antes de los términos *acto* o *negocio jurídico*, pero esto se presenta no sólo en el derecho, sino que en ciencia también se suele decir la *relatividad*, o la *gravedad*, para referirnos a la teoría de la relatividad o a la teoría de la gravedad. Eso es común, veamos un ejemplo:

El acto o negocio jurídico es toda una compleja y muy apreciada doctrina del sistema de Derecho Civil que trata de encontrar conceptos comunes a todos los casos en los que la expresión de voluntad de una persona crea una obligación o relación jurídica. Bajo ese concepto están los contratos, los testamentos, el matrimonio, las promesas unilaterales, el reconocimiento de un hijo, la adopción y, por aplicación supletoria del Código Civil, los actos administrativos del gobierno y hasta las sentencias de los jueces. Se busca una sola teoría que explique todo (Bullard y Mac Lean 2001: 6).

No cabe la menor duda de que Bullard y Mac Lean se refieren a la teoría del negocio jurídico, aunque en ningún momento lo dicen de forma explícita. Pietrobon manifiesta lo mismo sobre el negocio jurídico, para quien “es una teoría del acto de autonomía privada, que es aplicable tanto al contrato cuanto a los actos negociables no contractuales” (*apud* Ferri 2002: 75). Así es que estamos de acuerdo con Morales Hervias (2008: 35-36) cuando divide al negocio jurídico en dos categorías: a) la lógica o teórica y b) la legislativa. En este sentido, Calasso manifiesta que “el negocio jurídico es una categoría lógica, es decir, una síntesis: o es aceptada como tal o es rechazada como tal” (*apud* Galgano 2001: 101). Giovanni Battista Ferri usa la misma cita de Calasso para afirmar que al parecer todos los doctrinarios están de acuerdo en ello (Ferri 2002: 75). Es evidente que se refieren a la teoría del negocio jurídico, y no al negocio jurídico que se presenta en la legislación; así es que hay que ser muy cuidadosos para saber frente a cuál categoría nos encontramos, pues una cosa es la construcción teórica; y otra, la legislativa.

Ahora bien, como estamos en el mundo de las teorías, no olvidemos que si aceptamos la separación tradicional entre las teorías del acto y del negocio jurídico, se puede aseverar que “son nociones elaboradas por diferentes sistemas doctrinarios con el mismo objetivo: establecer una teoría general sobre los actos humanos relevantes jurídicamente” (Taboada 2000: 820). Así es que las dos tratan de lo mismo, con la sola salvedad que, por motivos del idioma, en una se lee *acto*, mientras que en la otra *negocio*. Por lo cual es correcto

decir que “todos los avances de la teoría del negocio jurídico son de plena aplicación a la teoría del acto jurídico” (Núñez Molina 2008: 26).

Esto nos lleva a otro punto importante de nuestro artículo, se dice que “*usar la terminología francesa de acto jurídico no nos obliga a optar por dicha concepción clásica, por tratarse de una noción superada completamente en la actualidad y desde hace muchísimo tiempo atrás. Por el contrario, el enfoque adecuado debe ser sin duda el de los postulados de la teoría general del negocio jurídico*” (Taboada 2000: 820). Este hecho sólo se puede producir si se acepta la división del acto o negocio jurídico en las dos categorías señaladas anteriormente, es decir, en la lógica o teórica y en la legislativa. Consideramos que, en principio, la categoría lógica no tiene ninguna finalidad práctica propuesta; sin embargo, sabemos que “el negocio jurídico como categoría lógica es útil para los operadores jurídicos aunque no existe una Parte General del negocio jurídico en el [Código Civil]” (Morales Hérvas 2008: 61).

V. Nunca ha existido una “teoría francesa” del acto jurídico

El nombre de esta sección es una cita de Leysser León (2004: 70), en otro lugar de su obra podemos leer: “La teoría francesa del acto jurídico no existe” (2004: 122). Estas frases tienen una explicación que es coherente con lo que él descubrió.

Como vimos, el concepto y la plasmación jurídica y teórica del negocio jurídico nace en Alemania. El Código de Napoleón sólo recoge la noción de contrato y fue de ella de la que se valieron los pandectistas alemanes, para elaborar una teoría más amplia y abstracta (Galvano 2001: 96-97), a lo mejor esto se produjo por la tendencia alemana a teorizar y la influencia kantiana (Ferri 2001: 191).

Los franceses tomaron lo que los alemanes habían desarrollado y lo trasladaron a su realidad, en efecto, “la teoría del negocio jurídico encuentra acogida sin mucho retardo en las doctrinas italiana y francesa” (Scognamiglio 2001: 119). Este hecho motivó que se hable de *acte juridique*, que es la traducción francesa del negocio jurídico alemán. Así es que la doctrina francesa lo único que hizo es traducir los aportes de la doctrina alemana del negocio jurídico y la convirtió en la teoría del acto jurídico. Pero, como puede notarse, se trata de la misma teoría sólo que traducida a otro idioma. Estamos ante Hércules y Heracles.

Por la influencia francesa en nuestro medio, durante muchos años, primó la nomenclatura de *acto jurídico*, incluso en las traducciones alemanas que antes fueron traducidas al francés. Parece ser que esto cambió por las traducciones directas del alemán y el auge de la doctrina italiana. En este idioma sí es posible traducir el alemán *rechtsgeschäft*, como *negozio giuridico*; así es que no hay mayor problema con la nomenclatura si se traduce al español o si se consulta la fuente italiana de forma directa⁽⁹⁾. No olvidemos, sin embargo, que para que exista la diferencia entre las nociones llegadas de Francia y las nuevas traducciones, éstas no debieron ser de las versiones iniciales de la teoría del negocio jurídico, sino de una versión posterior a la pandectista alemana. Seguramente, cuando se descubrió que una presentaba una versión más elaborada y acorde con la época, motivó que se opongiera la llamada “teoría del acto jurídico francés” a la del negocio jurídico alemán.

En efecto, tenemos la sospecha de que se adopta el término *negocio* y se deja de lado el de *acto*, porque la teoría del negocio jurídico nos llega en su última fase, es decir, en la versión moderna. Esto ocasionó que la doctrina se sienta atraída por ella, de ahí que se abandone a la teoría del *acto* jurídico francés por ser una “*noción que no progresó, por no adaptarse a los cambios sociales, permaneciendo estática e inmutable*” (Taboada 2000: 816); es decir, que la llamada teoría del *acto jurídico* francés “*se estancó definitivamente y [...] no supo adaptarse a los cambios políticos, sociales, filosóficos y económicos*” (Taboada 2000: 819). Lo curioso es que Taboada (*supra*) acepta que sólo en algunos contados casos, los juristas franceses evolucionaron en sus conceptos de acto jurídico, habría que consultar la reciente literatura francesa para saber ¿hasta qué punto es cierto que la teoría del acto jurídico francés se llegó a estancar como afirma Taboada?

El Diccionario Jurídico *Omeba* presenta un lema dedicado al negocio jurídico, en donde podemos leer:

La moderna literatura jurídica da el nombre de negocio jurídico a todo acto voluntario lícito realizado de conformidad con una norma jurídica

⁽⁹⁾ Las fuentes que usa Lohmann (1997) para escribir su libro están en español, francés, inglés e italiano. Las de Torres Vásquez (2001) en español, portugués, francés e italiano. Las de Vidal Ramírez (2005) están en español y portugués. Las de Taboada Córdova, todas están en español. En estos dos últimos, es bueno señalar que aunque no consultan las fuentes directas italianas, lo hacen de sus traducciones.

que tenga por finalidad directa y específica crear, conservar, modificar, transferir o extinguir derechos y obligaciones dentro de la esfera del Derecho privado...

Se nota que se habla de la *moderna literatura jurídica*. Aunque claro, como venimos diciendo, el término es antiguo y de origen alemán, lo que sucede es que se presenta como nuevo en Latinoamérica. Este uso *moderno y actual* también lo menciona Lohmann, cuando manifiesta que en el Perú “*se ha preferido mantener la denominación de acto y no adoptar la de negocio, hoy en boga en la doctrina*” (1997: 64).

La teoría del *acte juridique* francés no fue original, sino que únicamente fue la traducción francesa del negocio jurídico alemán, así es que tiene sentido decir que no existe ninguna teoría francesa del acto jurídico, así como también se acepta que no existe ninguna teoría italiana del negocio jurídico (aunque pueden existir aportes italianos), porque en el fondo, se trata de la teoría alemana.

La única utilidad de separar y oponer a la llamada *teoría del acto jurídico* de la *teoría del negocio jurídico* es que con la sola mención de la primera nos referimos a la primera versión de la teoría alemana (la pandectista), mientras que si usamos la segunda forma, nos estamos refiriendo a la versión actual de la teoría. Sin embargo, como es cierto que no existe una teoría francesa del acto jurídico, es preferible usar esta nomenclatura, la de *acto jurídico*, para la secuencia a la que nos referimos en la nota 1; es decir, para referirnos a un tipo especial de hecho jurídico que contiene al negocio jurídico, pero eso, sólo se podrá presentar si el *uso* lo permite.

VI. Lista de referencias

BULLARD, Alfredo y MAC LEAN, Ana Cecilia, *La enseñanza del derecho: ¿cofradía o archicofradía?*, 2001. <http://islandia.law.yale.edu/sela/bullards.pdf> (consultada el 10.01.2010).

Diccionario Jurídico Espasa-Calpe, Planeta Actimedia S.A., Madrid, 2001.

Diccionario Enciclopédico-Jurídico Omeba, Buenos Aires, 1993.

FERRATER MORA, José, *Diccionario de filosofía*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1965.

FERRI, Giovanni Battista, “El negocio jurídico”, en *Teoría general del negocio jurídico: 4 estudios fundamentales*, Ara Editores, Lima, 2001, pp. 181-251.

FERRI, Giovanni Battista, *El negocio jurídico*, Ara Editores, Lima, 2002.

GALGANO, Francesco, “El crepúsculo del negocio jurídico”, en *Teoría general del negocio jurídico: 4 estudios fundamentales*, Ara Editores, Lima, 2001, pp. 75-106.

LEÓN, Leysser, *El sentido de la codificación civil: estudios sobre los modelos jurídicos y su influencia en el Código Civil peruano*, Palestra editores, Lima, 2004.

LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo, *El negocio jurídico*, Grijley, Lima, 2ª ed., 1997.

MORALES HERVIAS, Rómulo, “Nuevas perspectivas del negocio jurídico”, en *Revista del magister en derecho civil*. Vol. 6-7, 2008, pp. 35-62.

MOSTERÍN, Jesús y TORRETTI, Roberto, *Diccionario de Lógica y filosofía de la ciencia*, Alianza Editorial, Madrid, 2002.

NÚÑEZ MOLINA, Waldo, *La simulación del acto jurídico: teoría y prueba judicial*, Grijley, Lima, 2008.

POPPER, Karl R., *Búsqueda sin término*, Editorial Tecnos, Madrid, 1994.

POPPER, Karl R., *El universo abierto, un argumento a favor del indeterminismo. Post scriptum a La lógica de la investigación científica*, Vol. 2, Editorial Tecnos, Madrid, 1995.

POPPER, Karl R., *Escritos selectos*, comp. David Miller, Fondo de Cultura Económica, México DF, 1997.

POPPER, Karl R., *Conocimiento objetivo: un enfoque evolucionista*, Editorial Tecnos, Madrid, 2005.

SCOGNAMIGLIO, Renato, “El negocio jurídico: aspectos generales”, en *Teoría general del negocio jurídico: 4 estudios fundamentales*, Ara Editores, Lima, 2001, pp. 107-180.

TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, “La teoría general del acto jurídico y el concepto del negocio jurídico dentro del código civil peruano”, en *Temas de derecho: homenaje a José León Barandiarán*, T. 2, Fondo Editorial del Congreso, Lima, 2000, pp. 807-821.

- TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, *Nulidad del acto jurídico*, Grijley, Lima, 2ª ed., 2002a.
- TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, *Acto jurídico, negocio jurídico y contrato*, Grijley, Lima, 2002b.
- TURABIAN, Kate L., *A manual for writers for term papers, theses, and dissertations*, revisada por Wayne C. Booth, Gregory G. Colomb, and Joseph M. Williams, Chicago, U.S.A.: The University of Chicago Pres., 7ª ed., 2007.
- TORRES VÁSQUEZ, Aníbal, *Acto jurídico*, Idemsa, Bogotá, 2ª ed., 2001.
- VIDAL RAMÍREZ, Fernando, *El acto jurídico*, Gaceta Jurídica, Lima, 2005.

Amparo familiar: tránsito entre la colocación y el acogimiento familiar

MARÍA ISABEL PIMENTEL TELLO (*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Antecedentes. III. Definición de conceptos. 3.1. Importancia de la familia para los niños, niñas y adolescentes. 3.2. Patria potestad. 3.2.1. La legislación peruana y el ejercicio de la patria potestad. 3.3. Tenencia. 3.4. Tutela. 3.5. Derechos de los niños, niñas y adolescentes. 3.6. Menores en circunstancias difíciles. IV. Colocación y acogimiento familiar. 4.1. Colocación familiar. 4.2. Acogimiento familiar. V. Marco normativo. 5.1. Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. 5.2. Constitución Política del Perú. 5.3. Código de los Niños y Adolescentes. 5.4. Ley N° 30162. VI. Consideraciones finales. VII. Conclusiones. VIII. Lista de referencias.

I. Introducción

A propósito de la promulgación de la Ley N° 30162, publicada el 29 de enero de 2014, quisiera compartir algunas reflexiones respecto del estado actual de algunas de las normas relativas a la protección de los niños, niñas y adolescentes. Debemos recordar que el artículo 4 de la Constitución Política

(*) Abogada por la Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco. Egresada de la Maestría y Doctorado de la escuela de Post Grado de la Universidad Nacional de Cajamarca. Docente de la Universidad Nacional de Cajamarca y de la UPAGU.

del Perú establece que “la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, el adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono”. De ese mismo artículo se desprenden, en su mayoría, los principios constitucionales que inspiran al Derecho de familia y se marca la pauta tuitiva, absolutamente justificada, hacia los miembros más vulnerables de nuestra sociedad.

Sin embargo, podremos responder positivamente a la pregunta: ¿se protege en el Perú efectivamente a los niños, niñas y adolescentes?, difícil respuesta que merece discusión académica.

El desarrollo legislativo de nuestro país ha demostrado buenos intentos por cumplir con el principio constitucionalmente impuesto; sin embargo, pese a existir normas casi ideales en este sentido, no podríamos decir lo mismo sobre la implementación de las mismas. Ponemos de ejemplo al propio Código de los Niños y Adolescentes, que cercano a los 15 años de vigencia, aún espera que el Sistema Nacional de Atención Integral del Niño y del Adolescente sea articulado convenientemente por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, y que el Estado a través de las instituciones comprometidas cumpla con el rol eminentemente tuitivo que le corresponde en favor de los niños, niñas y adolescentes⁽¹⁾.

Es evidente que la ineficacia que en este ámbito, es puesta de manifiesto de muchas maneras por parte del Estado, ha mostrado la necesidad de regular situaciones de hecho urgentes, a través de normas mucho más específicas y eficaces que permitan atender algunas de las necesidades de los niños, niñas y adolescentes que enfrentan situaciones especiales.

En este trabajo, pretendemos situar al lector en el estado anterior a la promulgación de la Ley N° 30162, para luego analizar el panorama posterior. Plantearemos también algunas alternativas para evitar la desnaturalización de las figuras de amparo a los niños, niñas y adolescentes.

El análisis de la Ley de Acogimiento Familiar de la que nos ocuparemos, nos obliga, como lo adelantamos, a situarnos en el panorama anterior a su promulgación, identificando las situaciones que, en el marco de la figura de la Colocación Familiar, desnaturalizaban el sentido de la norma y conocer además cuáles son las opciones que nos ofrece el novedoso acogimiento.

⁽¹⁾ Cfr. Artículos 27-30 del Código de los Niños y Adolescentes.

II. Antecedentes

En nuestro país, existen dos maneras de tramitar la adopción para los menores declarados previamente en estado de abandono, las mismas que se encuentran establecidas por el Código de los Niños y Adolescentes:

a) El procedimiento administrativo, que es el trámite regular y se encuentra previsto por la Ley N° 26981, llevado ante la Dirección General de Adopciones del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, trámite, bastante engorroso, que implica una exhaustiva investigación que pretende garantizar la transparencia del procedimiento e idoneidad de los solicitantes a través de la aplicación de mecanismos de evaluación y control que aseguren que los niños, niñas y adolescentes, sean insertados al seno de familias que les puedan brindar las mejores condiciones de vida en los aspectos material, espiritual y moral.

Cabe mencionar que anteriormente estos procesos eran conocidos por el Poder Judicial y debido a la excesiva carga procesal y a la existencia de ciertos cuestionamientos en las tramitaciones, se encomendó la tarea a la entonces creada Oficina de Adopciones adscrita al PROMUDEH, implementándose para ello todo un aparato burocrático que cuenta con un equipo multidisciplinario encargado de las evaluaciones ya mencionadas.

b) Alternativamente, se mantiene el trámite judicial como vía excepcional para la adopción de los niños, niñas y adolescentes que aun cuando no se haya declarado su abandono, puedan ser adoptados por quienes ostenten alguna de las condiciones establecidas en la Ley, como es el caso del que posea vínculo matrimonial con el padre o madre del menor, que tenga vínculo parental con el adoptante, o el que lo haya prohiado por un período no menor de dos años.

Respecto de la última opción, se presentaban algunos casos en los que se desnaturalizaba. Las parejas tomaban conocimiento de que en los centros de atención residencial (albergues o aldeas de niños), se encontraban niños o niñas en presunto estado de abandono: Solicitaban la colocación familiar con la finalidad de que transcurridos los dos años, pudieran pedir judicialmente (vía excepcional), la adopción de los menores con los que habían convivido, aludiendo el prohijamiento; este, por cierto, no era el sentido de la norma en comento.

III. Definición de conceptos

3.1. Importancia de la familia para los niños, niñas y adolescentes

Los especialistas afirman que la estructura u organización familiar a la cual el niño, niña o adolescente pertenece, es aquello que más influye en su desarrollo. Ciertamente, los investigadores coinciden en que aquello que más puede contribuir al desarrollo armónico y sano de los niños, niñas y adolescentes es un clima familiar satisfactorio; esto es, la existencia de vínculos afectivos recíprocos y de seguridad entre padres o guardadores e hijos⁽²⁾.

La familia es definida por nuestra constitución, en su artículo 4, como la institución natural y fundamental de la sociedad, lo que supone reconocer su carácter ético y social. El Código Civil, por su parte, en el artículo 233, señala: “La regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú; a su vez, el Código de los Niños y Adolescentes en su artículo 8 establece: “El niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia. El niño y el adolescente que carecen de familia natural tienen derecho a crecer en un ambiente familiar adecuado” (...) ⁽³⁾.

En cuanto a las normas supranacionales, podemos referirnos al artículo 16.3 de la Declaración Universal de los Derechos y Deberes del Hombre, y el artículo 17.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establecen que la familia es “el elemento natural y fundamental de la sociedad”.

Actualmente, desde el punto de vista legal, en la mayoría de los países latinos occidentales no existe un modelo único de familia. Por el contrario, teniendo en cuenta la heterogeneidad de relaciones jurídico-familiares reconocidas por los respectivos ordenamientos nacionales, resulta que cada persona o grupo de personas tiene la posibilidad de elegir o de seleccionar el tipo de familia a la cual quiere someter sus relaciones intrafamiliares⁽⁴⁾.

⁽²⁾ PAPALIA, D.; OLDS, S. y FELDMAN, R., *Psicología del desarrollo*, 8ª ed., Mac Graw Hill, 2003.

⁽³⁾ Cfr. Artículo 233 del Código Civil.

⁽⁴⁾ FANZOLATO, Ignacio, *El concepto de familia en el derecho latino*. Tomado de <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artfamiliaenelderlatino> Consulta: 20/08/2014

3.2. Patria potestad

Se constituye como el deber-derecho que poseen los padres en relación a sus hijos, para cuidar de la persona y bienes de sus hijos. Así lo describe el artículo 418 del Código Civil Peruano. En su acepción general, se define a la patria potestad como una institución que establece los deberes y derechos que adquieren los padres con el hecho del nacimiento de los hijos matrimoniales y con el reconocimiento de los hijos extramatrimoniales, los que la ejercen en tanto ésta no haya sido objeto de suspensión o pérdida.

Se puede añadir la definición de Benjamín Aguilar, quien señala que la patria potestad es una institución del derecho de familia que comprende un cúmulo de derechos y deberes recíprocos entre padres e hijos, tendientes a lograr el desarrollo integral de éstos y la realización de aquéllos. Este concepto pretende abarcar no sólo los derechos-deberes de los padres e hijos, sino también el fin que persigue la institución, el mismo que debe verse en sus dos dimensiones, la de los padres que encuentran su realización a través del desarrollo de sus hijos, y por cierto, también la de los hijos que al recibir apoyo, amparo, sustento, educación, protección y ejemplos de vida, posibilita un desarrollo integral y su incorporación al seno de la sociedad en condiciones óptimas⁽⁵⁾.

Actualmente, la patria potestad es una facultad, en sentido técnico, y no un derecho subjetivo. Las atribuciones o poderes que se les reconoce a los progenitores en relación a los hijos son consecuencia del conjunto de deberes que sobre aquellos pesan y no atendiendo a intereses propios. Éstos son ejercidas por ambos padres, en tanto no incurran en causales que los priven de ellas temporal o definitivamente.

