

REVISTA
QUAESTIO IURIS
Nº 5

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA



Universidad Nacional
de Cajamarca



Facultad de Derecho
y Ciencias Políticas

REVISTA
**QUAESTIO
IURIS**

AÑO IV - Nº 5 - 2017

Director:

Jorge Luis Salazar Soplapuco

Comité Editorial:

Cyntia Rudas Murga

Julio Villanueva Pastor

Luis Angel Rojas Torres

GRILEY



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

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

Dr. Jorge Luis Salazar Soplapuco
Decano

Mg. Julio Alejandro Villanueva Pastor
Director de la Escuela Académico Profesional de Derecho

Mg. Abg. José Pedro Cerdán Urbina
Director del Departamento Académico de Derecho

Mg. Sandra Verónica Manrique Urteaga
Directora de Unidad de Posgrado Derecho

Dra. María Ysabel Pimentel Tello
Director del Instituto de Investigación Jurídicas y Políticas, IIJUP.

Abg. Juan Carlos Miranda Rodríguez
Secretario Académico

Abg. Susy Rodríguez Rabines
Coordinadora del Consultorio Jurídico Gratuito

© 2017, Revista QUAESTIO IURIS • N° 5
© 2017, Universidad Nacional de Cajamarca
© 2017, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Av. Atahualpa N° 1050 - Edificio 4 f - 102
Ciudad Universitaria - Cajamarca - Perú
Telefax: 076-369293
e-mail: jorgeluisalazar@hotmail.com
© 2017, Editora Grijley

Diseño y diagramación e impresión:

Editora Grijley EIRL

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

T: (51-1) 337-5252

e-mail: elay_grijley@hotmail.com

www.grijley.com

**Hecho el Depósito Legal
en la Biblioteca Nacional del Perú
Registro N° 2016-12693**

Tiraje 1,000 ejemplares

® DERECHOS RESERVADOS

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio, sin autorización del director de la revista o sus autores.

Cajamarca - Perú

DOCENTES PRINCIPALES

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

Salazar Soplapuco, Jorge Luis
Villanueva Pastor, Julio Alejandro

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

Castañeda Sanchez, Magaly
Coronel, Adolfo
Chavez Rosero, Fernando
Gutierrez Roque, Walter
Lopez Nuñez, José Luis
Medina, María Anita
Pimentel Tello, María Isabel
Quispe Sanchez, Nepalí

Rubio Barboza, Eduar
Ruiz Bazan, Edgar
Tello Villanueva, Juan Carlos
Teresa Bazan, Teresa
Salazar Chavez, Homero
Valdivia Díaz, Franklin
Ventura Chilon, Andy
Villar Narro, Víctor Andrés

PERSONAL ADMINISTRATIVO

Melgar Alva, Maruja
Secretaria de Facultad

Isabel Arias Silva
Secretaria de Notas y Registros

Carmela Ramírez Herrera
Secretaria de Escuela Académica Profesional

CPC Rosa Chico
Asistente Administrativo

SERVICIOS DE BIBLIOTECA

Lic. Kathya Mantilla Moreno
Analí Bravo Ayay

PERSONAL DE MANTENIMIENTO

Moya Linares, Julio

Índice

Presentación rectoral	13
Editorial	15

Derecho Constitucional y Derechos Humanos

Efecto del contenido constitucionalmente protegido de la negociación y la convención colectiva en la práctica jurisdiccional Effect of constitutionally protected of the negotiation and the collective content in judicial practice LÓPEZ NÚÑEZ, José Luis	19
El derecho al agua potable y saneamiento en el Perú The right to drinking water and sanitation in Peru VILLAR NARRO, Víctor Andrés.....	39
El debido proceso como derecho fundamental procesal As a fundamental right to procedural due process TERÁN RAMÍREZ, Teresa Ysabel.....	55
El ministerio de salud tiene el deber de distribuir el anticonceptivo oral de emergencia a nivel nacional The ministry of health has the duty to distribute the oral contraceptive emergency nationwide SAR SUÁREZ, Omar Y MAVILA LEÓN, Rosa.....	69