3.2.1. La legislación peruana y el ejercicio de la patria potestad

La patria potestad es una figura jurídica recogida tanto en el Código Civil como en el Código de los Niños y Adolescentes. Si bien es cierto esta institución no ha sido definida ni desarrollada en detalle en ambos cuerpos legales, también es cierto que en ambas normas se han señalado los deberes y derechos que dicha figura genera en los padres respecto de los

⁽⁵⁾ AGUILAR LLANOS, Benjamín, *La familia en el Código Civil Peruano*, Ediciones Legales, Lima, 2008, pp. 305-306.

hijos⁽⁶⁾. El Código Civil, en su Libro III, Título III de Derecho de Familia, se refiere al ejercicio, contenido y terminación de la patria potestad, proporcionando en su artículo 418 la noción de Patria Potestad, y en los artículos siguientes la regulación sobre el ejercicio conjunto de la misma, su ejercicio unilateral, la patria potestad de los hijos extramatrimoniales, así como sus deberes y derechos.

3.3. Tenencia

Se aplica sólo a los padres y está referido a mantener a los hijos en su compañía y recurrir a la autoridad si fuere necesario para recuperarlos, se refiere al derecho exclusivo de los padres a hacer vida en común con sus hijos, es decir, el derecho de vivir con ellos en el mismo domicilio. Es innegable que en determinadas circunstancias el ejercicio de este derecho puede verse interrumpido como cuando los padres del menor se encuentren separados de hecho, es decir, cuando ambos padres viven en domicilios distintos. En este caso solo uno de ellos debe quedarse al cuidado de los niños, hecho que cuando no hay acuerdo complica su cumplimiento, generando muchas veces conflictos entre los padres.

Comúnmente los jueces prefieren que los niños permanezcan con la madre, a pesar que la Ley no hace ninguna distinción al respecto⁽⁷⁾. Ésta señala que la tenencia la ejercerá el padre o madre, y el Juez resolverá teniendo en consideración lo siguiente:

- Que el hijo permanezca con el progenitor con el que convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable.
- El hijo menor de 3 años, permanece con la madre y
- Para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño, niña o adolescente, debe señalarse un régimen de visitas.

⁽⁶⁾ MORILLO, Maribel, *Patria Potestad: Tenencia y Régimen de visitas*, 2011. Tomado de <http://www.abogadode familia.com.pe/tenencia-y-patria-potestad-de-hijos> . Consulta 22/08/2014.

⁽⁷⁾ *Ibidem*, tomado de <http://www.abogadodefamilia.com.pe/tenencia-y-patria-potestad-de-hijos>. Consulta 22/08/2014

Señala además la norma, que la tenencia o custodia recaerá en aquel que garantice mejor el derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor⁽⁸⁾.

Sobre el particular, debemos precisar que éste es el aspecto más controvertido en las separaciones, ya que los hijos se convierten para sus padres en especie de “trofeos de guerra”, pues los conflictos se tornan degenerativos de la dignidad e identidad individual y familiar; sumados a los problemas sociofamiliares que no son abordados por nuestra legislación, como son la obstrucción del vínculo paterno-filial respecto del padre que no ejerce la tenencia; el síndrome de alienación parental, provocada por quienes conservan la tenencia de los hijos manifestado en la generación de conductas y mensajes que influyen negativamente en el comportamiento con el otro progenitor y la violencia familiar en el ámbito psicológico, provocado a quienes son la parte débil de toda relación conflictiva, que puede ser inclusive para los dos progenitores quienes actúan entre sí, provocando la limitación de sus derechos.

Ejercen algunos de los atributos de la patria potestad, aquellas personas designadas como tutores o eventualmente los que se encuentran al cuidado de los menores.

3.4. Tutela

Es una institución por la cual se encomienda a alguien el cuidado de la persona y bienes de un menor de edad, así como la representación de sus intereses, bajo control judicial. Es por lo general la defensa y el amparo de una persona respecto de otra que es menor de edad. El artículo 215 del Código Civil establece que el objeto de la tutela es la guarda y protección de la persona y sus bienes, o solamente de la persona o de los bienes de menores incapaces.

En el ejercicio de la tutela, el Juez controla aquellos aspectos del tutelado que son más trascendentes, concediendo o no la autorización para la realización de ciertos actos de disposición en pro del menor. Por su parte,

⁽⁸⁾ Cfr. Código de los Niños y Adolescentes, artículo 84.

el Fiscal vigilará el ejercicio de la tutela y podrá exigir al tutor que le informe sobre la situación del menor y del estado de la administración de sus bienes.

Se pueden mencionar los siguientes sistemas de tutela:

- Tutela de familia, en la que la función tutelar se encomienda al grupo familiar del pupilo.
- Tutela de autoridad, en la que el tutor se encuentra bajo la vigilancia, supervisión y control de autoridad pública.

Esta figura se asimila a los responsables de los menores dados en colocación familiar y/o acogimiento.

3.5. Derechos de los niños, niñas y adolescentes

Los derechos de los menores fueron reconocidos luego de la Primera Guerra Mundial con la adopción de la Declaración de Ginebra en 1924, posteriormente estos derechos se reconocieron en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, y en la Convención Internacional de los Derechos del Niño en 1989. Este conjunto de reconocimientos sobre derechos de los menores, consagran las garantías fundamentales para todos los seres humanos y también incluyen derechos como vivir con los padres, derecho a la educación, derecho a la protección, etc.

El derecho de menores procura el reconocimiento de los derechos y libertades del niño y adolescente para lograr su efectiva protección como “sujeto de derecho”. En nuestro país, inicialmente el derecho de menores estuvo contenido en disposiciones administrativas. En el siglo XX, el Código Penal de 1924 contuvo las primeras normas referentes al derecho de menores, a la par surgieron la comisiones para la formulación de un Código de Menores, el que finalmente fue promulgado el 2 de mayo de 1962 y estuvo vigente hasta el 27 de junio de 1993. Este código adoptó la llamada doctrina de la situación irregular, la cual denominaba al menor que cometía actos lesivos contra la sociedad como menores “en estado peligroso”, para quienes se decía que no cometían ni delito ni falta, y el Juez de Menores aplicaba las medidas correctivas sin ninguna denominación y

eufemísticamente calificadas de medidas protectoras, al igual que al menor en estado de abandono⁽⁹⁾.

La Constitución peruana establece la protección de los niños, niñas y adolescentes en los artículos 1 y 4, donde se determina que el sistema jurídico peruano está consagrado a la defensa de la persona humana y su dignidad como fin supremo, teniendo el Estado la obligación de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos. El artículo 2, entre todos los derechos listados, prescribe que el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece. En este sentido, los derechos de los niños están protegidos por el ordenamiento jurídico peruano desde su concepción⁽¹⁰⁾.

3.6. Menores en circunstancias difíciles

De acuerdo a la definición de UNICEF, son menores en circunstancias especialmente difíciles los que “viven en circunstancia de riesgo, en: estrategia de sobrevivencia (trabajadores), de la calle, víctimas de maltrato y abandono, institucionalizados, en conflicto armado, en desastres naturales y ecológicos, con necesidades específicas de atención preventiva”⁽¹¹⁾. El artículo 4 de nuestra Carta Magna reconoce a los menores como personas de especial protección por parte del Estado, considerando las características propias que presentan por ser sujetos de derecho en proceso de formación. Asimismo, se reconoce a la familia como un instituto natural necesario para el desarrollo de los niños y adolescentes, cuya protección es indispensable para garantizar la plena vigencia de sus derechos.

El Tribunal Constitucional ha desarrollado una línea jurisprudencial en la que ha resaltado la importancia que tiene la protección de los Derechos del Niño en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En esta línea se ha pronunciado en los Expedientes N° 3330-2004-AA/TC32 y 3247-2008-HC/TC (Resolución del TC del 14 de agosto de 2008) y otros.

⁽⁹⁾ CÁRDENAS DÁVILA, Nelly Luz, *Menor infractor y justicia penal juvenil*, Universidad Católica de Santa María, Arequipa, 2009, p. 7.

⁽¹⁰⁾ BURGA CORONEL, “El sistema penal juvenil peruano”, en *Revista de Investigación Jurídica Ius*, 2013, p. 7.

⁽¹¹⁾ CASTRO MORALES, Jorge, *Niñas, niños y adolescentes. Exclusión y desarrollo psicosocial*, IFEJANT, Lima, 2001.

Cabe mencionar que el proceso tutelar de menores en el Perú, si bien comprende al universo de niños, niñas y adolescentes, está dirigido en forma específica a aquellos que residen en territorio peruano, que por razones de abandono, explotación, maltratos de cualquier índole, etc., se encuentran en situación de lesión o riesgo de su vida, su integridad física y psicológica, así como cuando se atente contra su normal desarrollo⁽¹²⁾.

Junto a la declaración del estado de abandono, la extinción de la patria potestad y la inscripción de la partida de nacimiento del niño o adolescente (en los casos necesarios), el Juez de Familia deberá disponer una medida de protección adecuada. La Ley permite tres opciones establecidas en los literales c), d) y e) del artículo 243 del CNA, a fin de salvaguardar de la manera más adecuada el bienestar del niño o adolescente declarado en abandono⁽¹³⁾.

La situación de abandono que afecta a miles de niños, niñas y adolescentes en el país constituye una de las principales preocupaciones de la Defensoría del Pueblo. Según cifras del Programa Integral Nacional para el Bienestar Familiar (INABIF), se calcula que en nuestro país existen aproximadamente 17 mil niños, niñas y adolescentes en abandono, albergados en Centros de Atención Residencial (CAR). Sin embargo, esta cifra no recoge el gran número de niños, niñas y adolescentes que se encuentran en las calles, como producto de graves problemas de desestructuración familiar que, en muchos casos, tienen a la pobreza como telón de fondo⁽¹⁴⁾.

IV. Colocación y acogimiento familiar

4.1. Colocación familiar

Es una medida por la cual un niño o adolescente es acogido por una persona, familia o institución en forma provisional para su cuidado. El objetivo de la colocación familiar es otorgar la responsabilidad de crianza de

(12) ALVARADO PALACIOS, Irma Edith, *Algunos apuntes sobre el derecho tutelar de menores*, p. 2. Tomado de: http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/2696440046d4713aa198a144013c2be7/derecho_tutelar_menores+C+4.+7.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=2696440046d4713aa198a144013c2be7 Consulta 30/08/2014

(13) *Ibidem*.

(14) DEFENSORÍA DEL PUEBLO, Niños, niñas y adolescentes en abandono: aportes para un nuevo modelo de atención, 2001.

un niño, niña o adolescente de manera temporal y mientras se determina una modalidad de protección permanente para el mismo. La colocación familiar no estuvo muy desarrollada en la doctrina y legislación peruana; sin embargo, juristas internacionales hablan sobre el tema. El Dr. Gustavo Villalobos define la colocación familiar como una medida que tiene carácter temporal y es dictada por el juez o jueza de protección y que se ejecuta en dos modalidades: entidad de atención o en familia substituta. Además se refiere a los derechos involucrados cuando se habla de una colocación familiar, ya que todo niño, niña o adolescente tiene derecho a vivir, ser criado o desarrollarse en el seno de su familia de origen y en caso de que esto sea imposible o contrario a su interés superior estos tienen derecho a vivir con una familia substituta, de conformidad con la ley⁽¹⁵⁾.

Varsi Rospigliosi la define como el acogimiento familiar, mediante el cual un niño o adolescente es acogido por una persona, familia o centro especializado que se hará responsable de él en forma transitoria⁽¹⁶⁾.

4.2. Acogimiento familiar

Es el término utilizado para describir todo el rango de opciones de acogimiento infantil alternativo proporcionado a niños, niñas y adolescentes privados del cuidado de sus padres, no es una adopción, se trata de una medida de protección a la infancia mediante la cual se ofrece un entorno familiar adecuado a los menores que por diversas circunstancias, no pueden vivir con su familia. Este acogimiento puede ser temporal, mientras se produce la reinserción en la familia de origen, para la adaptación previa a la convivencia con una familia adoptante, o bien permanente, cuando la edad u otras circunstancias del menor y su familia así lo requieran.

El acogimiento familiar busca que los niños, niñas y adolescentes que no pueden vivir con sus padres, lo hagan de manera excepcional y temporal con un núcleo familiar que les permita la restitución, el disfrute, el goce y el ejercicio de su derecho a vivir en una familia y les provea los cui-

(15) Tomado de <http://www.tsj.gov.ve/informacion/notasdeprensa/notasdeprensa.asp?codigo=7305> Consulta 30/08/2014.

(16) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, *Tratado de Derecho de Familia*, Tomo III, Edit. Gaceta Jurídica, 2012, pp. 382-383.

datos necesarios para su desarrollo, promoviendo la reinserción familiar. Debe ser otorgado considerando una serie de requisitos que demuestren la idoneidad del acogedor como su aceptación de ser capacitado o evaluado previamente con evaluaciones físicas y mentales, y acompañados por un equipo profesional. Un aspecto subjetivo a tomar en cuenta es la relación de afinidad o afectividad con el niño, niña o adolescente cuyo acogimiento se pretende asumir.

Es una medida de protección temporal que se aplica a los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en situación de desprotección familiar o riesgo con la finalidad de ser integrados a su familia extensa o a una familia no consanguínea previamente evaluada o seleccionada. El acogimiento familiar es aplicable para los niños, niñas y adolescentes que se encuentren dentro de un proceso de investigación tutelar o declarados judicialmente en estado de abandono y cuando se encuentran institucionalizados en un hogar público o privado⁽¹⁷⁾.

Se pueden distinguir los siguientes tipos de acogimiento familiar:

- **Acogimiento en familia extensa:** en esta medida se dispone el acogimiento del niño, niña o adolescente en su familia extensa. Aquí se consideran a los abuelos y parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.
- **Acogimiento en familia no consanguínea:** En esta medida de protección, el niño, niña y adolescente es acogido por referentes familiares u otras personas idóneas que sin tener parentesco alguno constituyen un entorno positivo y apropiado para la protección del titular de la medida.

La familia acogedora asumirá las responsabilidades de la tutela conforme a los artículos 526, 527 y 528 del Código Civil.

Esta medida puede ser solicitada por familiares del niño, niña o adolescente tutelado o por terceros, quienes accederán a ésta, previa evaluación favorable de la Secretaría Nacional de Adopciones. Dicha evaluación comprende los aspectos psicológico, social y legal de los solicitantes⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁷⁾ Tomado de [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc01_2011.nsf/d99575da99ebf305256_f2e006d1cf0/7834d36b659794ed05257b44000b0f82/\\$FILE/PL02088040413.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc01_2011.nsf/d99575da99ebf305256_f2e006d1cf0/7834d36b659794ed05257b44000b0f82/$FILE/PL02088040413.pdf). Consulta 30/ 08/ 2014.

⁽¹⁸⁾ DEFENSORÍA DEL PUEBLO, cit., 2011.

Con este marco, el acogimiento familiar se presenta como la medida de protección más idónea para la restitución de derechos en caso de desprotección familiar del menor, porque busca que estos vivan en un núcleo familiar que garantice su desarrollo.

V. Marco normativo

Los derechos humanos de la infancia establecen el entorno y ofrecen los medios necesarios para permitir que todos los seres humanos desarrollen su pleno potencial. Los artículos de la Convención de los Derechos del Niño, además de establecer los principios básicos que sirven de base a la realización de todos los derechos, exigen la prestación de recursos, aptitudes y contribuciones específicas, necesarias para asegurar al máximo la supervivencia y el desarrollo de la infancia⁽¹⁹⁾.

5.1. Convención Internacional sobre los Derechos del Niño

La incorporación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño a los sistemas jurídicos nacionales latinoamericanos ha producido a nivel normativo cambios legislativos significativos, que se expresan tanto en lo relativo a la protección de los derechos de los niños en el sentido de deberes de prestación positiva del Estado cuanto en lo que se refiere específicamente a la respuesta que el Estado debe dar a la situación en la que se imputa delito a un menor de edad⁽²⁰⁾.

La doctrina viene debatiendo los alcances de la concepción de los niños como sujetos plenos de derecho, de “protección integral”, dentro de las diversas áreas problemáticas que caracterizan la nueva condición jurídica de la infancia en América Latina, tales como el trabajo infantil, la adopción internacional, los límites a las facultades correctivas de los padres y maestros, los derechos sexuales y reproductivos, etc., así como si el Estado debe responder a la situación de una persona menor de dieciocho años que lleva

⁽¹⁹⁾ Tomado de http://www.unicef.org/spanish/crc/index_understanding.html Consulta 30/08/2014

⁽²⁰⁾ UNICEF, *Justicia y derechos del niño*, 2006, p. 10.

a cabo una conducta descrita como antecedente de una sanción en el Código Penal, lo que constituye un terreno polémico⁽²¹⁾.

5.2. Constitución Política del Perú

Como lo hemos mencionado, nuestra Constitución Política reconoce en su artículo 4 la protección especial que debe brindar el Estado a los niños, niñas y adolescentes. No podemos dejar de lado que el “principio del interés superior de niño” nos sirve de garantía para la restitución de los derechos de los niños en desprotección familiar e incluso se aplica como un criterio orientador de las políticas públicas referidas a la niñez en esta situación excepcionalmente difícil.

5.3. Código de los Niños y Adolescentes

De acuerdo al artículo 243 del Código de los Niños y Adolescentes, el acogimiento familiar debería aplicarse antes que la institucionalización del niño o niña en un Centro de Atención Residencial; sin embargo, el acogimiento residencial en nuestro país ha sido la respuesta permanente y casi exclusiva ante las situaciones de desprotección familiar.

En su artículo 8, este Código reconoce el derecho a vivir en una familia, prescribiendo lo siguiente: “El niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia. El niño y el adolescente que carecen de familia natural tienen derecho a crecer en un ambiente familiar adecuado. El niño y el adolescente no podrán ser separados de su familia sino por circunstancias especiales definidas en la ley y con la exclusiva finalidad de protegerlos”.

Los criterios que se establecen en los artículos 105 y 106 del Código de los Niños y Adolescentes para la colocación o acogimiento familiar son el grado de parentesco y, necesariamente, la relación de afinidad o afectividad con la persona, familia que pretende asumir su cuidado, dándose preferencia a quienes se encuentren ubicados en su entorno local. Además se señala que la colocación o acogimiento familiar tendrá lugar únicamente en familias residentes en el Perú, salvo en los casos de procedimiento administrativo de adopción de niños o adolescentes declarados en estado de abandono.

⁽²¹⁾ Ibídem.

5.4. Ley N° 30162

Introduce las modificaciones a la figura de la colocación familiar, a las que nos hemos venido refiriendo, al permitir la protección temporal de niños, niñas y adolescentes que se encuentran en situación de riesgo, abandono o extravío; de tal manera que los menores que se hallen en estas circunstancias de vulnerabilidad, sean acogidos temporalmente por una familia. Su ámbito de aplicación es la Dirección de Investigación Tutelar, así también los órganos jurisdiccionales o administrativos a cargo de procesos tutelares aplicarán la presente norma.

Prevé dos tipos de acogimiento: el de familiares y terceros. En ambos casos, los solicitantes deberán contar con una vivienda saludable que reúna los requisitos de habitabilidad, salubridad y seguridad; también deberán aceptar ser preparados y permitir la supervisión por un equipo profesional durante el proceso.

El objetivo de esta norma es devolver el derecho que tiene todo menor de vivir en familia. Antes estaba establecida en el Código de los Niños, Niñas y Adolescentes bajo la figura de colocación familiar. Esta nueva Ley no solo la regula, sino que a partir de este nuevo enfoque, cambiará la mirada que tienen todos sobre la figura. La nueva medida tiene entre sus propósitos evitar que los niños acudan a algún albergue donde no pueden compartir una experiencia de familia: “Lo que buscamos es que se evite la institucionalización de los niños. Ellos pasarán un tiempo con alguna familia mientras se resuelve el tema de que vuelvan al lado de sus verdaderos padres”⁽²²⁾.

Esta disposición es aplicable para los que se encuentren dentro de un proceso de investigación tutelar hasta antes de declararse judicialmente el estado de abandono o cuando se encuentran institucionalizados en un hogar público o privado. Sólo por excepción de un niño, niña y adolescente declarados en abandono, podría aplicarse la medida del acogimiento, previa opinión favorable de la dirección.

⁽²²⁾ Tomado de <http://www.elperuano.pe/Edicion/noticia-hogares-acogen-15664.aspx#.VAI-42MV5Mwc>. Consulta 30/08/2014.

VI. Consideraciones finales

La Ley de adopciones establece las pautas para optar la adopción; sin embargo, este procedimiento representa algunas desventajas para los postulantes que, por lo general, son parejas que han intentado todos los medios posibles para procrear sus propios hijos sin éxito, por lo que se encuentran ávidas de brindar el cariño que tenían reservado para sus hijos, en el plazo más breve, a aquel niño, niña o adolescente desfavorecido por la vida, desconocido en su origen e identidad, que, de acuerdo a la lista de espera de adoptantes, les será asignado en estricto orden (vale decir que este tipo de adopción es totalmente incierta, librada al azar), siendo esta manera también, la que pone de manifiesto la puridad de la intención de los adoptantes en brindar su cariño, protección y apoyo al niño, niña o adolescente que les sea asignado. En ese sentido, el tiempo es el principal obstáculo en este procedimiento, sumado a la condición de que ni los adoptantes, ni el adoptado se conocen hasta que se produce la designación, luego de la cual se debe emitir un informe de empatía, del cual depende la resolución de colocación familiar previa a la adopción.