Perspectiva constitucional de las dimensiones cautelares y autosatisfactivas de la tutela diferenciada, en el ámbito del derecho procesal civil peruano Constitutional perspective of the precautionary and self-satisfying dimensions of differentiated protection, in the area of peruvian civil procedural law ROJAS TORRES, Luis Ángel.....	85
Fundamentos jurídicos que justifican el uso del hábeas corpus en el derecho de familia Legal bases which justify the use of habeas corpus in family law CABANILLAS HERNÁNDEZ, Gilmer.....	99
Influencia de la Declaración de Virginia en la Declaración Francesa de derechos del hombre y del ciudadano. Los enfoques de los derechos Influence of the declaration of the Virginia declaration of rights of man and of the citizen french rights approaches SALAZAR SOPLAPUCO, Jorge Luis.....	115

Derecho Civil y Procesal Civil

Naturaleza jurídica de la imposibilidad de hacer vida en común como causal de divorcio Legal nature of the impossibility of making life in common as causal of divorce RUIZ BAZÁN, Edgar	147
Los punitive damages como instrumento disuasorio de conductas dañosas y de prevención de daños: algunos fundamentos para una responsabilidad civil renovada en el derecho civil peruano The punitive damages as a deterrent instrument damage prevention and harmful behaviors: some fundamentals for civil liability in the peruvian civil law DE LA CRUZ CHALÁN, Abelardo	155

La remisión, problemática frente a su reinvencción XXX AMAYA VALDERRAMA, María Jesús	185
Propuesta para un sistema de protección por responsabilidad civil en las prestaciones de servicios de los abogados Proposal for a system of protection for civil liability in the performance of services of lawyers PIMENTEL TELLO, María Isabel.....	199
La necesidad de regular el cese unilateral de la unión de hecho propia The need to regulate the unilateral ceasefire in fact own union COLORADO HUAMÁN, William	215
¿Se vulnera el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva con la exigencia establecida en el artículo 565º -a del código procesal civil peruano? Be violates the right to effective judicial protection with the requirement established in the article 565 º -a of the code of procedure civil peruvian? MANRIQUE URTEAGA, Sandra Verónica	229

Derecho Penal y Procesal Penal

Diferencias entre los delitos de trata de personas y tráfico ilícito de migrantes. Criterios que permitan la adecuada delimitación y aplicación de ambos tipos penales Differences between the crimes of trafficking in persons and illicit trafficking of migrants Criteria that allow the proper delimitation and implementation of both criminal ROJAS MONTOYA, Nakin Cristian	245
LA prueba de oficio en el Código Procesal Penal de 2004 The proof of office in the procedural penal code of 2004 SAUCEDO QUITO, Ivan.....	261

Fundamentación del carácter suspendido de la pena privativa de libertad para el delito de tenencia ilegal de arma de fuego	
Foundation of the character suspended custodial penalty of freedom for the crime of illegal possession of firearm	
ABANTO QUEVEDO, Mario Lohonel.....	293

Derecho Laboral y Procesal Laboral

Imposibilidad jurídica de la reducción de la remuneración pese al retiro de la confianza al trabajador calificado como tal	
Legal impossibility of reducing compensation despite the withdrawal of confidence to the worker qualified as such	
VALDIVIA DIAZ, Franklin.....	325

Investigación Jurídica

La idea de investigación jurídica	
The idea of legal research	
TANTALEÁN ODAR, Reynaldo Mario	345

Presentación rectoral

Me complace en esta oportunidad felicitar a los docentes, autoridades y estudiantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de nuestra Universidad por el esfuerzo investigativo que vienen realizando en la edición y publicación de la presente Revista Quaestio Iuris N° 5. Desde nuestra gestión rectoral seguiremos apoyando y promoviendo este esfuerzo académico e intelectual.

En las actuales circunstancias, las Universidades de todo el país, públicas y privadas, estamos inmersos en el proceso de licenciamiento y acreditación. Reto que ha sido planteado por la nueva Ley Universitaria, Ley N° 302020, y por los requerimientos del mercado laboral, las exigencias del desarrollo tecnológico, social, económico y político que requiere nuestra región y el país. Estamos seguros que este esfuerzo de investigación y de publicación está inmerso en este proceso.

La Universidad Nacional de Cajamarca en los últimos meses viene realizando un esfuerzo en el mejoramiento de los estándares de calidad del proceso de enseñanza-aprendizaje. Así, hemos aprobado nuestro Plan de Desarrollo Institucional, de igual forma se ha aprobado un plan de inversiones que conlleve al mejoramiento sustancial de las condiciones de infraestructura, de laboratorios y de aulas.

Nuestra gestión al frente de la UNC, seguirá contribuyendo al mejoramiento permanente de la calidad en la formación profesional, incentivando la investigación y la difusión de la producción académica e intelectual de todos los miembros de la comunidad universitaria.

Cajamarca, Perú, noviembre 2017.

Dr. Angelmiro Montoya Mestanza
Rector de la Universidad Nacional Cajamarca

Editorial

Decíamos algún tiempo atrás que, en el mundo universitario el que no investiga y publica no existe. Probablemente con esta frase querríamos llamar la atención sobre una verdad de Perogrullo, la universidad como institución se creó como un centro de creación del conocimiento, promotora de ideas, críticas, de invención y de formación profesional.

Entonces, la Universidad históricamente ha sido el centro de creación del conocimiento, forjadora del debate de ideas en torno a la ciencia, la tecnología el arte y la cultura en general. Mantener y reiterar constantemente ese fin último de la universidad es labor de los universitarios.

Coherente con ese llamado, los miembros de nuestra Facultad de Derecho y Ciencias Políticas han venido realizado una serie de investigaciones y publicaciones. Los docentes, estudiantes y graduados, han organizado y promovido publicaciones de boletines, de narraciones sobre literatura y derecho, la realización de concursos de investigación, entre otras actividades.

Pero, seamos sinceros, investigar y publicar, como la forma del ser universitario, requiere de un tremendo esfuerzo personal e institucional. No solamente el de contar con fuentes de información debidamente actualizadas y de trascendencia, además de contar con el tiempo debido en medio de tantas exigencias académicas e institucionales.

Por ello cuando la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNC, presenta el Número 5 de su Revista de Investigación Jurídica *Quaestio Iuris*, no solo refleja ese esfuerzo de sus docentes, de investigar

y publicar, sino el esfuerzo institucional de seguir bregando sin desmayar ni doblegarse ante la desidia y la indiferencia del Estado frente a la investigación.

En ese sentido, queremos agradecer y reconocer la dedicación de los docentes, egresados y profesionales del Derecho que colaboran en este número de *Quaestio Iuris*, redactando y exponiendo al debate público ensayos, artículos y opiniones en materia constitucional, civil, penal, laboral y de investigación.

Cajamarca, Perú, Noviembre de 2017

Dr. Jorge Luis Salazar Soplapuco
Director de la Revista *Quaestio Iuris*.

Derecho Constitucional y Derechos Humanos



Efecto del contenido constitucionalmente protegido de la negociación y la convención colectiva en la práctica jurisdiccional

Effect of constitutionally protected of the negotiation and the collective content in judicial practice

LÓPEZ NÚÑEZ, José Luis(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Acerca de la negociación colectiva. 2.1. Una mirada a su construcción histórica. 2.2. ¿Cómo ha sido reconocida la negociación colectiva en el Derecho Internacional? 2.3. Compatibilidad con el Derecho Constitucional e infra-constitucional. III. Problemas de Aplicación. IV. Conclusiones. V. Lista de Referencias.