Tenemos entonces, por un lado, el procedimiento regular de adopción administrativa que nos llevó hacia la figura de colocación familiar; y por otro, el proceso de adopción excepcional en vía judicial que considera como opción de adopción a los prohijados, es decir, a aquel niño, niña o adolescente que convive con el o los solicitantes por un período mayor a 2 años, condición a la que se llega también vía colocación familiar.

Por su parte, el Código de los Niños y Adolescentes, en su artículo 104 y siguientes, contemplaba la figura de la colocación familiar, como una medida transitoria dispuesta judicial o administrativamente, que en el proceso de adopciones se aplicaba como medida de aclimatamiento y de protección al niño, niña o adolescente, cuando el lugar donde vivía ponía en peligro su integridad física o mental.

En los últimos años, se ha venido desnaturalizando la figura de la colocación familiar, pues se ha estado empleando como una suerte de ventana para obtener una adopción excepcional a corto plazo, con la salvedad que las personas que la solicitaban, escogían al menor a favor del cual solicitaban la colocación, es decir, no se hacía con fines de aclimatamiento previo a la adopción, sino como un medio para lograr indirectamente el “prohijamiento”, requerido para la adopción excepcional.

Si bien la finalidad de esta desnaturalización de la figura, no era del todo despreciable, tampoco era del todo correcta, puesto que se favorecía la evasión del procedimiento regular de la adopción, permitiendo además una suerte de discriminación de los niños, niñas y adolescentes que tienen la condición de “ángeles que esperan”. En este sentido, resultaba discutible el sustento de esta medida invocando el interés superior del niño, puesto que habría que interpretarlo en función al interés de todos los niños que se encuentran en la misma condición y forman parte de la lista de espera de adopciones.

Frente a esta coyuntura, nuestro Poder Legislativo ha pretendido, suponemos, zanjar el tema sustituyendo la colocación familiar por la que ha denominado “acogimiento familiar”, la misma que, según hemos podido identificar y expondremos a continuación, recoge básicamente los rasgos de la colocación familiar y los complementa con algunos del prohijamiento, sin lograr un deslinde definitivo entre ambas figuras; siendo así, podemos identificar las siguientes similitudes y diferencias entre las dos figuras:

| COLOCACIÓN FAMILIAR | ACOGIMIENTO FAMILIAR |
|---|---|
| SEMEJANZAS | |
| <ul style="list-style-type: none"> - Medida temporal y transitoria - Ejercida por persona, familia o institución - Dispuesta a instancia administrativa o judicial - Remunerada o gratuita - Medida de aclimatamiento y protección en adopción - Deben ser seleccionadas, capacitadas y supervisadas por personal designado - Remoción a solicitud del niño, niña o adolescente. | <ul style="list-style-type: none"> - Medida temporal y transitoria - Ejercida por persona, familia o institución - Dispuesta a instancia administrativa o judicial - Gratuita o remunerada en el caso del acogimiento administrativo - Medida de aclimatamiento y protección en la adopción - Deben recibir capacitación y ser monitoreados |
| DIFERENCIAS | |
| <ul style="list-style-type: none"> - Se considera grado de parentesco, afinidad o afectividad con la persona, familia o institución. | <ul style="list-style-type: none"> - Se considera a la familia extensa o no consanguínea - Deben cumplirse los requisitos dispuestos por la ley - Revocable previo informe - Es un mecanismo inmediato para evitar la institucionalización del niño, niña o adolescente - Se establecen expresamente los deberes y derechos de la familia acogedora - El juez debe pronunciarse en un plazo de 30 días - Modifica el artículo 511 sobre tutela de menores - Se equipara con la tutela |

Del cuadro presentado, se aprecia que el acogimiento familiar no es del todo una figura novedosa, ya que reproduce en esencia lo que era la colocación familiar. Tampoco apreciamos que la ley que la regula sea muy coherente en su redacción, ya que por ejemplo, si bien contempla la disposición de la medida en la vía judicial, presenta al Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables como el ente regulador, gestor y supervisor, no señalando el modo en que se debe dar el seguimiento en el caso de un trámite judicial. Por otro lado, dispone la modificatoria de los artículos relativos a la tutela en el Código Civil y de la colocación familiar en el Código de los Niños y Adolescentes, pero en este último caso, solo se advierte un cambio de denominación.

VII. Conclusiones

- 1) La Ley N° 30162 pretende restituir los derechos a los menores en situación de abandono, aplicando el principio del interés superior del niño, reconociendo el valor del niño, niña o adolescente como sujeto de derecho.
- 2) Consideramos que esta pretendida nueva figura no aporta una alternativa sustancialmente diferente a la de la colocación familiar, debiendo recomendarse a las instancias correspondientes que debe ser adoptada, como su propio texto lo señala, de manera excepcional.
- 3) Es importante considerar e incidir que el acogimiento familiar, sigue siendo, al igual que la colocación, una decisión transitoria o provisional, la cual debe pretender preparar el clima propicio para una adopción definitiva y como paso previo a esta, atendiendo a que la adopción es una decisión definitiva que busca crear una relación paterno-filial permanente.
- 4) Las autoridades competentes deben evaluar la pretensión real de las personas o familias acogedoras, ya que podríamos incurrir nuevamente en la desnaturalización de la figura al constituirse como un vehículo para alcanzar la adopción de niños, niñas y adolescentes de manera excepcional; con lo que, en la práctica, se estaría limitando el procedimiento regular, a las adopciones internacionales y a algunas pocas nacionales, privando a la mayoría de “ángeles que esperan” de la posibilidad de lograr su inserción en una familia, vulnerando su derecho

fundamental a vivir en el seno de una de ellas, apreciándose además una colisión entre el interés superior de solo algunos niños y de todos los que se encuentran en la misma condición.

VIII. Lista de referencias

- AGUILAR LLANOS, Benjamín, *La familia en el Código Civil Peruano*, Ediciones Legales, Lima, 2008.
- ALVARADO PALACIOS, Irma Edith, *Algunos apuntes sobre el derecho tutelar de menores*. http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/2696440046d4713aa198a144013c2be7/derecho_tutelar_menores+C+4.+7.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=2696440046d4713aa198a144013c2be7
- BURGA CORONEL, “El sistema penal juvenil peruano”, en *Revista de Investigación Jurídica Ius*, Lima, 2013.
- CÁRDENAS DÁVILA, Nelly Luz, *Menor infractor y justicia penal juvenil*, Universidad Católica de Santa María, Arequipa, 2009.
- CASTRO MORALES, Jorge, *Niñas, niños y adolescentes. Exclusión y desarrollo psicosocial*, IFEJANT, Lima, 2001.
- Código de los Niños y Adolescentes*, Jurista Editores, Lima, 2014.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Niños, niñas y adolescentes en abandono: aportes para un nuevo modelo de atención*, 2011.
- FANZOLATO, Ignacio, *El concepto de familia en el derecho latino*. <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artfamiliaenelderlatino>
- <http://derechogeneral.blogspot.com/2012/02/patria-potestad.html>
 - http://www.iupuebla.com/Doctorado/Docto_derecho/Material_profe/LA%20PATRIA%20POTESTAD.pdf
http://www.iupuebla.com/Doctorado/Docto_derecho/Material_profe/LA%20PATRIA%20POTESTAD.pdf
 - <http://www.raejurisprudencia.com.pe/diccionario.php>
- MORILLO, Maribel, *Patria Potestad: Tenencia y Régimen de visitas*, 2011. <http://www.abogadodefamilia.com.pe/tenencia-y-patria-potestad-de-hijos>
- PAPALIA, D.; OLDS, S. y FELDMAN, R., *Psicología del desarrollo*, Colombia, Mac Graw Hill, 8ª ed., 2003.

- SANZ MARTÍN, Laura, “Naturaleza y ejercicio de la patria potestad romana sobre los miembros familiares. Especial: Atención a la situación jurídica de la mujer”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, 1996-1997.
- TAPIA VIVAS, Gianina Rosa, *Un enfoque sobre la investigación tutelar administrativa y el sistema único e integral de atención a los niños, niñas y adolescentes en situación de abandono*, Academia de la Magistratura, 2009.
- <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho-Civil/200202-155592511021145.html>
 - <http://www.elperuano.pe/Edicion/noticia-hogares-acogen15664.aspx#.VAI42MV5Mwc>
 - <http://www.lozavalos.com.pe/alertainformativa/index.php?mod=contenido&com=contenido&id=13943>
 - <http://www.tsj.gov.ve/informacion/notasdeprensa/notasdeprensa.asp?codigo=7305>
 - [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc01_2011.nsf/d99575da99ebfbc305256f2e006d1cf0/7834d36b659794ed05257b44000b0f82/\\$FILE/PL02088040413.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc01_2011.nsf/d99575da99ebfbc305256f2e006d1cf0/7834d36b659794ed05257b44000b0f82/$FILE/PL02088040413.pdf)
- UNICEF, *La Convención sobre los derechos del niño. Quince años después*, 2004. http://www.unicef.org/spanish/crc/index_understanding.html
- UNICEF, *Justicia y derechos del niño*, 2006. <http://www.unicef.org/spanish/crc/indexunderstand ing.html>
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, *Tratado de Derecho de Familia*, Tomo III, Edit. Gaceta Jurídica, Lima, 2012.

Derecho Penal y Procesal Penal



..... 237

..... 279

¿El juez de la investigación preparatoria debe convocar a la audiencia de prisión preventiva dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al requerimiento del Ministerio Público aunque el investigado no esté detenido?

LUIS MARTÍN LINGÁN CABRERA (*)

SUMARIO: I. Introducción. II. La prisión preventiva. 2.1. La prisión preventiva en el Código Procesal Penal de 2004. 2.2. ¿El Juez de la Investigación Preparatoria debe convocar a la Audiencia de Prisión Preventiva dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al requerimiento del Ministerio Público, aunque el investigado no esté detenido? III. Conclusiones. IV. Lista de referencias.

I. Introducción

La prisión preventiva es una medida cautelar personal, en mérito a la cual una persona es recluida en un establecimiento penitenciario, mientras se desarrolle el proceso penal seguido en contra de ella, el cual podrá culminar con una sentencia condenatoria o absolutoria.

(*) Fiscal adjunto provincial titular de la Tercera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Cajamarca.

Según lo regulado en el Código Procesal Penal de 2004 (en adelante CPP2004), para determinar si se dicta prisión preventiva contra un investigado, el Juez debe convocar a una Audiencia, en la cual Fiscal y abogado defensor expondrán sus argumentos para su concesión o denegación, respectivamente, luego de lo cual decidirá el Juez.

En el artículo 271 del CPP2004 se ha establecido que el Juez de Investigación Preparatoria dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al requerimiento del Ministerio Público realizará la Audiencia para determinar la procedencia de la prisión preventiva.

En los Juzgados de Investigación Preparatoria de diversas zonas del país, sólo se está realizando las Audiencias de Prisión Preventiva dentro de las 48 horas de realizado el requerimiento fiscal, cuando el investigado está detenido, mas no cuando no lo está, pues en este último supuesto, las Audiencias son convocadas para ser llevadas a cabo dentro de 10, 15 o más días, a pesar de que en el texto del artículo 271 no se hace una diferenciación.

En el presente artículo sustentaremos nuestra posición referida a que las Audiencias de Prisión Preventiva deberían ser convocadas por los Jueces de Investigación Preparatoria dentro de las 48 horas del requerimiento fiscal, esté o no la persona investigada detenida, a diferencia de la interpretación que se viene realizando en los Juzgados de Investigación Preparatoria del país.

II. La prisión preventiva

2.1. La prisión preventiva en el Código Procesal Penal de 2004

La prisión preventiva es una de las medidas cautelares personales que se han establecido en el CPP2004. Conocida también como detención judicial preventiva, según Guerrero Sánchez, “constituye una medida cautelar que se dicta para asegurar la efectividad de la sentencia condenatoria a dictarse en futuro”⁽¹⁾. Según Villegas Paiva, “la finalidad del instituto de pri-

⁽¹⁾ GUERRERO SANCHEZ, Alex, *Detención, comparecencia y arresto domiciliario en el nuevo Código Procesal Penal*, Gaceta Jurídica, S.A., 1ª ed., 2013, p. 99.

sión preventiva es únicamente garantizar la realización exitosa del proceso penal y de sus consecuencias”⁽²⁾.

Los requisitos que de manera concurrente deben presentar para que el Juez de Investigación Preparatoria imponga una medida de Prisión Preventiva son, según lo establecido en el artículo 268 del CPP2004, los siguientes:

- Que existan fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.
- Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad y
- Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización)

La prisión preventiva debe ser la última medida a la que se debe acudir, pues la regla debe hacer que se investigue y juzgue a una persona en libertad, con medida de comparecencia restringida o simple. En este sentido, señala Peña Cabrera Freyre, “al constituir una medida de extrema coacción para el imputado, debe estar reglada su imposición a la concurrencia de una serie de presupuestos –tanto de orden formal como material–, que en consuno pretenden dotar a esta institución de una necesaria validez, evitando de esta forma detenciones arbitrarias y a todas luces irrazonables, por lo que ha de ser sometida siempre y en todos los casos, al test de razonabilidad y de proporcionalidad”⁽³⁾.

⁽²⁾ VILLEGAS PAIVA, Elki, *La detención y prisión preventiva en el nuevo Código Procesal Penal*, Gaceta Jurídica S.A., Lima, 1ª ed., 2013.

⁽³⁾ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, “La Prisión Preventiva en el marco de la política criminal de seguridad ciudadana. Presupuestos de aplicación conforme a la Ley N° 30076”, en *Las medidas cautelares en el Proceso Penal*, Gaceta Jurídica S.A., Lima, 1ª ed., 2013, p. 13.

2.2. ¿El Juez de la Investigación Preparatoria debe convocar a la Audiencia de Prisión Preventiva dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al requerimiento del Ministerio Público, aunque el investigado no esté detenido?

En algunos órganos jurisdiccionales del país, se está programando las audiencias de prisión preventiva pasadas las 48 horas de presentado el requerimiento por parte del Fiscal Penal, cuando el investigado no está detenido.

Se considera que solo cuando el imputado está detenido, la audiencia de prisión preventiva debe llevarse a cabo en el plazo antes indicado, a fin de adoptarse la decisión de manera rápida, cautelándose no afectar su libertad personal, en el caso de que solo proceda una comparecencia con restricciones o simple.

Sin embargo, de la revisión del artículo 271 del CPP de 2004, se verifica que en el mismo no se hace distinción entre los supuestos de investigado detenido o libre, pues se señala: “El Juez de la Investigación Preparatoria dentro de las 48 horas siguientes al requerimiento del Ministerio Público realizará la audiencia para determinar la procedencia de la prisión preventiva... El Juez de la Investigación Preparatoria incurre en responsabilidad funcional si no realiza la audiencia dentro del plazo legal”.

Se está entonces haciendo una distinción no sustentada en la norma procesal penal.

Consideramos que el postulado legal referido a que la realización de la audiencia de prisión preventiva debe hacerse dentro del plazo de 48 horas del requerimiento fiscal, no debe ser interpretado sólo desde la visión de la protección de la libertad del investigado detenido, sino también teniendo en cuenta la urgencia que tiene la Fiscalía para que se debata su pedido de prisión preventiva con miras a su concesión, para evitar la fuga o perturbación de la actividad probatoria por parte del investigado no detenido, y garantizar la realización exitosa del proceso penal.

Imaginemos que una madre denuncia ante la Fiscalía Penal de Turno que su hija de 11 años de edad le ha mencionado que su vecino la ha violado sexualmente hace tres días. Al no existir flagrancia delictiva no procederá la detención del sindicado, por lo que el Fiscal Penal competente deberá

investigarlo en libertad, disponiendo la realización de diligencias preliminares, tales como recibir las declaraciones de la menor agraviada y su madre, disponer la realización del examen médico-legal correspondiente, recibir la declaración del investigado.

Luego de llevarse a cabo estas actuaciones, el Fiscal decide solicitar la prisión preventiva, al considerar que se presentan los tres requisitos señalados en el artículo 268 del CPP de 2004.

El Fiscal necesita de un pronunciamiento rápido, pues existe la posibilidad de que el investigado fugue o perturbe la actividad probatoria intimidando a la menor y a su madre u ofreciéndoles algún beneficio para el cambio de su versión o no asistencia a diligencias posteriores.

De no realizarse la Audiencia de Prisión Preventiva dentro de las 48 horas, sino después de transcurridos 10, 15 o más días, es muy probable que el investigado haya fugado o perturbado la actividad probatoria, al no haberse discutido la necesidad de imposición de la medida de prisión preventiva de manera rápida.

Por lo que consideramos necesario que las audiencias de prisión preventiva deban ser realizadas dentro de las 48 horas de presentado el requerimiento fiscal, tal como se establece en el artículo 271 del CPP del 2004, esté el investigado detenido o libre, a fin de garantizar el final exitoso de un proceso penal.

III. Conclusiones

- La audiencia de prisión preventiva es una medida cautelar personal que busca asegurar los fines del proceso penal.
- La prisión preventiva debe ser excepcional, debiendo ser la regla investigar y juzgar a una persona en libertad, con una medida menos gravosa como puede ser una comparecencia con restricciones o simple.
- Según se señala en el artículo 271 del Código Procesal Penal de 2004, el Juez de Investigación Preparatoria, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al requerimiento del Ministerio Público, deberá realizar la Audiencia para determinar la procedencia de la prisión preventiva.

- En los órganos jurisdiccionales del país, cuando la persona investigada no está detenida, y el Fiscal solicita prisión preventiva, los Jueces de Investigación Preparatoria no están señalando la audiencia de prisión preventiva dentro de las 48 horas de presentado el requerimiento Fiscal, pues esto solo lo hacen cuando la persona está detenida.
- Así, se está realizando una distinción no sustentada en ley, sin considerar que la necesidad de realizar la audiencia de prisión preventiva dentro de las 48 horas del requerimiento fiscal no debe ser interpretado sólo desde la visión de la protección de la libertad del investigado detenido, sino también teniéndose en cuenta la urgencia que tiene la Fiscalía para que se debata su pedido de prisión preventiva con miras a su concesión, para evitar la fuga o perturbación de la actividad probatoria por parte del investigado no detenido, y garantizar la realización exitosa del proceso penal.
- Debería buscar efectivizarse que las audiencias de prisión preventiva sean realizadas dentro de las cuarenta y ocho horas de realizado el requerimiento fiscal, esté o no el investigado detenido, a fin de garantizar los fines del proceso penal.

IV. Lista de referencias

- GUERRERO SÁNCHEZ, Alex, *Detención, comparecencia y arresto domiciliario en el nuevo código procesal penal*, Gaceta Jurídica S.A., Lima, 1ª ed., 2013.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, “La Prisión Preventiva en el marco de la política criminal de seguridad ciudadana. Presupuestos de aplicación conforme a la Ley N° 30076”, en *Las medidas cautelares en el Proceso Penal*, Gaceta Jurídica S.A., 1ª ed., 2013.
- VILLEGAS PAIVA, Elki, *La detención y prisión preventiva en el nuevo Código Procesal Penal*, Gaceta Jurídica S.A., Lima, 1ª ed., 2013.

Consumación del delito de incumplimiento de obligación alimentaria con base en su naturaleza jurídica y especial forma de configuración

JUAN CARLOS TELLO VILLANUEVA (*)

SUMARIO. I. Introducción. II. Análisis y discusión de resultados. 2.1. Segundo criterio de interpretación. 2.1.1. Si el delito fuese de naturaleza instantánea de efectos permanentes. 2.1.2. Si el delito fuese de naturaleza permanente. 2.2. Primer criterio de interpretación. 2.2.1. Si el delito fuese de naturaleza permanente. 2.2.2. Si el delito fuese de naturaleza instantánea de efectos permanentes. 2.2.3. Análisis crítico de los Plenos Jurisdiccionales. III. Conclusiones. IV. Lista de referencias.

I. Introducción

El delito de incumplimiento de obligación alimentaria en su figura básica, tipificado en el Artículo 149º del Código Penal, se configura cuando el sujeto activo omite cumplir su obligación de prestar alimentos que establece una “resolución judicial”.

(*) Abogado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, Perú. Magister en Derecho Penal y Criminología. Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal en la Universidad Nacional de Cajamarca.

Sobre esta figura delictiva, existe consenso en la doctrina de que se trata de un delito de omisión propia y de mera actividad (Cfr. Salinas Siccha 2005: 394; Peña Cabrera Freyre 2008a: 435); sin embargo, el panorama es poco claro cuando se trata de establecer el momento de su consumación. Así para un sector de la doctrina se consume en el momento en que se vence el plazo del requerimiento que fuera formulado al sujeto activo, bajo apercibimiento, mediante resolución judicial (Cfr. Bramont-Arias Torres y García Cantizano 1996: 160); y para otro sector, cuando el sujeto activo, teniendo pleno conocimiento de la resolución judicial (sentencia firme⁽¹⁾) que le ordena pasar determinada pensión alimenticia mensual al beneficiario, dolosamente omite cumplir tal mandato. En esta última posición, un grupo de la doctrina considera que el requerimiento que se hace al obligado, bajo apercibimiento de ser denunciado penalmente, se constituye en un requisito de procedibilidad (Cfr. Salinas Siccha 2005: 395-396; Campana Valderrama 2002: 864; y Torres Gonzales 2010: 59); mientras que, para otros, no existe tal requisito y basta la mera omisión (Cfr. Reyna Alfaro 2011: 199-200). Estas posiciones han sido plasmadas en sendos y disímiles criterios jurisprudenciales⁽²⁾.