Resumen: El presente artículo trata sobre la delimitación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la negociación y convención colectiva en el ordenamiento jurídico nacional. El análisis se inicia con el tratamiento de su reconocimiento a nivel internacional,

(*) Abogado egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca; Maestro en Ciencias con mención en Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Escuela de Post Grado de la Universidad Nacional de Cajamarca. Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y de la Escuela de Post Grado de la Universidad Nacional de Cajamarca.

el contenido que se le reconoce, la suscripción, ratificación y aprobación como parte del ordenamiento constitucional nacional y, finalmente, su desarrollo a nivel legal e infra-legal. Una vez delimitado su contenido, se pretende contrastar el mismo con la aplicación que se le otorga en sede jurisdiccional, a fin de corroborar su corrección.

Palabras clave: Contenido esencial. Negociación colectiva. Relaciones colectivas de trabajo. OIT.

Abstract: *This article is about the delimitation of constitutionally protected content the right to negotiation and collective Convention in the national legal system. The analysis begins with the treatment of their recognition at international level, content that is recognized, the signing, ratification and approval as part of the constitutional national and, finally, its development at the legal level and below-legal. Once delimited its content, is intended to contrast it with the application that is granted in judicial office, in order to verify its correctness.*

Key words: *Essential content. Collective bargaining. Collective labour relations. ILO.*

I. Introducción

Si bien es cierto, el Derecho se configura a partir de su aplicación, cualquiera sea el campo en el que ello ocurra, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico es la base para dicha configuración, siempre y cuando sea entendido como un sistema debidamente armonizado de normas jurídicas vistas desde una perspectiva tanto formal como material; vale decir, las normas como el contenido y no como el continente, como valor y no como regla, desprovistas de cualquier reverencia a la formalidad que, en el contexto constitucional actual, es impensable.

Con lo dicho, podemos argüir que el ordenamiento jurídico actual, exige de sus intérpretes la acuciosidad necesaria para identificar la presencia de una norma fundamental inmersa en la porción de derecho que ha de ser interpretada y que, dicha norma fundamental, no necesariamente se encuentra regulada en un texto constitucional sino que, dadas sus características, debe ser reconocida como parte del mismo y, siempre que sea posible, debe constituir un parámetro para la interpretación e integración de las normas con rango infra-constitucional.

Dichas afirmaciones, guardan estrecha relación con la obligación del respeto de los principios y los derechos fundamentales cada vez que se va a aplicar una norma de rangos inferiores, pues como ya señalamos, todas constituyen un sistema que ubica en el más alto peldaño del mismo a las normas fundamentales. Ahora, dichas normas fundamentales, que forman parte de nuestra constitución formal y material, deben ser entendidas como un todo único, en virtud del principio de unidad de la constitución (Caso Lizama Puelles, 2005, fund. 12) y, asimismo, como normas supremas que le sirven de guía a las demás de inferior jerarquía, es decir, como *norma normarum* no solo del aspecto procedimental de la producción del derecho sino del aspecto sustantivo. (Caso Gobierno Regional de San Martín, 2006, fund. 11).

Los principios referentes para esta dinámica son el principio de coherencia normativa, que exige "...la existencia de la unidad sistémica del orden jurídico, lo que, por ende, presume una relación armónica entre las normas que lo conforman..." (Caso Congresistas de la República, 2003, fund. 4) y teniendo como fundamento dicha relación armónica, deben evitarse las antinomias normativas o resolverlas de conformidad con los sub principios que la coherencia normativa importa; en segundo lugar, el principio de jerarquía normativa que nos recuerda la existencia de "...una prelación normativa con arreglo a la cual, las normas se diversifican en una pluralidad de categorías que se escalonan en consideración a su rango jerárquico..." (fund. 5), siendo que en el caso de la Constitución, su propia supremacía la ubica en el rango normativo superior, la cúspide, ya sea que se trate de su presentación formal, su reconocimiento jurisprudencial o su ratificación y aprobación a nivel nacional.

Este último extremo es el que importa para efectos de la delimitación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la negociación y convención colectiva en el ordenamiento jurídico nacional, pues, debe partirse de su reconocimiento a nivel internacional, el contenido que se le reconoce, la suscripción, ratificación y aprobación como parte del ordenamiento constitucional nacional y, finalmente, su desarrollo a nivel legal e infralegal.