(1) Es necesario precisar que tanto Salinas Siccha (2005: 395-396) como Bramont-Arias Torres y García Cantizano (1996: 160) señalan que el elemento del tipo penal hace referencia también al “auto de asignación provisional de alimentos”, aspecto que no cambia en nada los resultados de nuestra investigación, pues en caso de considerarse “sentencia firme” o “auto de asignación provisional”, lo cierto es que siempre derivan de un proceso de alimentos. No obstante, hemos descartado la consideración de este aspecto por lo siguiente: i) no se brinda mayor argumentación doctrinal sobre el tema; ii) no tiene respaldo jurisprudencial (imposibilidad de discutir sus argumentos); iii) sólo con la “sentencia firme” se tiene certeza de la obligación que le asiste al sujeto, quien incluso antes de este pronunciamiento, puede oponerse a la obligación ofreciendo la prueba del ADN; iv) como ha destacado Reyna Alfaro (2011: 188): “La asignación anticipada es una medida temporal sobre el fondo, es de carácter *preventiva*, ya que busca evitar que la falta de alimentos perjudique al alimentista y no tiene carácter definitivo, pues puede ser dejada sin efecto o ser modificada con la decisión final” (el Código Procesal Civil regula la posibilidad de que la persona que demanda alimentos y no resulte beneficiaria de manera “definitiva” devuelva lo pagado con los intereses legales).

(2) A manera de ejemplo, a favor del primer criterio de interpretación se ha señalado que se configura “[...] al momento de vencer el plazo de requerimiento judicial del pago de las pensiones alimenticias devengadas, que fue notificado al encausado, bajo apercibimiento de ser denunciado penalmente”, recaído en el Exp. N 0024-2005, considerando 2. En Peña Cabrera Freyre (2008a, p. 435). En igual sentido, “Que se encuentra acreditado en autos que el procesado se sustrajo a su obligación de prestar alimentos a sus menores hijas, tal como fue ordenada en sentencia en el Fuero Civil y pese a haber sido requerido conforme a ley para

Esta disparidad en la interpretación para determinar el momento consumativo, se debe a que el tipo penal hace referencia de manera genérica al término “resolución judicial”, no especificando a qué tipo de resolución se refiere.

En este contexto, asumir tal o cual criterio de interpretación respecto del elemento del tipo penal “resolución judicial” como exigencia para la consumación de este delito, implica necesariamente –como no se ha venido haciendo– realizar un estudio profundo e integral del problema⁽³⁾,

su pago, configurándose el delito materia de instrucción”, recaído en el Exp. N° 79-93-Lima En Peña Cabrera Freyre (2008a: 436). Asimismo en el Primer Pleno Jurisdiccional Distrital Penal – Huancavelica (2008), en su Tema 1, ha señalado que este delito se consume después de “vencido el plazo de requerimiento para el pago de las pensiones devengadas, bajo apercibimiento de remitirse copias al Ministerio Público” (este y los demás Plenos Jurisdiccionales son analizados críticamente en el ítem II –resultados y discusión de la investigación–). A favor del segundo criterio, se ha señalado que: “reiterada ejecutoria inciden en que previamente a la formalización de la denuncia penal por delito de omisión de asistencia familiar, se debe verificar que el demandado fue debidamente notificado de las resoluciones que lo requerían para que cumpla con sus obligaciones, bajo apercibimiento de ser denunciado penalmente [...] que, en consecuencia, del estudio de autos se advierte que el procesado varió su domicilio legal [...] por lo que, al haberse notificado en domicilio diferente al anotado [...] se infiere que el procesado no ha tomado conocimiento efectivo del requerimiento anotado, lo cual importa la no concurrencia de uno de los requisitos de procedibilidad de la presente acción penal. Exp. N° 2399-Ica En Salinas Siccha (2005: 388). En igual sentido: “que, la omisión de asistencia familiar [...] se configura siempre que el agente desatendiendo una resolución judicial no cumple con pagar las pensiones alimenticias, por consiguiente es necesario que antes de proceder a la denuncia penal se acredite la notificación con el apercibimiento expreso de acudir o la vía penal, pues este hecho acreditará su renuencia consciente de cumplir con sus obligaciones alimentarias, situación que no se produce en el caso materia de autos”. Exp. N° 4697, en Salinas Siccha (2005: 387). Asimismo: “No basta la existencia de una sentencia fijando una pensión alimenticia y el presumido incumplimiento para que proceda *ipso facto* la denuncia por omisión a la asistencia familiar, sino que además debe constatar la presencia de una resolución conminatoria bajo apercibimiento de ser denunciado por el ilícito mencionado” Exp N° 6473-97-Lima, en Peña Cabrera Freyre (2008a: 436). Incluso la Corte Suprema, en el considerando Octavo de la Casación N° 02-2010-Lambayeque, también se pronunció sobre el tema en similar sentido. Disponible en <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/4ece4b804bdb27ef879fdf40a5645add/Casacion_02-2010-Lambayeque_calificacion_090710.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=4ece4b804bdb27ef879fdf40a5645add> (consultada el 30 de enero de 2014).

(3) A manera de ejemplo, Villa Stein (2001: 96) realiza un análisis muy escueto cuando aborda esta problemática, limitándose a señalar: “Se consume el delito cuando notificado el obligado, omite la prestación alimentaria”. Esta afirmación ha generado que algún sector de doctrina afirme que comparte el primer criterio de interpretación (Campana Valderrama 2002: 86);

teniendo como puntos de referencia: la “naturaleza jurídica de este delito” y “la especial forma de configuración”⁽⁴⁾, aspectos que tienen incidencia en la forma como opera la prescripción y en la resolución de la problemática de subsunción típica de las obligaciones alimentarias derivadas de una “conciliación homologada judicialmente” y de un “acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución”⁽⁵⁾. Todo ello con la finalidad de optar por la posición menos refutable y la que es más coherente desde el punto de vista dogmático y político criminal, de tal manera que explique de manera integral la forma como opera este delito, llenando así el vacío doctrinal existente en nuestro medio.

En tal contexto, ¿cómo debe interpretarse el elemento “resolución judicial” contenido en el tipo básico del Artículo 149º del Código Penal, como exigencia para la consumación del delito de incumplimiento de obli-

mientras que otro sector considere que se adhiere al segundo criterio de interpretación (Reyna Alfaro 2011: 200).

(4) Este aspecto es fundamental para abordar adecuadamente la problemática planteada. Siguiendo las ideas de Torres Gonzales (2010: 59), la especial configuración hace referencia a que “esto origina que cada liquidación de alimentos devengados da origen a un nuevo delito, una investigación y proceso distintos”, “en la práctica apreciamos que cada liquidación de los devengados motiva una nueva denuncia y es visto como un delito independiente”, “los incumplimientos responden a una diversidad de manifestaciones de la voluntad del sujeto dando lugar a una responsabilidad punitiva independiente” y que “este delito tiene una característica especial, que viene dado por las liquidaciones que fraccionan los tiempos. Toda denuncia por este delito se realiza previa liquidación de las cuotas dejadas de pagar, de modo que en cada denuncia siempre subsiste un periodo que comprende varios meses impagos. Sin embargo, cabe hacer una precisión, y es que dado el carácter peculiar del delito [...] su culminación puede darse de una manera distinta de los otros ilícitos, puesto que normalmente en los delitos permanentes la situación antijurídica que se mantiene en el tiempo cesa [...] por la propia decisión del autor o por causas extremas; empero en el delito que comentamos concurre una situación especial que delimita el cese de esta situación delictiva para convertirlo posteriormente en un nuevo delito en el caso de que persista e incumplimiento, y esto es la *denuncia penal*, porque a partir de ese entonces la persistencia del incumplimiento será visto como otro delito”.

(5) La problemática de subsunción típica de este tipo de obligaciones hace referencia a la posibilidad de plantear su adecuación o no al delito materia de análisis, atendiendo a que su origen no se encuentra en una “resolución judicial”, sino en un consenso de las partes. Es por ello que, al momento de definir cuál de los criterios debe asumirse, es necesario también observar este “aspecto de incidencia”. Incluso en el Primer Encuentro de Jueces de Paz Letrado de Junín, se abordó de manera directa la problemática de las obligaciones derivadas de un “acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución”. <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/1d228e804cdc9001931c6e/DOC.PDF?MOD=AJPERES&CACHEID=1d228e804cdc9001931c6e> (consultada el 18 de abril de 2013). Con más detalle, véase el ítem II.

gación alimentaria, teniendo en cuenta su naturaleza jurídica y su especial forma de configuración?

En el presente artículo, demostraremos que debe asumirse el primer criterio de interpretación, teniendo en cuenta los aspectos antes referidos. Para ello, utilizaremos el método dogmático⁽⁶⁾, el que nos servirá para el análisis del elemento “resolución judicial” contenido en el tipo básico del Artículo 149º del Código Penal, a través de los distintos criterios de interpretación: literal, lógica, sistemática y teleológica de dicha norma, para plantear cuál es el criterio de interpretación que debe asumirse.

II. Resultados y discusión de la investigación

Sobre la forma de contrastación de nuestra aseveración, siguiendo los postulados del profesor Manuel Atienza⁽⁷⁾, la elección de tal o cual criterio de interpretación la hacemos teniendo en cuenta los efectos o las “consecuencias” prácticas que acarrea. Luego en la discusión de los argumentos, brindamos razones no sólo basándonos en dichas consecuencias, sino tomando como punto de partida el texto de la ley.

En primer lugar, someteremos a prueba el segundo criterio de interpretación, destacando los problemas prácticos que genera –aspectos de incidencia– y discutiendo críticamente los argumentos vertidos por la doctri-

(6) Cfr. Zaffaroni (1998: 161-173). Siguiendo las reflexiones del profesor Muñoz Conde (2001: 212): “La dogmática juridicopenal [...] trata de averiguar el contenido de las normas penales, sus presupuestos, sus consecuencias, de delimitar los hechos punibles de los impunes [...] En este sentido [...] cumple una de las más importantes funciones que tiene encomendada la actividad jurídica en general en un Estado de Derecho: la de garantizar los derechos fundamentales de los individuos frente al poder arbitrario del Estado”.

(7) Esta forma de proceder y razonar, se basa en el consejo 8, desarrollado por el profesor Manuel Atienza (2008), en su trabajo titulado: “Diez consejos para escribir un buen trabajo de dogmática”, el cual expresa: “8. No obstante, muchos pseudoproblemas –especialmente, si han sido con asiduidad objeto de reflexión dogmática– pueden esconder un problema genuino que se pone al descubierto cuando se lo objeta desde el ángulo adecuado. Por ejemplo, cuando lo que esté en cuestión sea la ‘naturaleza jurídica’ de la institución X, no enfoque el problema como si se tratara de descubrir la ‘verdadera esencia’ de X. Por el contrario, comience por indagar qué consecuencias tendría el que a X se le califique de Y o de Z, luego trate de justificar por qué es preferible un tipo de consecuencias a otro. Cuando haya hecho esto último, habrá resuelto ya el problema de la naturaleza jurídica de X”. <http://proiure.org.pe/articulos/tesis3.pdf> (consultada el 18 de abril de 2013).

na y jurisprudencia. Este mismo procedimiento seguiremos con el primer criterio de interpretación.

2.1. Segundo criterio de interpretación

Según este criterio, el término “resolución judicial” hace referencia a la sentencia firme emitida en el proceso de alimentos, por lo que el delito se consumaría cuando se omite cumplir el mandato contenido en esta resolución. Dentro de esta posición, algunos consideran que además es necesaria la concurrencia de un requisito de procedibilidad.

En este orden de ideas, si asumimos esta posición, existen dos opciones: a) considerar que el delito de incumplimiento de obligación alimentaria es de naturaleza instantánea de efectos permanentes⁽⁸⁾; o, b) que se trata de un delito de naturaleza permanente. A las cuales hay que verificar si son compatibles o no con la especial forma de configuración de este delito. Veamos.

2.1.1. Si el delito fuese de naturaleza instantánea de efectos permanentes

a. Naturaleza instantánea de efectos permanentes con requisito de procedibilidad

Si esto fuese así, el delito se consumaría cuando la sentencia firme es notificada al obligado para que cumpla con pagar los alimentos y éste hace caso omiso; mientras que el requerimiento de pago, bajo apercibimiento de remitir copia al Ministerio Público, sería el requisito de procedibilidad. Empero, esta posición genera los siguientes problemas prácticos: a) No explica cómo operaría la prescripción de la acción penal, cuando transcurre un tiempo considerable entre la consumación –sentencia firme– y el requisito de procedibilidad. En otras palabras, como existe requisito de procedibilidad, en el supuesto que el agraviado quiera liquidar un periodo de 3 años de alimentos devengados, la acción penal ya habrá prescrito, siendo todas las liquidaciones posteriores “incobrables”; y, b) Las obligaciones alimentarias, derivadas de una “conciliación homologada judicialmente” y de un “acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución” no se subsumirían dentro de los alcances del tipo penal 149, ya que en ninguno de

⁽⁸⁾ Además, descartamos la naturaleza solamente instantánea del delito *sub materia*, pues no puede negarse que este delito genera un estado antijurídico de cierta duración.

estos supuestos el origen de la obligación se encuentra en una resolución judicial, sino en un acuerdo de partes⁽⁹⁾.

Esta “opción” no es compatible con la especial configuración, pues es contraproducente que una liquidación dependa de una resolución judicial que necesariamente prescribirá.

Este razonamiento no ha sido respaldado por la doctrina ni la jurisprudencia. Sin embargo, era necesario descartar esta posibilidad como alternativa de interpretación.

b. Naturaleza instantánea de efectos permanentes sin requisito de procedibilidad

El delito se consumaría cuando la sentencia firme es notificada al obligado para que cumpla con pagar los alimentos y éste hace caso omiso, no exigiéndose requisito adicional para incoar la acción penal. No obstante, esta posición genera los siguientes problemas prácticos: a) No explica cómo operaría la prescripción de la acción penal, en periodos superiores a los 3 años después de emitida la sentencia firme; pues el delito ya no podría ser perseguido en mérito a la prescripción, lo cual nos parece absurdo; y, b) Por las razones mencionadas en el anterior criterio, tampoco las obligaciones alimentarias, derivadas de una “conciliación homologada judicialmente” y de un “acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución”, se subsumirían en el tipo penal 149.

⁽⁹⁾ Según este razonamiento, solamente las personas, cuyo proceso haya culminado con una sentencia –y ante la omisión de pago del obligado de los alimentos devengados–, tendrían la facultad de acudir a la vía penal la cual además tendría éxito, ya que la conducta del omitente se configuraría dentro de los alcances del tipo penal. Mientras que aquellos, cuyo proceso culmina en virtud a una conciliación entre las partes la cual es homologada por el Juez, ante la omisión de pago del obligado, tendrían la facultad de acudir a la vía penal; sin embargo, la misma debería ser rechazada o se podría cuestionar mediante excepción de improcedencia de acción, pues esta conducta del omitente –que no se distingue de las primeras– no se adecuaría a los alcances del tipo penal 149^o del Código Penal; pese a encontrarse bajo la misma situación jurídica. Lo que genera desigualdades infundadas, lo cual nos parece irracional. Del mismo modo, en atención a que si la ley promueve alternativas de solución de conflicto, no es racional que cuando exista incumplimiento de los acuerdos de la DEMUNA –que por cierto tienen mérito ejecutivo– y se acuda a un proceso de ejecución donde se le va a requerir mediante “resolución judicial” el pago, no sean protegidos por la ley penal; mientras que solamente los que inician su proceso de alimentos donde se obtiene “sólo” sentencia firme, sí. Esta situación, del mismo modo, genera desigualdades infundadas.

A nuestro entender, esta “opción” no se compatibiliza con la especial configuración, pues para este criterio ni siquiera es necesario realizar la liquidación de pensiones devengadas.

Este razonamiento ha sido respaldado por parte de la doctrina y la jurisprudencia. Discutamos críticamente sus postulados.

Respecto a la consumación, Reyna Alfaro (2011: 199-200) precisa que “*no hay que confundir el momento consumativo de la conducta con la posibilidad de incoar la acción penal y que en este delito no se requiere más que el incumplimiento de la obligación alimenticia para que el afectado pueda incoar la respectiva acción penal*”; no obstante, no explica los problemas prácticos que genera su posición, y lo que es más, no se evidencian los argumentos por los cuales llega a esta conclusión. Sobre la naturaleza de este delito, señala que “*se adhiere a la tesis que considera el delito en comento, como uno de consumación instantánea*” (ídem). No obstante, tampoco se advierten los argumentos de tal aseveración.

En definitiva, esta opinión doctrinal aborda el tema de la naturaleza instantánea del delito materia de análisis; sin embargo, no toma en cuenta la especial forma de configuración ni aborda la problemática de subsunción típica de las obligaciones alimentarias, derivadas de una “conciliación homologada judicialmente” y de un “acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución”.

Por otro lado, en cuanto a la jurisprudencia, la Corte Suprema, en la Casación N° 02–2010-Lambayeque (considerando octavo) antes reseñada, también se ha pronunciado al respecto, inclinándose a favor de este criterio; empero, no aborda el tema de la naturaleza de este delito ni el tema de la prescripción de la acción penal, restándole importancia al tema. Y lo que es más, tampoco toma en cuenta la especial forma de configuración ni aborda la problemática de subsunción típica de las obligaciones alimentarias derivadas, de una “conciliación homologada judicialmente” y de un “acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución”.

2.1.2. Si el delito fuese de naturaleza permanente

a. Naturaleza permanente con requisito de procedibilidad

El delito se consumaría cuando la sentencia firme es notificada al obligado para que cumpla con pagar los alimentos y este hace caso omiso, extendiéndose la consumación hasta que el obligado cumpla con el pago; existiendo un requisito de procedibilidad previo que cumplir.

No obstante, esta posición genera los siguientes problemas prácticos: a) La objeción de la “prescripción irrazonable”, pues mientras el obligado no pague, el delito seguirá consumándose; pudiendo extenderse hasta antes de los 20 años aproximadamente (Artículo 80° del Código Penal). Siguiendo una argumentación ejemplificativa, en el supuesto de que exista una sentencia firme del año 2000, y luego de un año 2001 se practica la liquidación respectiva, la cual es requerida bajo apercibimiento y el obligado no cumple con el pago respectivo. En la presunción de que el obligado no pueda ser ubicado o conociendo no se presente al proceso, puede ser perseguido, por ejemplo, hasta el año 2021. Este razonamiento vulnera el derecho del denunciado a ser investigado, procesado y sentenciado dentro de un plazo razonable. Incluso se vulneraría el principio de proporcionalidad, pues se estaría equiparando la prescripción de este delito con la de los delitos más graves; y, b) Al igual que la posición anterior, y por las mismas razones, también serían atípicas las obligaciones alimenticias, derivadas de una “conciliación homologada judicialmente” y de un “acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución”. Esta “opción” no es compatible con la especial configuración, pues en el caso de existir varias liquidaciones, todas ellas subsistirían mientras el obligado no pague, obviando que cada liquidación da origen a un nuevo delito que es independiente de la anterior.

Este último razonamiento ha sido seguido por gran parte de la doctrina, por lo que realicemos un análisis crítico de sus argumentos.

Sobre el requisito de procedibilidad. El argumento central de Salinas Siccha (2005: 395-396), Campana Valderrama (2002: 86), Peña Cabrera Freyre (2010b: 453); y, Torres Gonzales (2010: 59), es que habría que distinguir entre consumación y requisito de procedibilidad. Sin embargo, este

argumento es rebatible, por lo siguiente: **i)** El supuesto requisito de procedibilidad estaría regulado en el artículo 566-A⁽¹⁰⁾ del Código Procesal Civil. Del propio texto se infiere que la ley procesal civil no señala “expresamente” que sea este el requisito de procedibilidad que deba cumplirse en este delito, tal como la doctrina en materia procesal exige para ser considerado como tal⁽¹¹⁾. Esta norma simplemente prescribe que el “acto” de notificar al obligado con el requerimiento expreso de remitir copias al Ministerio Público, sustituye a la “interposición de la denuncia”, eso y nada más; **ii)** El elemento del tipo penal “resolución judicial” es un elemento normativo de valoración jurídica, por lo que su contenido necesita de otras normas para interpretarla correctamente, y estas normas son las procesales civiles. Por lo que, interpretando sistemáticamente la norma penal (artículo 149) con la citada norma procesal civil (artículo 566-A), el elemento “resolución judicial” hace referencia al “auto” que contiene el requerimiento de pago, bajo apercibimiento de remitir copias al Ministerio Público; y, **iii)** Desde una perspectiva procesal, este ilícito penal es un delito de persecución pública, por ende, si el delito se consumaría con el mero incumplimiento de la sentencia firme, el juez debería remitir copias de oficio al Ministerio Público. Sin embargo, ello no es así, porque simplemente no existe delito configurado todavía hasta ese momento, sino que es necesario que se cumpla con este trámite y dentro del cual recién se consumará este ilícito.

Sobre su naturaleza jurídica. Salinas Siccha (2005: 391), Campana Valderrama (2001: 86) y Torres Gonzales (2010: 59), sostienen que el delito sería de naturaleza permanente, pues la omisión de cumplir la resolución que obliga pasar una pensión alimenticia mensual y, por adelantado, se produce y permanece en el tiempo, sin intervalo, siendo el caso que tal estado de permanencia concluye cuando el obligado, voluntariamente decide acatar la orden judicial. A nuestro criterio, el delito no es de naturaleza permanente, por lo siguiente: **i)** Si una persona cumple su pena y no efectúa

⁽¹⁰⁾ **Artículo 566-A.- Apercibimiento y remisión al Fiscal.** “Si el obligado, luego de haber sido notificado para la ejecución de sentencia firme, no cumple con el pago de los alimentos, el Juez, a pedido de parte y previo requerimiento a la parte demandada bajo apercibimiento expreso, remitirá copia certificada de la liquidación de las pensiones devengadas y de las resoluciones respectivas al Fiscal Provincial Penal de Turno, a fin de que proceda con arreglo a sus atribuciones. Dicho acto sustituye el trámite de interposición de denuncia penal.”

⁽¹¹⁾ En otros, véase Sánchez Velarde (2004: 335) y Cubas Villanueva (2009: 109).

el pago correspondiente, entonces se llegaría al absurdo de sostener que pese a que el obligado ya cumplió su condena sin pagar, el delito persiste. Además, el propio tipo penal 149 hace referencia al término “sin perjuicio de cumplir el mandato judicial”, ello quiere decir que el pago es independiente de la consumación del tipo que se produce en un solo instante. **ii)** El verbo rector del tipo penal 149 es “omitir” el mandato contenido en la resolución judicial y nada más, no se describe ninguna acción complementaria que sugiera la permanencia.

Este ilícito debe ser considerado como un delito instantáneo de efectos permanentes⁽¹²⁾, pues en el delito *sub materia*, la acción que lo consuma se perfecciona en un solo momento y ello viene determinado por la acción consumatoria definida en la ley mediante el verbo rector “omitir”. Asimismo, tiene esta naturaleza, ya que son los efectos del delito los que son permanentes, mas no el delito.

Respecto a la prescripción. Campana Valderrama (ídem) señala que mientras el obligado “no haga efectivo el pago” el “delito no prescribe”. Este razonamiento nos parece errado, pues se mantiene la objeción de la “prescripción irrazonable” y vulnera el principio de proporcionalidad. Torres Gonzales (ídem) expresa que “es un delito permanente” y que “se consume desde el momento en que el inculpado incumple la obligación”; sin embargo, cuando desarrolla el tema de la prescripción –para salvar la objeción de la “prescripción irrazonable”– se ve obligado a aceptar que la permanencia “se extiende hasta el momento en que se inicia otra denuncia penal por una nueva liquidación o se ejecuta el pago”.

Este razonamiento es parcialmente errado, pues si el obligado ejecutó el pago, no existe inconveniente en afirmar que ha cesado la acción antijurídica como lo admite mayoritariamente la doctrina; sin embargo, no tiene sustento la afirmación de que la permanencia también cesaría cuando se inicia otra denuncia penal. Siendo ello así, la objeción de la “prescripción irrazonable” no puede ser explicada convincentemente. Si bien es verdad, toma en cuenta la especial configuración, nosotros utilizamos esta categoría para llegar a conclusiones totalmente distintas.

⁽¹²⁾ Categoría jurídica reconocida por la doctrina más autorizada en la materia, entre otros: Soler (1963: 160); Fontán Balestra (1966: 461); y, Goldstein (1978: 211).

b. Naturaleza permanente sin requisito de procedibilidad

El delito se consumaría cuando el obligado omite cumplir el mandato contenido en la sentencia firme, extendiéndose la consumación hasta que el obligado cumpla con el pago correspondiente, no existiendo requisito de procedibilidad previo que cumplir.

No obstante, esta posición genera los siguientes problemas prácticos:

- a) Se mantiene la objeción de la “prescripción irrazonable”.
- b) Al igual que la posición anterior, y por las mismas razones, también serían atípicas las obligaciones alimenticias, derivadas de una “conciliación homologada judicialmente” y de un “acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución”.

Esta “opción” ni siquiera toma en cuenta la especial configuración de este delito. Este razonamiento ha sido seguido tan sólo por la doctrina; por lo que realicemos un análisis crítico de sus postulados.

Sobre la consumación, naturaleza del delito y prescripción. La afirmación de que “el delito se consuma con el incumplimiento por parte del agente de la prestación alimenticia impuesta en resolución judicial a favor del beneficiado y que no es necesario que se cumpla requisito de procedibilidad alguno” (Gálvez Villegas y Rojas León 2012: 1124) genera el absurdo de considerar que ante varios meses impagos se deben generar sendas investigaciones y procesos penales independientes. Respecto al tema de la naturaleza permanente y forma de prescripción de este delito, reiteramos la crítica de la “prescripción irrazonable”.

Sobre el requisito de procedibilidad. Coincidimos con Gálvez Villegas & Rojas León⁽¹³⁾ de que “este delito no existe requisito de procedibilidad alguno”; sin embargo, discrepamos de la precisión de su momento consumativo.

En definitiva, este criterio de interpretación con sus distintas posibilidades (naturaleza permanente e instantánea), no toma en cuenta o no es compatible con la especial configuración; y, lo que es más, bajo esta perspectiva se considerarían atípicas las conductas derivadas, de una “conciliación

⁽¹³⁾ Ídem, pp. 1114-1115.

homologada judicialmente” y las que emanan de un “acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución”. Siendo ello así, este criterio no es el que debe asumirse.

2.2. Primer criterio de interpretación

Este criterio señala que el término “resolución judicial” hace referencia al “auto” que contiene el apercibimiento de remitirse copias al Ministerio Público y que contiene la liquidación de pensiones devengadas, por lo que el delito se consuma cuando vence el plazo que otorga dicha resolución judicial sin que el obligado cumpla el requerimiento judicial. Para este criterio, no existe requisito de procedibilidad.

Si asumimos esta posición, existen dos opciones: a) considerar que el delito de incumplimiento de obligación alimentaria es de naturaleza instantánea de efectos permanentes; o, b) que se trata de un delito de naturaleza permanente. A las cuales hay que verificar si son compatibles o no con la especial forma de configuración de este delito.

2.2.1. Si el delito fuese de naturaleza permanente

El delito se consumaría cuando el “auto” que contiene el apercibimiento es notificado al obligado y este hace caso omiso, y se extendería hasta que el obligado cumpla con el pago correspondiente. Sin embargo, esta posición no explica adecuadamente los problemas prácticos advertidos en las anteriores opiniones.

Este razonamiento no ha sido seguido por la doctrina ni la jurisprudencia. No obstante, era necesario descartar esta posibilidad como alternativa de interpretación.

2.2.2. Si el delito fuese de naturaleza instantánea de efectos permanentes

Ahora bien, si se trataría de un delito de naturaleza instantánea con efectos permanentes, el delito se **consumaría** cuando el sujeto agente omite cumplir el mandato contenido en el “auto” que requiere pago de las pensiones devengadas, bajo apercibimiento de remitirse copias al Ministerio Público. Esta es la posición que debe asumirse y que creemos explica de manera integral el delito materia de estudio. Veamos por qué.

Sobre el tema de la **prescripción** de la acción penal, si se considera que es un delito instantáneo “con efectos permanentes”, el plazo de la prescripción se computará a partir de que el sujeto activo omita el mandato establecido en el “auto” que contiene el apercibimiento de remitir copias al Ministerio Público, por lo que se tendrá a lo mucho 4 años y medio para juzgar al sujeto que presuntamente ha cometido este delito; siendo ello así, no se vulnera los derechos del obligado a ser investigado, procesado y sentenciado dentro de un plazo razonable, ni mucho menos se afecta el principio de proporcionalidad.

Además esta interpretación toma en cuenta la “**especial forma de configuración**” de este delito, pues cada liquidación que se practique con su respectivo apercibimiento, generará delitos y procesos autónomos, y en consecuencia, la prescripción de liquidaciones independientes. Por lo que será razonable que el investigado, cuando no pueda ser sentenciado dentro del plazo de ley, haga uso de la prescripción, lo cual por cierto no significa que puedan practicarse liquidaciones futuras, o en todo caso, efectuar el cobro de los devengados en la vía civil.

Respecto a la **problemática de subsunción típica** de las obligaciones alimentarias, derivadas de una “conciliación homologada judicialmente” o de un “acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución”, también resuelve estas problemáticas, pues si se considera que el término “resolución judicial” hace referencia al “auto” que contiene el requerimiento de pago, no existe inconveniente en afirmar la tipicidad de ambas conductas, pues en ambas hipótesis se deberá requerir el pago también mediante un “auto” de esta naturaleza, no generando desigualdades infundadas.

Esta posición –la cual creemos debe asumirse– ha sido abordada por la jurisprudencia y sobre todo por Plenos Jurisdiccionales; por lo que analicemos críticamente sus argumentos, con la finalidad de rescatar los correctos y desechar los errados.

Respecto a la consumación

La jurisprudencia⁽¹⁴⁾ ha sido contundente al señalar que el delito se consuma al momento de vencer el plazo de requerimiento judicial del pago

⁽¹⁴⁾ Véase, nota al pie n° 3.

de las pensiones alimenticias devengadas, que fue notificado al encausado, bajo apercibimiento de ser denunciado penalmente; sin embargo, no se advierten los argumentos por los cuales se llega a esta conclusión, por lo que no es posible realizar el análisis crítico correspondiente, aunque, constituye un gran aporte en términos de argumentos interpretativos, lo resuelto en el Exp. N° 6473-97-Lima, donde se expresó:

*La sentencia judicial no se ejecuta por sí sola, sino mediando resolución conminatoria, con mayor razón en los procesos de alimentos en los que la alimentista puede optar entre el embargo y la amenaza punitiva; tales conceptos deben asistir en la interpretación del artículo 149 del Código Penal: no basta la existencia de una sentencia fijando una pensión alimenticia y el presumido incumplimiento para que proceda ipso facto la denuncia por omisión de asistencia familiar, sino que además debe constatar la presencia de una **resolución judicial conminatoria bajo apercibimiento de acción punitiva**, dicho de otra manera, que exista requerimiento expreso bajo apercibimiento de ser denunciado por el ilícito mencionado (Estudio Oré Guardia 2011: 14)⁽¹⁵⁾.*

Nosotros consideramos acertado este razonamiento, pues permite engarzar las cuestiones civiles con las penales. En otras palabras, esta interpretación –primer criterio y naturaleza instantánea del delito– es más acorde con el principio de última ratio del Derecho penal, pues permite entender que solamente cuando se han agotado las vías previas, recién se puede acudir a la vía penal. Además debe tomarse en cuenta que la calidad del apercibimiento en materia civil y la consumación del delito, hace que sea el punto de encuentro entre estas dos ramas del derecho, tal como sugiere la jurisprudencia citada.

Como se evidencia, si bien es verdad toma una posición clara a favor del primer criterio de interpretación, se pronuncia sobre la naturaleza jurídica de este delito y desarrolla el tema de la prescripción; no obstante, omite referirse a la especial forma de configuración de este delito y tampoco aborda la problemática de subsunción típica de las obligaciones alimentarias, derivadas de una “conciliación homologada judicialmente” y de un “acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución”.

⁽¹⁵⁾ Los énfasis son nuestros.

Ante la relativa falencia argumental en el ámbito jurisprudencial, analicemos lo expuesto en los Plenos Jurisdiccionales desarrollados al respecto.

2.2.3. Análisis crítico de los Plenos Jurisdiccionales

En primer lugar, tenemos al Pleno Jurisdiccional Penal Nacional Ica – 1998⁽¹⁶⁾, en el cual el tema 2 titulado “Delitos continuados, delitos permanentes y delitos instantáneos. Modificación de la ley penal en el tiempo y prescripción de la acción”, aborda de manera genérica la clasificación de los delitos, y luego se pronuncia respecto a la naturaleza del delito de incumplimiento de obligación alimentaria.

Así, se precisa:

“PRIMERO.- Por unanimidad, declarar que los hechos consumados en un solo acto deben reputarse como delitos instantáneos, independientemente de la permanencia en el tiempo que puedan mostrar sus efectos. Debe estimarse el hecho como delito continuado si él consiste en varias infracciones a la ley que responden a una única resolución criminal fraccionada en su ejecución. SEGUNDO.- Por unanimidad, declarar que sólo debe estimarse el hecho como un delito permanente si, producida la consumación, ésta se mantiene en el tiempo durante un período cuya duración está puesta bajo la esfera de dominio del agente. [...] SEXTO.- Por treintiún votos contra trece, que los delitos de resistencia a la autoridad y los delitos de omisión a la asistencia familiar deben ser reputados como instantáneos de efectos permanentes”⁽¹⁷⁾.

Como se evidencia hasta aquí, consideramos acertada la clasificación de los tipos de delitos; sin embargo, el propio pleno nos da cuenta de que el delito de omisión a la asistencia familiar (incumplimiento de obligación alimentaria) fue considerado como un delito instantáneo, pero con efectos permanentes, pero “no se evidencian las razones por las cuales se le consideró como tal”. Además, omite hacer referencia a la especial forma de

⁽¹⁶⁾ Disponible en http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/186b8a8046d47648a3fba344013c2be7/Presentacion_plenosj+C+6.+5.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=186b8a8046d47648a3fba344013c2be7 (consultada el 17 de octubre de 2012).

⁽¹⁷⁾ Comisión de magistrados del Pleno Jurisdiccional Penal: Dr. Hugo Príncipe Trujillo, presidente; Dr. José Antonio Neyra Flores; Dra. María Zavala Valladares; Dr. Víctor Prado Saldarriaga.

configuración de este delito y a la problemática de subsunción típica de las obligaciones alimentarias, derivadas de una “conciliación homologada judicialmente” y de un “acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución”.

Respecto a la crítica esbozada por Cayro (2011: 109), quien señala que “este acuerdo no es vinculante, pues en ninguno de sus considerandos cita fuentes, esto es, amparo doctrinario o jurisprudencial”, consideramos que es acertada. Sin embargo, estamos demostrando que este es el criterio de interpretación que debe asumirse, con base no sólo jurisprudencial sino también doctrinal⁽¹⁸⁾. En relación a la crítica de Torres Gonzales (2010: 53) en el sentido de que en “estos acuerdos plenarios no se desarrollan, lamentablemente, los criterios por los que se arriba a dicha conclusión, apareciendo solo algunos fundamentos muy escuetos”. Ello es correcto, empero ello puede reputarse sólo de algunos de ellos, más no de todos – sobre todo a partir del Pleno Jurisdiccional Penal-Huancavelica 2008–, como evidenciaremos en su oportunidad. Respecto de lo expresado por Salinas Siccha (2005: 412), de que:

“(…) este acuerdo confunde los conceptos y ha originado la emisión de resoluciones judiciales que lesionan el valor de la justicia, toda vez que los procesos judiciales de omisión de asistencia familiar iniciados están finalizando con la declaración de la prescripción de la acción penal sin que el obligado haya llegado a cumplir realmente su obligación.”

Como ya lo demostramos, en este delito no existe requisito de procedibilidad y la interpretación se debe realizar teniendo en cuenta los requerimientos del propio texto del tipo penal y el aporte de la doctrina. Respecto a que se lesionaría “el valor de la justicia”, debemos refutar señalando que el fundamento de la prescripción de la acción penal no se encuentra en razones de este tipo (valor de la justicia), sino en que el Estado tiene un poder de tal intensidad (“imponer una prisión” consiste en encerrar a un ser humano), que “implica siempre un peligro potencial sobre la dignidad de las personas, y un Estado de Derecho debe procurar al mínimo las posibilidades de afectar esa dignidad” (Binder 1993: 130). Por ende, estos argumentos no son convincentes.

⁽¹⁸⁾ Véase nota al pie n° 13.

En segundo lugar, en el Pleno Jurisdiccional Distrital Penal-Corte Superior de Justicia de Amazonas, celebrado el 6 y 20 de julio de 2007⁽¹⁹⁾, se abordó el siguiente tema: “¿Cuál es el inicio del plazo de prescripción en el delito de omisión de asistencia familiar?”

En este Pleno se desarrollaron los siguientes argumentos:

“PRIMERO: Siendo el delito de omisión de asistencia familiar de comisión instantánea con efecto permanente, ya que se consume desde el día en que se incumple vencido el plazo de requerimiento para el pago de la reparación alimentaria (liquidación de pensión alimentaria devengada y aprobada), bajo apercibimiento de remitirse copias certificadas al Ministerio Público; independientemente de que sus efectos de incumplimiento permanezcan mientras no se verifique el pago total de la deuda; **SEGUNDO:** El cómputo del plazo de prescripción de la acción penal se inicia desde el incumplimiento de la obligación alimentaria, es decir, desde el día siguiente de vencido el plazo de requerimiento de pago, con el apercibimiento indicado en el punto anterior; **TERCERO:** El delito de omisión de asistencia familiar es un delito que de acuerdo a nuestra legislación vigente [...] prescribe en todo caso, a los 4 años y medio de consumado el delito, en aplicación de la prescripción extraordinaria o extensa, de acuerdo al fundamento de las conclusiones precedentes.”

Nosotros compartimos los citados argumentos, pues una cosa es la consumación del delito y otra muy distinta sus efectos, lo cual como ya demostramos, tiene además respaldo doctrinal. Asimismo, es acertada la precisión de la forma como opera la prescripción de la acción penal. Sin embargo, no se toma en cuenta la especial configuración de este delito ni se aborda la problemática de subsunción típica de las obligaciones alimentarias derivadas de una “conciliación homologada judicialmente” y de un “acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución”.

⁽¹⁹⁾ Disponible en <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/2da6c7804e9119b7b859fec478d96957/Plenos+Jurisdiccionales+CR.pdf?MOD=AJPERES> (consultada el 24 de junio de 2013).

En tercer lugar, en el Pleno Jurisdiccional Distrital Penal-Corte Superior de Justicia de Arequipa⁽²⁰⁾, celebrado 14 de diciembre de 2007, se abordó el siguiente tema “Prescripción de la acción penal en los delitos de omisión a la asistencia familiar”, en el cual se desarrollaron los siguientes argumentos:

“Considerando que el delito de omisión a la asistencia familiar es un delito instantáneo, la problemática se sustentó básicamente en la diferencia de esos conceptos, ¿qué es un delito instantáneo, continuado o permanente? Para lo cual se recurrió a lo que se estableció en el Pleno Jurisdiccional de Ica en 1998 [...]. Los magistrados que han votado por esta tesis por mayoría, consideran que el delito de omisión a la asistencia familiar se consume luego de vencido el plazo del requerimiento judicial, dictado bajo apercibimiento de denuncia penal por el delito indicado; este requerimiento y el plazo concedido no sólo tiene como objeto que el obligado se motive en la norma, sino que además de persistir su conducta omisiva se habrán producido todos los elementos que configuran el delito. La doctrina señala que los delitos de omisión propia, entre ellos el que es materia de esta ponencia, se fundamentan en vulnerar una norma de mandato, en este caso, el pago de una obligación alimentaria. Igualmente existe consenso en la calificación de este delito, los de omisión propia son delitos de actividad y sin resultado, entonces si son conductas que vulneran una norma de mandato, son delitos de actividad y sin resultado, la consumación se produce al vencimiento del requerimiento judicial [...]. Por UNANIMIDAD: El delito de omisión de asistencia es un delito instantáneo y prescribe.”

Respecto al momento consumativo, dicha aseveración nos parece atinada, pues hace referencia al argumento de la motivación con la norma, lo cual tendrá lugar cuando se le requiera al obligado, bajo apercibimiento, destacando además la conducta persistente del obligado, situación que determinará la intervención del Derecho penal.

⁽²⁰⁾ Disponible en <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/2da6c7804e9119b7b859fec478d96957/Plenos+Jurisdiccionales+CR.pdf?MOD=AJPERES> (consultada el 15 de junio de 2013).

A nuestro criterio, en este pleno se aborda el tema de la naturaleza del delito y la prescripción, sin embargo, se omite la referencia a la especial forma de configuración de este delito y la problemática de subsunción típica de las obligaciones alimentarias derivadas de una “conciliación homologada judicialmente” y de un “acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución”.

En cuarto lugar, en el Primer Pleno Jurisdiccional Penal - Huancavelica 2008⁽²¹⁾, al abordarse el Tema I, titulado “¿Se da posibilidad de la prescripción de la acción penal en el delito de omisión de asistencia familiar?”, se desarrollaron las siguientes posiciones:

“Primera Posición: *La prescripción de la acción penal en el delito de omisión de asistencia familiar, procede, y, se computa a partir del día siguiente de vencido el plazo de requerimiento para el pago de las pensiones devengadas, bajo apercibimiento de remitirse copias del Ministerio Público.*
Fundamento. *El delito de omisión a la asistencia familiar es un delito instantáneo con efecto permanente. Se consuma luego de vencido el plazo de requerimiento judicial dictado bajo apercibimiento de denuncia penal por el delito indicado. Conforme al artículo 80 y 83 in fine y artículo 149 del Código Penal, en concordancia con el artículo 5 del Código de Procedimientos Penales prescribe en todo caso, a los cuatro años y medio de consumado el delito, en aplicación de la prescripción extraordinaria. Un proceso penal no puede convertirse en interminable, dado que afectaría derechos fundamentales consagrados constitucionalmente y reconocidos en los Pactos del cual nuestro país es parte suscriptor”.*

El argumento del “proceso interminable”, que nosotros hemos llamado “prescripción irrazonable”, nos parece medular; aunque, no sería tanto “interminable”, pues según las reglas generales de la prescripción, prescribiría a los 20 años, lo que además como demostramos no es proporcional.

Por otro lado, este Pleno Jurisdiccional nos da cuenta de la posición contraria señalado lo siguiente:

⁽²¹⁾ Disponible en <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/4613930043eb784294a6d74684c6236a/PlenoDistPenalHuancavelica2008220310.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=4613930043eb784294a6d74684c6236a> (consultada el 3 de febrero de 2013).

“Segunda posición. *La prescripción de la acción penal en el delito de omisión a la asistencia familiar, procede, y, se computa a partir del momento en que se haga efectivo el pago de la obligación alimentaria.* **Fundamento.** *Es un delito de peligro y permanente, en consideración a que su consumación se mantiene en el tiempo y en aplicación del interés superior del niño y el adolescente, por cuanto, se deja a los menores alimentistas sin recursos y medios necesarios para su subsistencia. Es más con la no prescripción se busca evitar la impunidad. Para que opere la prescripción debe computarse su inicio a partir del momento en que el obligado cumple con su obligación alimentaria” (ídem).*

El argumento siguiente: “Es un delito de peligro y permanente, en consideración a que su consumación se mantiene en el tiempo y en aplicación del interés superior del niño y el adolescente, por cuanto, se deja a los menores alimentistas sin recursos y medios necesarios para su subsistencia”, nos parece incorrecto, pues la naturaleza del delito se determina por los alcances que nos brinda el tipo penal y la doctrina, nada tienen que ver en su determinación “el interés superior del niño y el adolescente”. Respecto a que “se deja a los menores alimentistas sin recursos y medios necesarios para su subsistencia”, tampoco nos parece convincente, pues este mismo razonamiento nos podría llevar a concluir, por ejemplo, en un caso de homicidio “simple”, donde se ha victimado a una persona que ha dejado prole, debería ser considerado como delito permanente, pues se ha dejado a la prole del ofendido “sin recursos y medios necesarios para su subsistencia”, lo cual resulta absurdo.

Luego del debate correspondiente en tres grupos de trabajo, en la votación, por 16 votos a favor de la primera posición en contra de 02 votos a favor de la segunda, adoptó por mayoría la postura que enuncia lo siguiente:

“La prescripción de la acción penal en el delito de Omisión de Asistencia Familiar, procede, y, se computa a partir del día siguiente de vencido el plazo de requerimiento para el pago de las pensiones devengadas, bajo apercibimiento de remitirse copias al Ministerio Público.”

Estimamos acertada esta conclusión, con la observación realizada al denominado “proceso interminable”. En todo caso, a pesar de que desarrolla el tema del momento consumativo, la naturaleza del delito y la prescripción, omite en su análisis la consideración de la especial configuración de

este delito y no se aborda la problemática de subsunción típica de las obligaciones alimentarias, derivadas de una “conciliación homologada judicialmente” y de un “acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución”.

Por último, tenemos el Pleno Jurisdiccional Distrital Penal 2010, Corte Superior de Justicia de Lima⁽²²⁾, celebrado el 9 de julio de 2010, en el cual, en su tema I – Omisión a la Asistencia Familiar – ¿El tipo penal de omisión a la asistencia familiar es un delito instantáneo o continuado?, se aborda de manera directa la naturaleza jurídica y la forma como opera la prescripción de la acción penal. En este acuerdo, se presentaron dos ponencias o posiciones, y se formaron 5 grupos de trabajo.

Así, respecto de las ponencias o posiciones:

“Primera Ponencia: Algunos consideran el delito de Omisión a la Asistencia Familiar como un delito instantáneo, siendo que para su configuración es suficiente que se incumpla una sola orden judicial de pago de pensión alimenticia, computándose el plazo de prescripción de la acción penal, desde el vencimiento del requerimiento judicial. **Segunda Ponencia:** Otros consideran el delito de Omisión a la Asistencia Familiar como un delito continuado, por la omisión reiterada al cumplimiento de la orden judicial, por lo que el plazo para el cómputo de la prescripción deberá computarse desde el día en que terminó la actividad delictuosa, y traerá como consecuencia que el juzgador incremente un tercio de la pena máxima para el delito más grave”.

De estas posiciones, se advierte claramente la pugna entre la consideración del delito en estudio, como instantáneo o como continuado (“naturaleza jurídica”). No obstante, los argumentos se encuentran desarrollados en los grupos de trabajo.

En el Grupo N° 1, se señaló:

“La señora relatora manifestó que el grupo por UNANIMIDAD votó por la primera ponencia, señalando que el delito de omisión de asistencia fami-

⁽²²⁾ Disponible en <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/5e69058045952e719261d67db27bf086/14.PDF?MOD=AJPERES&CACHEID=5e69058045952e719261d67db27bf086> (consultada el 26.06.2013).

liar se configura cuando el agente omite cumplir con su obligación alimentaria establecida por resolución judicial y requerida bajo apercibimiento de ser denunciado por el citado delito: requerimiento que importa un requisito de procedibilidad indispensable para la configuración del tipo penal.”

Consideramos que este argumento es errado parcialmente, pues, por un lado, se señala certeramente el momento de la consumación de este delito; no obstante, más adelante, se agrega que el requerimiento importa un requisito de procedibilidad indispensable para la configuración del tipo penal. Este último razonamiento es errado desde el punto dogmático, pues los requisitos de procedibilidad no afectan la configuración del delito sino su persecución⁽²³⁾.

En el Grupo N° 2, se dejó sentado lo siguiente:

“El señor magistrado Egavil Abad señaló que el grupo por MAYORÍA votó por la primera ponencia, fundamentando su posición en que el delito de Omisión a la Asistencia Familiar se configura a partir de la fecha del requerimiento de pago en el Proceso Civil”.

Consideramos totalmente acertada la afirmación de que este delito se configura a partir de la fecha del requerimiento de pago en el proceso civil; sin embargo, no se advierten las razones o fundamentos que respalden dicha aseveración.

En el Grupo N° 3, se expresó:

“La señora magistrado Susana Ynés Castañeda Otsu, expresó que por MAYORÍA se votó a favor de la primera ponencia. El fundamento para arribar a la conclusión de que el delito de Omisión a la Asistencia familiar debería entenderse como delito instantáneo, se sustenta en el bien jurídico tutelado, pues si hay una orden de pago y un plazo para efectuar dicho pago y este no es cumplido por el infractor,

⁽²³⁾ Como acertadamente se ha precisado: “La ausencia de una condición objetiva de procedibilidad no tiene más efecto, con relación al delito, que impedir el procedimiento, pero el hecho sigue siendo un ilícito penal”. GRÁNDEZ ODIAGA, José, *La posibilidad de causar perjuicio como elemento del tipo en el delito de falsedad documental material*. Tes. para obtener el título de abogado. Universidad Nacional de Cajamarca, Cajamarca, 2003, p. 103.

entonces se configura el tipo penal de Omisión de asistencia familiar, tal y cual se encuentra literalmente señalado en el Código Penal: en ese sentido, un nuevo hecho respecto a esta situación implicaría la comisión de un nuevo delito. Por tanto el plazo de prescripción de la acción penal se computaría a partir del vencimiento del requerimiento judicial del delito notificado al infractor”.

En este grupo de trabajo, se advierten claramente los argumentos por los cuales se adhieren a la primera ponencia, analicemos sus argumentos. La consideración de su naturaleza instantánea con base en el bien jurídico tutelado, nos parece acertada, pues si hay una orden de pago y un plazo para efectuar dicho pago dentro del cual el obligado no cumple, entonces se configura el tipo penal. No obstante, no es tan cierto que ello fluiría “tal cual” o “literalmente” del Código Penal, pues precisamente la amplitud del término “resolución judicial” ha dado lugar a interpretaciones disímiles. Por último, coincidimos plenamente con la afirmación de que “un nuevo hecho respecto a esta situación implicaría la comisión de un nuevo delito”, ya que implícitamente se estaría refiriendo a la “especial configuración de este delito”. Respecto de la prescripción de la acción penal, no discrepamos de su aserción.

El Grupo N° 4 opinó:

“(…) La señora magistrado relatora manifestó que el grupo por MAYORÍA votó a favor de la primera ponencia, bajo los argumentos que el delito de Omisión de Asistencia Familiar es instantáneo, puesto que la figura delictiva se configura no por el hecho de la omisión de alimentos, sino cuando se incumple una resolución judicial que requiere el cumplimiento de una asistencia, contra la misma persona y a favor del mismo alimenticio, el delito se configura cuando se incumple una decisión del juez que ya ha quedado firme”.

El razonamiento de este grupo nos parece confuso. Así, coincidimos en que el delito se configura no con el hecho de la omisión de alimentos sino cuando se incumple una resolución judicial que requiere el cumplimiento de una asistencia (“auto que contiene el apercibimiento”); sin embargo, la afirmación de que “el delito se configura cuando se incumple una decisión del juez que ya ha quedado firme”, nos deja cierta duda, pues no sabemos si se están refiriendo a la sentencia firme o a otra resolución “firme”.

En el Grupo N° 5, se dejó sentado lo siguiente:

“El señor magistrado relator señaló que por MAYORÍA se votó a favor de la primera ponencia, siendo el argumento que el delito de Omisión a la Asistencia Familiar es un delito instantáneo, porque para su configuración es suficiente que se incumpla una sola orden judicial de pago de pensión alimenticia, computándose el plazo de prescripción de la acción penal, desde el vencimiento del requerimiento judicial”.

Los argumentos vertidos por ese grupo respecto de la naturaleza instantánea del delito, nos parecen acertados, pues se entiende que la consumación del delito se da en un solo momento, el cual es cuando se incumple el requerimiento de pago bajo apercibimiento.

Finalmente, en este Pleno Jurisdiccional, luego del debate correspondiente, en la votación participaron 63 Magistrados encontrándose entre ellos Jueces Superiores, Jueces Especializados y Jueces Mixtos, cuyos resultados fueron los siguientes:

*“Primera ponencia: Total 52 votos. Segunda ponencia: Total 05 votos. Tercera posición, se considera un delito permanente: Total 06 votos. Abstenciones: Ninguna. Siendo la conclusión plenaria la siguiente: **CONCLUSIÓN PLENARIA:** El pleno adoptó por MAYORÍA la ponencia que enuncia lo siguiente: ‘Algunos consideran el delito de Omisión a la Asistencia Familiar como un delito instantáneo, siendo que para su configuración es suficiente que se incumpla una sola orden judicial de pago de pensión alimenticia, computándose el plazo de prescripción de la acción penal, desde el vencimiento del requerimiento judicial’.*

Como se advierte de este plenario distrital, aún persiste la opinión de la naturaleza permanente de este delito. Incluso paradójicamente es mayor a la consideración continuada del delito⁽²⁴⁾, aunque no se advierten los argumentos de tales posiciones; debiéndose recalcar que estas posiciones –como ya demostramos– generan problemas prácticos insalvables. Asimismo, podemos decir que este plenario, desarrolla el tema del momento con-

(24) La naturaleza continuada del delito conlleva a los mismos problemas prácticos ya explicados en los puntos precedentes.

sumativo, la naturaleza del delito y la prescripción, no obstante omite en su análisis la consideración de la especial configuración de este delito –a excepción del Grupo N° 3 de manera implícita– y no se aborda la problemática de subsunción típica de las obligaciones alimentarias, derivadas de una “conciliación homologada judicialmente” y de un “acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución”, aspectos que hemos abordado explícitamente en la presente investigación.

Respecto a la problemática de subsunción típica de las obligaciones derivadas de la ejecución de un “acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución”, tenemos que ha sido abordado de manera directa en el Primer encuentro de Jueces de Paz Letrado del Distrito de Junín⁽²⁵⁾, los cuales en sus conclusiones señalaron:

“Tema 7: ¿Las actas de DEMUNA en Proceso único de Ejecución, el requerimiento para el pago, puede ser bajo apercibimiento de ser denunciado por el delito de Omisión a la Asistencia Familiar? En el proceso único de ejecución de actas de conciliación realizadas en DEMUNA es posible requerir el pago bajo apercibimiento de remitirse copias certificadas, pues pese a que se trata de un proceso de ejecución, usualmente los demandados no tienen bienes para embargar en ejecución forzada, y la única forma de lograr el pago de las pensiones de alimentos es remitiendo copias al Ministerio Público para que se instaure el proceso por Omisión a la Asistencia Familiar. Es necesario señalar que el proceso de alimentos se ha considerado como uno de naturaleza no patrimonial, por su carácter humano y esencialmente tuitivo de los derechos de los alimentistas, por tanto, en este caso, debe aplicarse el último párrafo del artículo 690-C del Código Procesal Civil [...], siendo así, pese a que se trata de un proceso de ejecución cuyo apercibimiento sería el de iniciarse ejecución forzada, por su naturaleza especial, el juez puede adecuar el apercibimiento a remitir copias al Ministerio Público, pues es el único modo de lograr el cumplimiento del pago de los alimentos.”

⁽²⁵⁾ Disponible en <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/1d228e804cdc9001931cfa0711c6e/DOC.PDF?MOD=AJPERES&CACHEID=1d228e804cdc9001931cfa0711c6e> (consultada el 18 de abril de 2013).

Nosotros consideramos acertada esta conclusión, pues sólo así se puede entender la configuración típica de las conductas derivadas de este tipo de actas. Aunque es pertinente agregar que el proceso de alimentos es uno de naturaleza *sui generis* –lo cual por cierto, no significa negar su naturaleza personal, sino más bien, reconocer que realizando una interpretación de este tipo–, se puede resolver correctamente esta problemática.

En definitiva, habiendo destacado las razones por las cuales debe asumirse el primer criterio de interpretación y discutido críticamente los argumentos que la apoyan, ha llegado el momento de brindar las conclusiones a las cuales hemos arribado.

III. Conclusiones

- El elemento “resolución judicial” contenido en el tipo básico del artículo 149 del Código Penal, como exigencia para la consumación del delito de incumplimiento de obligación alimentaria; teniendo en cuenta su naturaleza jurídica y su especial forma de configuración, debe interpretarse como aquella que hace referencia a la resolución (auto) que contiene el requerimiento de pago de alimentos devengados, bajo apercibimiento de remitirse copias al Ministerio Público. En consecuencia, la consumación de este delito opera cuando vence el plazo que otorga dicho auto sin que el obligado cumpla el requerimiento judicial.
- Al afirmar que el delito se consuma cuando vence el plazo otorgado por que otorga la resolución (auto) que contiene el requerimiento de pago de alimentos devengados, bajo apercibimiento de remitirse copias al Ministerio Público; permite explicar cómo opera la prescripción de la acción penal, pues al considerarse que es un delito instantáneo “con efectos permanentes”, el plazo de la prescripción se computará a partir de que el sujeto activo omita el mandato establecido en dicho auto; por lo que se tendrá a lo mucho 4 años y medio para perseguir el delito. De esta manera no se vulneran los derechos del sujeto agente a ser investigado y juzgado dentro de un plazo razonable, ni mucho menos se afecta el principio de proporcionalidad.

- Al alegar que el delito se consuma cuando vence el plazo otorgado por la resolución (auto) que contiene el requerimiento de pago de alimentos devengados, bajo apercibimiento de remitirse copias al Ministerio Público; se toma en cuenta la “especial forma de configuración” de este delito, pues cada liquidación de pensiones devengadas da origen a un delito y proceso distintos. En tal sentido, cada liquidación que se practique con su respectivo apercibimiento, generará la prescripción de liquidaciones independientes. Por lo que será razonable que el investigado, cuando no pueda ser sentenciado dentro del plazo de ley, haga uso de la prescripción, lo cual por cierto no significa que haya prescrito en la vía civil.
- Al aseverar que el delito se consuma cuando vence el plazo otorgado por la resolución (auto) que contiene el requerimiento de pago de alimentos devengados, bajo apercibimiento de remitirse copias al Ministerio Público; permite explicar que la conducta del obligado, derivada de una “conciliación homologada judicialmente”, que omite cumplir el mandato contenido en dicha resolución judicial, se subsume en el tipo penal 149 del Código Penal; pues si se considera que dicho elemento del tipo hace referencia al precitado “auto”, en el caso de que se presentase este supuesto, el requerimiento de pago debe hacerse mediante una “resolución judicial” de esta naturaleza.
- Con base en lo desarrollado en el Primer Encuentro de Jueces de Paz Letrado del Distrito de Junín, al afirmar que el delito se consuma cuando vence el plazo otorgado por la resolución (auto) que contiene el requerimiento de pago de alimentos devengados, bajo apercibimiento de remitirse copias al Ministerio Público; permite explicar que la conducta del obligado, derivada un “acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución”, que omite cumplir el mandato contenido en dicha resolución judicial, también se subsume en el tipo penal 149 del Código Penal; ya que si se considera que dicho elemento del tipo hace referencia al precitado “auto”, en el caso de que se presentase este supuesto, el requerimiento de pago también debe hacerse mediante una “resolución judicial” de esta naturaleza.

IV. Lista de referencias

Libros:

- BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis y GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen, *Manual de Derecho Penal: Parte Especial*, Editorial San Marcos, 2ª ed., 1996.
- CAMPANA VALDERRAMA, Manuel M., *El delito de Omisión a la Asistencia Familiar*, Fondo Editorial Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2002.
- CUBAS VILLANUEVA, Víctor, *El nuevo proceso penal peruano. Teoría y práctica de su implementación*, Palestra editores, Lima, 2009.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, T. 1, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1966.
- GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino y ROJAS LEÓN, Ricardo César, *Derecho Penal. Parte Especial*, T. 1, Jurista Editores, Lima, 2012.
- GOLDSTEIN, Raúl, *Diccionario de derecho penal y criminología*, Astrea, Buenos Aires, 2ª ed. actualizada y ampliada, 1978.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al Derecho Penal*, Ibedef, Montevideo, 2001.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alfonso Raúl, *Derecho Penal: Parte Especial*, Editorial Idemsa, Lima, 2008.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alfonso Raúl, *Derecho Penal: Parte Especial*, T. 1, Editorial Idemsa, Lima, 2010.
- REYNA ALFARO, Luis Miguel, *Delitos contra la familia y violencia doméstica*, Jurista Editores, Lima, 2ª ed., 2011.
- SALINAS SICCHA, Ramiro, *Derecho Penal: Parte Especial*, Editorial Idemsa, Lima, 2005.
- SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Editorial Idemsa, Lima, 2004.
- SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino. Parte General*, T. 2, Buenos Aires, Tipografía Editora, 3ª ed., 1963.
- TORRES GONZÁLES, Eduardo, *El delito de omisión a la asistencia familiar*, Editorial Idemsa, Lima, 2010.

VILLA STEIN, Javier, *Derecho Penal: Parte Especial I-B*, Editorial San Marcos, Lima, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal: Parte General*, T. 1, Ediciones Jurídicas, Lima, 5ª ed., 1998.

Revistas

ATIENZA, Manuel, *Diez consejos para escribir un buen trabajo de dogmática*, 2008. [Documento WORD] extraído el 3 de agosto de 2012, actualizado el 6 de enero de 2014. <http://proiure.org.pe/articulos/tesis3.pdf>.

BINDER, Alberto M., “Prescripción de la acción penal: la secuela del juicio”, en *Justicia Penal y Estado de Derecho*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1993.

CAYRO CARI, Rubén, “¿Es la omisión a la asistencia familiar un delito instantáneo? Tendencias jurisprudenciales adversas a los derechos del niño y del adolescente”, en *Gaceta Penal y Procesal Penal* N° 22, abril 2011, pp. 107-11.

GRÁNDEZ ODIAGA, José, La posibilidad de causar perjuicio como elemento del tipo en el delito de falsedad documental material. Tes. para obtener el título de abogado. Universidad Nacional de Cajamarca, Cajamarca, Perú, 2003.

ORÉ GUARDIA ABOGADOS, *Boletín N° 13*, 2011. [Documento PDF] extraído el 3 de agosto de 2012, actualizado el 6 de septiembre de 2013. <http://www.oreguardia.com.pe/media/uploads/boletines/Boletin-13.pdf>

Sitios Web y documentos electrónicos:

Pleno Jurisdiccional Penal Nacional-Ica. 1998. [Documento PDF] http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/186b8a8046d47648a3fba344013c2be7/Presentacion_plenosj+C+6.+5.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=186b8a8046d47648a3fba344013c2be7 (consultada el 17.10.2012).

Pleno Jurisdiccional Distrital Penal- Corte Superior de Justicia de Amazonas. 2007. [Documento PDF] <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/2da6c7804e9119b7b859fec478d96957/Plenos+Jurisdiccionales+CR.pdf?MOD=AJPERES> (consultada el 24.06.2013).

Pleno Jurisdiccional Distrital Penal- Corte Superior de Justicia de Arequipa. 2007. [Documento PDF]

<http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/2da6c7804e9119b7b859fec478d96957/Plenos+Jurisdiccionales+CR.pdf?MOD=AJPERES> (consultada el 15.06.2013).

Primer Pleno Jurisdiccional Distrital Penal–Huancavelica. 2008. [Documento WORD] <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/4613930043eb784294a6d74684c6236a/PlenoDistPenalHuancavelica2008220310.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=4613930043eb784294a6d74684c6236a> (consultada el 03.02.2013).

Pleno Jurisdiccional Distrital Penal- Corte Superior de Justicia de Lima. 2010. [Documento PDF] <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/5e69058045952e719261d67db27bf086/14.PDF?MOD=AJPERES&CACHEID=5e69058045952e719261d67db27bf086> (consultada el 26.06.2013).

Primer Encuentro de Jueces de Paz Letrado del Distrito de Junín. 2011. [Documento PDF] <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/1d228e804cdc9001931cfffaf0711c6e/DOC.PDF?MOD=AJPERES&CACHEID=1d228e804cdc9001931cfffaf0711c6e> (consultada el 18.04.2013).

Derecho Tributario



La declaración jurada en el impuesto predial

LUIS CÉSPEDES PAISIG (*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Impuesto predial. III. Declaración jurada tributaria. IV. La declaración jurada en el impuesto predial. V. Actualización de valores del impuesto predial. 5.1. Concepto. 5.2. Objeción a la actualización de valores. 5.3. Efectos de las objeciones. VI. El exceso del Tribunal Fiscal: breve crítica a su pronunciamiento. VII. Conclusiones. VIII. Lista de referencias.

I. Introducción

Entre los meses de enero y febrero de cada año, la mayoría de Municipalidades Provinciales y Distritales se encuentran abocadas a notificar las declaraciones juradas mecanizadas del impuesto predial y del impuesto al patrimonio vehicular a los contribuyentes de dichos tributos que pertenecen a su jurisdicción.

Ello ha llevado a que los contribuyentes tanto del impuesto predial como del impuesto al patrimonio vehicular desconozcan su obligación de

(*) Abogado. Egresado de la Maestría en Tributación por la Universidad Nacional de Cajamarca. Docente en la cátedra de Derecho Tributario en la Universidad Nacional de Cajamarca y la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo. Funcionario del SAT CAJAMARCA.

presentar las declaraciones juradas por los referidos tributos, y por el contrario, esperan a que las Municipalidades les notifiquen las actualizaciones de valores o declaraciones juradas mecanizadas para poder cancelar sus obligaciones tributarias.

Sin embargo, es legítimo preguntarnos: ¿En qué casos surten efecto estas declaraciones juradas mecanizadas? ¿Qué consecuencias puede traer el que no hayan surtido efectos? ¿Qué puede hacer un contribuyente que no esté conforme con la información contenida en la declaración jurada mecanizada?, entre otras cuestiones.

El Tribunal Fiscal estableció un Precedente de Observancia Obligatoria, contenido en la Resolución del Tribunal Fiscal N° 17244-5-2010, de fecha 30 de diciembre de 2010, mediante el cual precisó el tratamiento que se debe dar a las declaraciones juradas mecanizadas; sin embargo, creemos que pudo haberse extralimitado y, con ello, generar un problema práctico a las diversas Municipalidades Provinciales y Distritales.

En el presente informe, se tratará de explicar en qué consiste la declaración jurada tributaria y específicamente la relacionada al impuesto predial. Así también se explicará lo concerniente a la actualización de valores de este tributo, haciendo una breve crítica al precedente dado por el Tribunal Fiscal. No pretendemos que ésta sea un opinión definitiva ni que zanje el tema; simplemente buscamos que los operadores del Derecho Tributario tengan un punto de partida para efectuar la discusión de este tema y otros que puedan plantearse a lo largo del presente trabajo que, por su extensión, no los tocará a profundidad.

II. Impuesto predial

El impuesto predial es un tributo que grava el valor de los predios urbanos o rústicos que un contribuyente posea dentro de una determinada jurisdicción distrital. Para efectos de este impuesto, la Ley de Tributación Municipal ha considerado como predios a los terrenos, incluidos aquellos que hubieran sido ganados al mar, a los ríos y a otros espejos de agua, así como a las instalaciones fijas y permanentes que constituyen partes integrantes de dichos predios, que no pudieran ser separadas sin alterar, deteriorar o destruir la edificación.

El impuesto predial es de periodicidad anual, y el pago al contado se puede efectuar hasta el último día hábil del mes de febrero; sin embargo, el pago puede efectuarse hasta en cuatro cuotas, las que vencen el último día hábil de los meses de febrero, mayo, agosto y noviembre.

Adicionalmente podemos enumerar otras características del impuesto predial (Soto Llerena 2010: 46), tales como que es de carácter **directo**, toda vez que afecta directamente la capacidad contributiva del titular de la propiedad del predio o la titularidad de un derecho real sobre éste. Así también es de carácter **municipal**, ello debido a que el impuesto es recaudado, administrado y fiscalizado por la Municipalidad Distrital donde se encuentre el predio. El indicar también que el impuesto predial es **real**, ya que para su cálculo se toma en cuenta las características del inmueble, su valúo, sin tomar en cuenta las condiciones personales del contribuyente. Es **capital**, debido a que al gravar los predios se grava el capital que éstos representan; y finalmente, señalaremos que es de carácter **progresivo**, pues se aplica una alícuota progresiva sobre la base imponible para determinar la cuantía del tributo.

Los sujetos pasivos del impuesto serán las personas que tengan la condición de propietario de un predio al 1 de enero del año en que corresponda la obligación, ya sean personas naturales o jurídicas; en consecuencia *“el hecho generador del tributo sería el Derecho de Propiedad del predio, convirtiéndolos en deudores por cuenta propia a favor de la Municipalidad donde se halla el o los predios afectos”* (Soto Llerena 2010: 51).

Se debe precisar que en caso se efectúe alguna transferencia de la propiedad sobre un inmueble, el adquirente asumirá la condición de sujeto pasivo del impuesto predial respecto del bien adquirido a partir del 1 de enero del año siguiente de producida la transferencia, claro está, si es que a esa fecha se encontraba como propietario; ya que de darse el caso que una persona adquiriera un predio y lo transfiera antes del 1 de enero del año siguiente, éste nunca habría sido sujeto pasivo del impuesto predial, no correspondiéndole pago alguno por dicho tributo.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que existen ciertas entidades que se encuentran inafectas al pago del impuesto predial; entre ellas tenemos al Gobierno Central, Regional y Municipal; los Gobiernos Extranjeros,

en condiciones de reciprocidad, las sociedades de beneficencia; las entidades religiosas; las entidades públicas destinadas a prestar servicios médicos asistenciales; el Cuerpo General de Bomberos; las Comunidades Campesinas y Nativas; las universidades y centros educativos; las concesiones en predios forestales; las organizaciones políticas, sindicales y de personas con discapacidad; los clubes departamentales; y, los predios declarados monumentos integrantes del patrimonio cultural.

Ahora, para que los predios de propiedad de las instituciones citadas en el párrafo anterior no estén afectos al pago del impuesto predial deben cumplir ciertos requisitos, los cuales no serán detallados por no corresponder al estudio que se desarrolla; únicamente se precisará que las instituciones cuyos predios se encuentran inafectos al pago del impuesto predial no tienen la obligación de presentar la declaración jurada anual, conforme lo ha establecido el propio Tribunal Fiscal mediante RTF N° 09533-11-2010, entre otras, en las que ha señalado que *“para que surja [la obligación de presentar declaración jurada], previamente se debe verificar si ha nacido la obligación tributaria, esto es, que haya ocurrido en la realidad el supuesto previsto en la norma; por lo que en el caso que el hecho no se encuentre comprendido en la norma, como sucede en la inafectación, no habrá nacido la obligación tributaria, y por ende no existe obligación de presentar declaración jurada alguna”*.

III. Declaración jurada tributaria

El deber de declarar es definido como el deber jurídico de cargo del administrado tributario y que es establecido legalmente, consistente en una manifestación de conocimiento sobre los datos, circunstancias y elementos, de hecho y de derecho –integrantes del hecho imponible– y que la administración necesita conocer para poder determinar el *an* y el *quantum* de la obligación tributaria (Fernández Pavés 1995: 95).

La declaración jurada es la manifestación de hechos comunicados a la Administración Tributaria, en la forma, lugar y plazo, establecidos previamente por una norma o por la propia Administración⁽¹⁾. Mediante esta

⁽¹⁾ Según el primer párrafo del artículo 88° del TUO del Código Tributario.

comunicación, el deudor tributario determina respecto de sí mismo una obligación tributaria, verificando la realización del hecho generador de la obligación tributaria, y señalando la base imponible y la cuantía del tributo⁽²⁾.

Esta declaración jurada puede no ser definitiva, ya que el deudor tributario se encuentra facultado para sustituirla o modificarla, de considerarlo necesario. Ambas figuras implican el cambio de la declaración jurada primigenia presentada por el deudor tributario, sólo que se denomina de una u otra forma dependiendo de la oportunidad en que el cambio sea efectuado. Así, si la declaración jurada es cambiada dentro del plazo para su presentación se estará hablando de una *declaración sustitutoria*; pero si es cambiada vencido el plazo para su presentación y dentro del plazo de prescripción, se tratará de una *declaración rectificatoria*.

Finalmente, se debe señalar que la declaración jurada sustitutoria surtirá efectos de manera inmediata con su sola presentación. Por el contrario, la declaración jurada rectificatoria surtirá efecto con su presentación siempre que determine una obligación tributaria igual o mayor a la determinada en la declaración rectificada; en cambio, si determina una obligación menor, surtirá efecto si en un plazo de 45 días hábiles la Administración no emite un pronunciamiento sobre la veracidad o exactitud de los datos consignados en ella⁽³⁾.

IV. La declaración jurada en el impuesto predial

El impuesto predial es un tributo cuya determinación corresponde ser efectuada por los contribuyentes mediante la presentación de una declaración jurada, que deberá realizarse en cualquiera de estos cuatro supuestos: a) anualmente hasta el último día hábil del mes de febrero, salvo que la Municipalidad correspondiente otorgue una prórroga; b) cuando se efectúe cualquier transferencia de dominio de un predio; c) cuando el predio sufra modificaciones en sus características que sobrepasen al valor de cinco unidades impositivas tributarias (5 UIT), en estos casos, la declaración jurada debe presentarse hasta el último día hábil del mes siguiente de producidos los

⁽²⁾ Al respecto se puede revisar el artículo 59° literal a) y el artículo 60° numeral 1) del TUO del Código Tributario.

⁽³⁾ Ver el numeral 88.2 del artículo 88° del TUO del Código Tributario.

hechos; y d) Cuando así lo establezca la Administración Tributaria para la generalidad de contribuyentes y dentro del plazo que determine para tal fin⁽⁴⁾.

Sin embargo, la norma ha establecido que las Municipalidades pueden emitir actualizaciones de valores de los predios de su jurisdicción, con lo cual estarían sustituyendo la obligación contemplada en el primer supuesto antes citado. Esta actualización de valores se entenderá como válida en caso que el contribuyente no la objete dentro del plazo establecido para el pago al contado del impuesto. Cabe señalar que el impuesto predial puede ser cancelado al contado hasta el último día hábil del mes de febrero de cada año.

Ello quiere decir que si bien los contribuyentes⁽⁵⁾ del impuesto predial se encuentran obligados a presentar anualmente la declaración determinativa de dicho tributo, las Municipalidades pueden liberarlos de esta obligación mediante la actualización de valores de los predios⁽⁶⁾ de los cuales son propietarios.

Así mismo, se entiende que respecto de las entidades inafectas al impuesto predial, las Municipalidades podrían optar por no efectuar la actualización de valores, y de ser el caso emitir y notificar las mismas, ya que como se señaló anteriormente, dichas entidades no se encuentran obligadas a presentar la declaración jurada por los predios de su propiedad.

V. Actualización de valores del impuesto predial

5.1. Concepto

Guillermo Bendezú (2012: 30) nos explica que *“La actualización de valores de predios urbanos y rústicos por la respectiva Municipalidad reemplaza la obligación de formular nueva declaración jurada en cada periodo anual. Se en-*

(4) Artículo 14° de la del TUO de la Ley de Tributación Municipal aprobado por Decreto Supremo N° 156-2004-EF.

(5) Téngase en cuenta que son contribuyentes del impuesto predial las personas, naturales o jurídicas, que al 1 de enero tengan la condición de propietarias de un predio, de conformidad con los artículos 9° y 10° de la LTM.

(6) Recuérdese que para efectos del impuesto predial se considera predios a los terrenos, incluyendo los terrenos ganados al mar, a los ríos y a otros espejos de agua, así como las edificaciones e instalaciones fijas y permanentes que constituyan partes integrantes de dichos predios, que no pudieran ser separadas sin alterar, deteriorar o destruir la Edificación; conforme al artículo 8° segundo párrafo del TUO de la Ley de Tributación Municipal.

tenderá como válida si acaso el contributor no la objetara dentro del plazo fijado para el abono al contado del impuesto predial”.

Esta actualización de valores de los predios por parte de las Municipalidades es conocida a nivel doctrinario como una *“Declaración Jurada Mecanizada”*, llamada comúnmente por los contribuyentes como *“Cuponera”*; sin embargo, el TUO de la Ley de Tributación Municipal no ha efectuado ninguna otra precisión respecto a esta Declaración Jurada Mecanizada; tales como desde cuándo surte efecto, cómo debe ser presentada la objeción, cuáles son los efectos de esta objeción, entre otras cosas. Es por ello que el Tribunal Fiscal se ha visto en la necesidad de realizar estas precisiones a través de un Precedente de Observancia Obligatoria, el cual se encuentra contenido en la Resolución N° 17244-5-2010, de fecha 30 de diciembre de 2010.

El Tribunal ha establecido que *“se ha creado una ficción legal mediante la cual se entiende que emitida y notificada la actualización de valores, el contribuyente ha cumplido con sus deberes de determinar y declarar pero condicionada a que no sea objetada al término del plazo para presentar [la declaración del impuesto predial]”*, por lo que será eficaz y válida, en tal caso, al vencimiento de dicho plazo.

Es decir que, *“con la notificación de la actualización de valores sólo hay una liquidación efectuada por la administración al contribuyente respecto de la determinación del impuesto a su cargo, y sólo en tanto éste no la objete al vencimiento del plazo para el pago al contado –denotando con ello su conformidad con dicha liquidación– recién surtirá efecto la sustitución ficticia antes anotada”*. Por lo tanto, la actualización de valores surtirá efecto desde el día siguiente del vencimiento del plazo establecido para el pago al contado, si es que el deudor tributario no la objeta antes de que esto ocurra.

5.2. Objeción a la actualización de valores

Hay que tener en cuenta que si bien el TUO de la Ley de Tributación Municipal señala que el impuesto predial puede ser cancelado al contado hasta el último día hábil del mes de febrero, fecha en que también vence el plazo para presentar la declaración jurada, igualmente ha establecido que la Municipalidad correspondiente puede prorrogar el plazo para la presentación de la referida declaración jurada. El TUO del Código Tributario ha regulado que el plazo para el pago de la deuda tributaria podrá ser prorrogado,

siempre y cuando se establezca de manera general⁽⁷⁾. En ese sentido, si se prorroga el plazo para la presentación de la declaración jurada, se entiende prorrogado el plazo para el pago al contado, ya que no sería factible pagar el impuesto predial al contado si es que previamente no se ha determinado y liquidado el tributo; debiendo entenderse también que la objeción de la actualización de valores se podrá presentar hasta el vencimiento de la prórroga establecida por la Municipalidad.

Ahora, si un contribuyente formula objeción contra la actualización de valores dentro del plazo en comento, logrará que ya no ocurra la sustitución establecida en la Ley de Tributación Municipal, encontrándose subsistente su deber de presentar su declaración jurada, en la forma y lugar establecido por la Administración. Otra consecuencia que acarrearía su objeción es que la Administración no podrá sustentarse en la actualización de valores para emitir una orden de pago.

El Tribunal Fiscal ha dejado sentado que ya que la Ley de Tributación Municipal *“no ha establecido mecanismo o formalidad alguna para presentar las referidas objeciones, por lo que los obligados podrán utilizar diferentes medios para ello sin que sea obligatorio el uso de un formato especial, de esta forma podrá considerarse válido incluso el empleo de una comunicación simple siempre que esté debidamente sustentada”*. Esto último es importante debido a que *“es preciso que las objeciones cuenten con los motivos y el sustento debido, por lo que no surtirán efectos aquellas que no indiquen de manera clara e inequívoca los argumentos en que se fundamentan, siendo que en este caso, continuará subsistiendo la actualización de valores emitida por la Administración”*.

En este punto, el Tribunal Fiscal ha hecho un desarrollo de las formas que puede utilizar un deudor tributario para objetar la actualización de valores emitida por la Administración, que serían las siguientes (Texto íntegro copiado de la RTF N° 17244-5-2010):

1. *Que sólo se presente un escrito fundamentado mediante el que se formule objeción a la actualización de valores emitida por la Administración:*

Si el contribuyente sólo presenta un escrito fundamentado por el que objeta la actualización de valores emitida por la administración, se enten-

⁽⁷⁾ Último párrafo del artículo 29°.

derá producida la objeción y neutralizada la actualización de valores, pero subsistirá la obligación de presentar la declaración jurada en la que se determine el impuesto dentro del plazo establecido por ley, [...] señalando la base imponible del tributo y su cuantía, considerando la forma y el lugar establecidos por la Administración [...]. Se precisa que si la Administración no ha previsto formalidad alguna para la presentación de la declaración mediante la que se determinará el tributo, se podrá usar cualquier forma siempre que se cumpla con verificar la realización del hecho imponible y que se señale la base imponible y la cuantía.

2. *Que conjuntamente con el escrito de objeción fundamentado se presente la declaración jurada determinativa del impuesto según las formalidades que han sido establecidas por la Administración:*

De presentarse dentro del plazo establecido, la objeción fundamentada conjuntamente con la declaración jurada anual determinativa de acuerdo con las formalidades que establezca la Administración, se entenderá producida la objeción y neutralizada la actualización de valores, y se habrá cumplido con los deberes formales de determinar y declarar el impuesto.

3. *Que sólo se presente la declaración jurada determinativa de acuerdo con las formalidades establecidas por la Administración Tributaria:*

Si el contribuyente opta por presentar dentro del plazo para el pago al contado únicamente la declaración jurada anual determinativa de acuerdo con las formalidades establecidas para dicho propósito por la Administración, se entenderá que esta declaración contiene de modo implícito la objeción a la actualización de valores emitida por la Administración, pues el contribuyente demuestra así la intención de formular por sí mismo la declaración que contiene la determinación del impuesto. En este caso, se entenderá cumplida la obligación de presentar la declaración jurada determinativa.

4. *Que sólo se presente una declaración jurada determinativa, pero sin observar las formalidades establecidas:*

En este supuesto, en el cual los obligados presentan una declaración jurada determinativa sin observar formalidad alguna y sin sustentar su objeción en un documento separado, pueden presentarse dos situaciones:

- Si la Administración no ha previsto que se deba cumplir alguna forma o condición, se tendrá por objetada la actualización de valor y se habrá cumplido con declarar el tributo [...]. De no señalarse de forma clara y sustentada la realización del hecho imponible, su base imponible y la cuantía del tributo, no se habrá cumplido la obligación de determinar el tributo.
- Si la Administración ha previsto formas y condiciones para la presentación de la declaración y éstas no son observadas, se entenderá que se ha objetado la actualización de valores en tanto se demuestre la intención del contribuyente de formular por sí mismo la declaración determinativa del impuesto, pero subsistirá la obligación de presentar dicha declaración en las formas y condiciones que se haya establecido dentro del plazo legal.

5.3. Efectos de las objeciones

Luego de estas precisiones se debe dejar en claro que si el contribuyente objeta la actualización de valores tendría vigente la obligación de presentar su declaración jurada determinativa del impuesto predial; por lo que si no cumple con presentarla hasta el último día hábil del mes de febrero o hasta el vencimiento de la prórroga, de existir, o la presenta sin observar la formalidad establecida y/o el lugar fijado por la Administración, sería pasible de la comisión de la infracción consistente en no presentar las declaraciones que contengan la determinación de la deuda tributaria dentro de los plazos establecidos⁽⁸⁾.

Otro punto importante a tomar en cuenta es el hecho que si el contribuyente no objetó la actualización de valores dentro del plazo establecido por ley, y desea modificar su declaración jurada determinativa, deberá presentar una declaración jurada rectificatoria, la que podrá ser presentada dentro del plazo de prescripción, ya que una vez vencido éste no se podrá presentar ningún tipo de declaración rectificatoria; asimismo se debe tener presente que esta declaración debe presentarse en la forma y condiciones establecidas por la Administración Tributaria.

⁽⁸⁾ Infracción tipificada en el numeral 1) del artículo 176° del TUO del Código Tributario que acarrea una multa equivalente al 50% de la UIT, de conformidad con la Tabla II de la misma norma.

Puede darse el caso de que un contribuyente presente un documento con el fin de objetar la actualización de valores emitida por la Administración, pero que lo haga vencido el plazo para presentar la declaración jurada del impuesto predial, y que su documento no pueda ser considerado como una declaración jurada rectificatoria. En este supuesto, el documento presentado no surtirá efecto alguno, ya que como señala el Tribunal Fiscal en la Resolución en comentario, *“la forma prevista por el ordenamiento para modificar los términos de una declaración cuando ha vencido el plazo para presentarla es a través de una declaración jurada rectificatoria”*.

Finalmente, el máximo órgano resolutor en materia tributaria ha considerado pertinente precisar el trámite que se le debe dar a las objeciones a la actualización de valores emitida por las Municipalidades; así ha establecido que como las mismas tienen *“por finalidad restar efecto a las actualizaciones de valores [...] a través de su cuestionamiento, las citadas objeciones no califican como solicitudes no contenciosas vinculadas a la determinación de la obligación tributaria”*.

Aquí es pertinente citar al profesor Ricardo Ochoa Martínez (2007: 613), en cuanto enseña que *“no debe confundirse a las solicitudes que originan al procedimiento no contencioso con la comunicación de un hecho a la Administración Tributaria pues en el primer caso el ordenamiento obliga a esta última a emitir un pronunciamiento mientras que en el segundo, si bien la comunicación puede estar prevista como un deber para el deudor, ello no exige pronunciamiento alguno por parte de la administración”*.

Recordemos que cuando un contribuyente presenta una declaración rectificatoria determinando un tributo menor al liquidado en su primigenia declaración determinativa, la Administración Tributaria se encuentra obligada a emitir un pronunciamiento, pues de no hacerlo en un plazo de 45 días hábiles, dicha declaración rectificatoria surtirá efecto.

No se debe confundir este pronunciamiento con el que emite la Administración a raíz de una solicitud no contenciosa, ya que en el primer caso, el pronunciamiento emitido no surge como consecuencia de una solicitud presentada por el contribuyente; sino que surge de una obligación y facultad que tiene la Administración Tributaria de poder fiscalizar o verificar la determinación de la obligación tributaria efectuada por el deudor tributario⁽⁹⁾.

⁽⁹⁾ El primer párrafo del artículo 61° del TUO del Código Tributario señala que *“La determinación de la obligación tributaria efectuada por el deudor tributario está sujeta a fiscalización”*.

En el caso de una solicitud no contenciosa el pronunciamiento se emite a fin de conceder o no lo solicitado por el contribuyente; tómesese en cuenta que *“Los procedimientos no contenciosos en materia tributaria se encuentran referidos a aquellos procedimientos en donde al iniciarse no importa un conflicto de intereses entre el contribuyente y la administración tributaria, sino que lo que persiguen los contribuyentes en estos casos es la emisión o realización de un acto administrativo destinado al reconocimiento de un derecho o el otorgamiento de una autorización”* (Palomar de Miguel 2000: 803).

Por otro lado, el citado Tribunal precisa que a las objeciones contra la actualización de valores no se les podría dar trámite de un recurso de reclamación, es decir, de un procedimiento contencioso, ya que para ello *“es menester que exista previamente un acto que de acuerdo a ley sea impugnabile, como es el caso de los actos emitidos por la Administración que son considerados reclamables [...], supuesto que no se configura en el presente caso [...], siendo que además dicha actualización no constituye un acto que en forma directa determine la deuda tributaria por parte de la Administración [...] sino que tiene por finalidad sustituir el deber de declarar y determinar la obligación tributaria de cargo del contribuyente a través de una ficción legal. En tal sentido, la objeción a la actualización de valores no puede calificar como un recurso de reclamación, por lo que no deberá ser tramitada en la vía del procedimiento contencioso tributario”*.

VI. El exceso del Tribunal Fiscal: breve crítica a su pronunciamiento

En nuestra opinión, todo lo desarrollado por el Tribunal Fiscal, referente a las objeciones contra las actualizaciones de valores del impuesto predial, es atinado y llena un vacío en la regulación efectuada por la Ley de Tributación Municipal; sin embargo, creemos que este Tribunal cometió un exceso al momento de señalar cuándo surten efecto las actualizaciones de valores del impuesto predial.

o verificación por la Administración Tributaria, la que podrá modificarla cuando constate la omisión o inexactitud en la información proporcionada, emitiendo la Resolución de Determinación, Orden de Pago o Resolución de Multa”.

Traigamos a colación lo que textualmente señaló el máximo Tribunal en materia tributaria: *“se ha creado una ficción legal mediante la cual se entiende que emitida y notificada la actualización de valores, el contribuyente ha cumplido con sus deberes de determinar y declarar pero condicionada a que no sea objetada al término del plazo para presentar [la declaración del impuesto predial]”*.

Del texto citado se advierte que el Tribunal Fiscal considera que para que la actualización de valores surta efectos deben ocurrir dos condiciones: la primera, que la misma haya sido emitida y notificada; y la segunda, que no haya sido objetada al término del plazo para presentar la declaración determinativa del impuesto predial.

Respecto al segundo requisito estamos conformes; únicamente se debe precisar que la objeción no debe ser efectuada dentro del plazo establecido para el pago al contado del impuesto predial.

Sin embargo, consideramos que el Tribunal Fiscal pecó al establecer que la actualización de valores debe ser emitida y notificada a fin de que se la pueda considerar como válida. Para ello recordemos qué es lo que dice el último párrafo del artículo 14º de la Ley de Tributación Municipal: *“La actualización de los valores de predios por las Municipalidades sustituye la obligación contemplada por el inciso a) del presente artículo⁽¹⁰⁾, y se entenderá como válida en caso que el contribuyente no la objete dentro del plazo establecido para el pago al contado del impuesto”*.

Como se advierte, la Ley no ha establecido como requisito que la actualización de valores deba ser notificada o comunicada a los contribuyentes; es más, ni siquiera ha establecido que la misma deba ser emitida; por ende, no se podría exigir a las Municipalidades que cumplan con estos requisitos a fin de que las actualizaciones de valores de los predios de su jurisdicción se consideren válidas o surtan efecto.

La cuarta disposición final del TUO de la Ley de Tributación Municipal ha establecido que *“Las Municipalidades que brinden el servicio de emisión mecanizada de actualización de valores, determinación de impuestos y de recibos*

⁽¹⁰⁾ El inciso a) indica que los contribuyentes del impuesto predial están obligados a presentar anualmente su declaración jurada hasta el último día hábil del mes de febrero, salvo que se establezca una prórroga.

de pago correspondientes, incluida su distribución a domicilio, quedan facultadas a cobrar por dichos servicios no más del 0.4% de la UIT vigente al 1 de enero de cada ejercicio, en cuyo caso esta valorización sustituye la obligación de presentación de declaraciones juradas”.

Véase que la Ley de Tributación Municipal habla de la **emisión y notificación** de la actualización de valores como un **servicio** que pueden prestar las Municipalidades, en cuyo caso las faculta para efectuar un cobro por el mismo; precisando que la valorización **sustituye la obligación de presentación de declaraciones juradas**. Nótese que ya no se refiere a la obligación contenida en el literal a) de su artículo 14º; sino que se refiere de manera genérica a las declaraciones juradas; y si consideramos que también habla de la emisión de **determinación de impuestos**, podríamos suponer que estas emisiones están referidas a las obligaciones contenidas en los literales b) y c) del artículo 14º, e incluso a los demás impuestos regulados en el TUO de la Ley de Tributación Municipal.

En ese sentido, se puede afirmar que la Ley de Tributación Municipal ha establecido que la emisión y notificación de las actualizaciones de valores del impuesto predial únicamente serán obligatorias cuando las Municipalidades deseen cobrar por dichos servicios; mas no como requisito para que las mismas surtan efecto. Ello implica que una vez que la Administración Tributaria actualiza en sus sistemas los valores de los predios de su jurisdicción, se entenderá sustituida la obligación de los contribuyentes de presentar su declaración jurada; posteriormente, la Administración estará facultada a notificar a los contribuyentes la actualización realizada; pudiendo cobrar por ese servicio y sin que exista un plazo para ello; ya que la ficción legal que sustituye la obligación de declarar ya acaeció.

Ello debe ser así, pues de lo contrario se podría estar generando un problema a las Administraciones Tributarias, impidiéndoles desarrollar de manera adecuada sus procedimientos. Supongamos que existen contribuyentes cuyos domicilios fiscales no son precisos, o se encuentran alejados⁽¹¹⁾

⁽¹¹⁾ Recordemos que según el artículo 11º del TUO del Código Tributario, el domicilio fiscal es el lugar fijado **dentro del territorio nacional** para todo efecto tributario; por lo que un contribuyente de la Municipalidad Provincial de Cajamarca podría fijar su domicilio fiscal, por ejemplo, en un distrito de Tacna, encontrándose la Municipalidad Provincial de Cajamarca obligada a notificarlo en dicho domicilio.

del ámbito de actuación de la Municipalidad que le pretende notificar la actualización de valores, y que por tales motivos no fue posible notificarles la referida actualización dentro del plazo.

La primera consecuencia generada es que dichos contribuyentes se encontrarían omisos a la declaración, correspondiéndoles una multa; por otra parte, la Administración no podría emitir una orden de pago, pues aún no existe un tributo autoliquidado⁽¹²⁾; encontrándose, por ende, limitada su facultad de cobro. En ese sentido debería iniciar un procedimiento de fiscalización a fin de determinar la obligación tributaria.

Sin embargo, este procedimiento de fiscalización debe ser minucioso, orientado principalmente a establecer las condiciones que tenía el predio al 1 de enero del año al que corresponda la determinación; buscando recopilar todos los medios probatorios que sustenten las condiciones determinadas. De no ser así, la Administración Tributaria podrá únicamente utilizar los resultados de su fiscalización para los ejercicios fiscales posteriores a la misma⁽¹³⁾. Lo que originaría que por el año en el que no se notificó la actualización de valores no exista una determinación certera practicada por la Administración, facultando al contribuyente a que presente una declaración incluso subvaluada.

Por otra parte, al no poder notificar personalmente las actualizaciones de valores, ¿la Municipalidad podía notificarlas mediante publicación? Es una pregunta válida, ya que si la Municipalidad no puede efectuar la notificación por mensajero o correo certificado por causas imputables al contribuyente, ¿se podría afirmar que se encuentra habilitada a efectuar la notificación por publicación?

⁽¹²⁾ En mérito al artículo 25º, numeral 25.2, de la Ley del Procedimiento de Ejecución Coactiva –Ley N° 26979– los Gobiernos Locales únicamente pueden emitir órdenes de pago en los casos establecidos en los numerales 1 y 3 del artículo 78º del TUO del Código Tributario, siendo que el primer supuesto está referido a la existencia de tributos autoliquidados.

⁽¹³⁾ Ello es así, ya que mediante Precedente de Observancia Obligatoria contenido en la Resolución N° 06592-11-2013, el Tribunal Fiscal ha establecido que **“los resultados de la fiscalización o verificación de un predio, para efectos del Impuesto Predial, no deben ser utilizados para determinar las condiciones que éste poseía antes de la realización de la inspección, toda vez que ello implicaría afirmar que tales condiciones se configuraron antes del 1 de enero de dicho año, fecha fijada por la ley de dicho impuesto para determinar la situación jurídica del contribuyente y de sus predios”.**

En primer lugar, revisemos qué establece el TUO del Código Tributario. Así el último párrafo del artículo 104º señala lo siguiente: *“El Tribunal Fiscal y las Administraciones Tributarias distintas a la SUNAT deberán efectuar la notificación mediante la publicación en el diario oficial o, en el diario de la localidad encargado de los avisos judiciales o en su defecto, en uno de mayor circulación de dicha localidad, cuando no haya sido posible efectuarla en el domicilio fiscal del deudor tributario por cualquier motivo imputable a éste. Dicha publicación deberá contener el nombre, denominación o razón social de la persona notificada, el número de RUC o número del documento de identidad que corresponda, la numeración del documento en el que consta el acto administrativo, así como la mención a su naturaleza, el tipo de tributo o multa, el monto de éstos y el período o el hecho gravado; así como las menciones a otros actos a que se refiere la notificación”*⁽¹⁴⁾.

En segundo lugar, debemos tener presente lo relacionado a la reserva tributaria; ya que el artículo 85º del TUO del Código Tributario ha establecido que **la base imponible, como cualquier dato relativo a la misma**, constituye información reservada y únicamente puede ser utilizada por la Administración Tributaria para el cumplimiento de sus fines.

Lo antes indicado impediría que se publiquen las actualizaciones de valores, toda vez que al constituir declaraciones juradas que contienen la determinación de la obligación tributaria, mínimamente se debería publicar la información señalada en el literal b) del artículo 59º del TUO del Código Tributario; a saber: a) La identificación del deudor tributario, b) La base imponible y c) La cuantía del tributo.

⁽¹⁴⁾ Este párrafo fue incorporado por el Artículo 24º del Decreto Legislativo N° 981, publicado el 15 de marzo de 2007; a fin de evitar que en estos casos las Administraciones Tributarias distintas a SUNAT utilicen la Ley del Procedimiento Administrativo General en lugar del Código Tributario; y regular, de alguna manera, lo que el Tribunal Fiscal había establecido como Precedente de Observancia Obligatoria en la RTF N° 3709-2-2005, del 15 de junio de 2005; al señalar que *“La forma de notificación regulada en el inciso e) del artículo 104º del Texto Único Ordenado del Código Tributario [...], así como la remisión contenida en el segundo párrafo del inciso f) del mismo artículo, sólo es aplicable a las notificaciones que efectúe la SUNAT. Las administraciones tributarias distintas a SUNAT deben observar lo establecido en la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, para notificar sus actos administrativos mediante publicación, incluyendo la remisión a dicha forma de notificación en caso que en el domicilio no se pudiera fijar el cedulón, ni dejar los documentos materia de notificación bajo la puerta, conforme con lo previsto en el segundo párrafo del inciso f) del artículo 104º del citado Código”*.

Una segunda pregunta sería la siguiente: Si al contribuyente no se le ha notificado válidamente la actualización de valores y éste paga el tributo, ¿se podría afirmar que operó la notificación tácita?

Respecto de este tipo de notificación, el artículo 104º del CT regula: *“Existe notificación tácita cuando no habiéndose verificado notificación alguna o ésta se hubiere realizado sin cumplir con los requisitos legales, la persona a quien ha debido notificarse una actuación efectúa cualquier acto o gestión que demuestre o suponga su conocimiento. Se considerará como fecha de la notificación aquella en que se practique el respectivo acto o gestión”*.

En ese sentido, si a un contribuyente no se le ha notificado su actualización de valores del impuesto predial, y éste voluntariamente se apersona a las oficinas de la Administración Tributaria y recaba un “estado de cuenta” en el que figura el monto de su deuda, y lo cancela, se podría afirmar que ¿con ese acto demuestra que tuvo conocimiento de la referida actualización?

Aquí cabrían dos posibilidades: la primera que el pago fuera efectuado con posterioridad al vencimiento del plazo para presentar la declaración jurada; y la segunda, que sea efectuado con anterioridad a dicho vencimiento.

A la luz de lo establecido por el Tribunal Fiscal, la respuesta a estas dos preguntas sería negativa. En el primer caso, por qué cae de maduro; ello debido a que la actualización de valores debería ser notificada dentro del plazo para presentar la declaración jurada; o lo que es lo mismo, efectuar el pago al contado; y como el pago, que podría acarrear la notificación tácita, se efectuó con posterioridad a esa fecha, la “notificación” de la actualización de valores no surtiría ningún efecto.

En el segundo caso, tampoco se podría afirmar que con el pago operó la notificación tácita de la actualización de valores, toda vez que el pago *“presupone la existencia de un crédito por suma líquida a favor del Estado. Esto a su vez significa que la obligación tributaria ya fue determinada, de tal manera que existe un crédito a favor del fisco, que el contribuyente se encuentra obligado a pagar [...]”*⁽¹⁵⁾.

⁽¹⁵⁾ ROBLES MORENO, Carmen del Pilar et al., *Código Tributario: Doctrina y Comentarios*, Instituto Pacífico, Lima, 2009, p. 145.

Y recordemos que la determinación de la obligación tributaria tendría que ser realizada por el deudor tributario, mediante una declaración; o por la Administración Tributaria, mediante una Resolución de Determinación; siendo que en el caso planteado no existiría ninguna de las dos.

Adicionalmente debemos tener presente que el Tribunal Fiscal ha establecido que los estados de cuenta o documentos análogos no son reclamables debido a que *“tiene[n] un carácter meramente informativo, sobre el cual la Administración Tributaria no puede exigir [...] el pago ni iniciar un procedimiento de cobranza coactiva”*⁽¹⁶⁾. Ello ratifica la opinión vertida respecto de que el pago efectuado con anterioridad del vencimiento del plazo para la presentación de la declaración jurada no convalida la notificación defectuosa o no practicada de la actualización de valores; toda vez que si el contribuyente efectúa en dicha ocasión un pago parcial, posteriormente la Administración no podría exigirle el pago de la parte restante sin que previamente haya determinado la obligación tributaria.

En ese sentido, si para que un contribuyente efectúe el pago de una obligación tributaria, ésta debe haber sido previamente determinada, ya que la misma no se determina con el solo pago, los pagos que efectúe el contribuyente sin que se le haya notificado la actualización de valores, devendrían en pagos indebidos, pues aún no se ha determinado la obligación tributaria a su cargo, pudiendo solicitarse su devolución.

Esta situación podría ser salvada si consideramos dichos pagos como “pagos anticipados”. Este tipo de pago es definido por el maestro Jorge Bravo Cucci (2010: 386) como *“aquel que se realiza antes de la existencia de una obligación tributaria. Siendo rigurosos, en el momento de realizarse no extingue la obligación tributaria, pues al momento de efectuarse, ella no existe”*. En ese sentido, una vez determinada la obligación tributaria, se debería proceder a imputar los pagos anticipados efectuados y requerir al deudor el pago de la diferencia, si es que la hubiera.

Por otra parte, al condicionar la efectividad de las actualizaciones de valores a su emisión y notificación, se está obligando a la Administración Tributaria a prestar ese servicio y, por ende, cargando a los contribuyentes

⁽¹⁶⁾ Criterio establecido en diversas RTF como la N° 09060-11-2010, entre otras.

con un costo adicional al momento de cumplir con el pago del impuesto predial a su cargo.

Sin embargo, como la condición para poder efectuar el cobro señalado es que se emita “y” notifique las actualizaciones de valores, la Municipalidad no podría cobrar por dichos servicios si es que únicamente ha emitido la actualización de valores, pero no la ha notificado de manera válida, ya sea por causas imputables al contribuyente o a la propia Administración. Si ha ocurrido esto, y el contribuyente efectúa el pago por este servicio, estaría realizando un pago indebido por el cual podría solicitar la devolución. Por el lado de la Administración, en cambio, se habría incurrido en un gasto que no podría ser recuperado.

Todos los problemas señalados de índole práctica, podrían ser evitados si es que se da la interpretación correcta, en nuestra opinión, al último **párrafo del artículo 14°** del TUO de la Ley de Tributación Municipal; y se considera que la sustitución de la obligación de presentar la declaración jurada del impuesto predial opera únicamente con la actualización de los valores de los predios en los sistemas de la Administración Tributaria, sin que para ello sea necesario emitir y notificar la citada actualización.

Finalmente, consideramos pertinente señalar que el presente trabajo únicamente ha estado centrado en lo concerniente al impuesto predial; sin embargo, todo lo vertido es aplicable también al impuesto al patrimonio vehicular, ya que en el artículo 34° de la LTM se ha establecido la misma ficción legal.

VII. Conclusiones

- Las actualizaciones de valores del impuesto predial sustituyen la obligación del contribuyente de presentar la declaración jurada anual por este tributo.
- Para que la actualización de valores surta efecto el contribuyente no deberá objetarla antes del plazo para el pago al contado del impuesto predial.
- Al no haberse establecido una formalidad para la presentación de las objeciones, éstas podrían tener la forma de escritos fundamentados y/o

de declaraciones juradas. En el primer caso, subsistirá la obligación de presentar la declaración jurada; mientras que en el segundo caso únicamente subsistirá tal obligación, si es que la Administración ha establecido formalidades para presentar la Declaración Jurada y el contribuyente no ha cumplido con las mismas.

- No se debería exigir a las Municipalidades que cumplan con la emisión y notificación de las actualizaciones de valores como condición a que las mismas surtan efectos; toda vez que tal procedimiento únicamente ha sido establecido como condición habilitante para el cobro por la prestación del servicio de emisión y notificación.

VIII. Lista de referencias

- ALFARO LIMAYA, Javier, *Tributación Municipal*, Entrelíneas S.R.L., Lima, 2011.
- BENDEZÚ NEYRA, Guillermo, *Legislación Especial sobre tributación Municipal*, Ffecat Editores, Lima, 2012.
- BRAVO CUCCI, Jorge, *Fundamentos de Derecho Tributario*, Jurista Editores, Lima, 2010.
- COSSÍO CARRASCO, Viviana, *Tributos Municipales*, Gaceta Jurídica, Lima, 2011.
- FERNÁNDEZ PAVÉS, María, *La Autoliquidación Tributaria*, Marcial Pons, Madrid, 1995.
- OCHOA MARTÍNEZ, Ricardo, “El procedimiento No Contencioso Tributario”, en *Manual de los Procedimientos y Procesos Tributarios*, Ara Editores, Lima, 2007.
- PALOMAR DE MIGUEL, Juan, *Diccionario para Juristas*, Tomo I, Ed. Porrúa, México, 1 ed., 2000.
- ROBLES MORENO, Carmen del Pilar *et al.*, *Código Tributario: Doctrina y Comentarios*, Instituto Pacífico, Lima, 2009.
- SOTO LLERENA, Valentín, *Tributación Municipal: Doctrina, Jurisprudencia y Casuística*, Lluvia Editores, Piura, 2010.
- ZOLEZZI MÖLLER, Armando, “Tributación Municipal”, en *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario* N° 20, junio 1991, pp. 59-70.

Cajamarca, febrero de 2014

Se terminó de imprimir en los talleres gráficos
de Editora y Librería Jurídica Grijley EIRL
ediciongrijley@gmail.com
en el mes de febrero de 2015.