Una vez agotadas las discusiones y delimitado su contenido, se pretende contrastar el mismo con la aplicación que se le otorga en sede jurisdiccional, a fin de corroborar su corrección.

II. Acerca de la negociación colectiva como derecho colectivo de trabajo

II.1. Una mirada a su construcción histórica

Se toma a la Revolución Industrial Inglesa de la segunda mitad del siglo XVIII (1750-1780) como el hito histórico para el surgimiento de los derechos colectivos de trabajo, o propiamente hablando, el surgimiento de los movimientos que los reclamaban (Chávez Palacios, 2004, p. 96). Esta revolución estuvo compuesta por un "...complejo de innovaciones tecnológicas que, al sustituir la habilidad humana por la maquinaria y a la fuerza humana y animal por la energía mecánica, provoca el paso desde la producción artesana a la fabril, dando así lugar al nacimiento de la economía moderna..." (Landes, 1979, p. 15); sin embargo, la reestructuración en la producción, económicamente hablando, no generó un efecto igual de positivo social y en términos jurídicos, puesto que, los trabajadores comenzaron a tomar consciencia de una serie de carencias generadas por las actuaciones inicuas del empleador en diversos campos tales como la expedición de los reglamentos de fábrica, en los que, "...de manera unilateral éste fijaba las condiciones de trabajo que regirían en la empresa, pudiendo modificarlas a su arbitrio en cualquier momento, dejándolos en estado de indefensión..." (García Morales, 2012, pp. 202-203), de otro lado, agrupaciones tales como las compuestas por los artesanos, "...se organizaron para tratar de regular la oferta restringiendo el acceso de nuevos artesanos al mercado y para crear mutuas y proporcionar así atención básica frente a la pérdida de renta de los trabajadores; discutir la regulación salarial y de otras condiciones de trabajo..." (Vega Ruiz, Rueda-Catry, Ozaki, & Lee, 1999, p. 18).

Todo este ordenamiento productivo, terminó por causar desorden social que influía en las agrupaciones de trabajadores, independientemente de sus cualidades, especialización y profesionalización, desorden

que, como ocurre con toda revolución⁽¹⁾, era el prefacio para el establecimiento de un nuevo orden normativo de cara al reconocimiento de algunos derechos sociales dejados de atender. Dicha dinámica, claro está, no se configuró en un corto periodo, y se encontró inmerso por el reclamo y reconocimiento de diversos derechos individuales como el salario justo o la jornada laboral, pero también determinó el reconocimiento de "...la norma que reglamenta la formación y funciones de las agrupaciones profesionales de trabajadores y patronos, sus relaciones, su posición frente al Estado y los conflictos colectivos de trabajo..." (De la Cueva, 1949, p. 272).

Es en este contexto histórico, que surgió el denominado derecho sindical (Machera, 2013, p. 108) que posteriormente adecuaría su denominación por la de Derecho Colectivo de Trabajo y es así como se ha asumido en diversos ordenamientos jurídicos, incluyendo el peruano.

La negociación colectiva, surge como uno de los extremos del nombrado derecho colectivo de trabajo, que protege, principalmente la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga; extremos que han sido reconocidos paulatinamente tanto a nivel internacional como nacional; sin embargo, el reconocimiento ordenado y sistematizado de su contenido ha sido llevado a cabo en instancia internacional por la Organización Internacional del Trabajo, tal y como lo detallaremos en los acápite subsiguientes.

II.2. ¿Cómo ha sido reconocida la negociación colectiva en el Derecho Internacional?

El primer instrumento de relevancia a ser mencionado respecto del derecho colectivo del trabajo es el Convenio 87 de la OIT, Convenio relativo a la libertad sindical y al derecho de sindicación, estructurado luego de llevada a cabo la Conferencia General de la Organización Internacional de Trabajo convocada en San Francisco por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional de Trabajo y congregada en dicha ciudad el 17 de junio de 1948 en su trigésima primera reunión.

⁽¹⁾ La referencia no está dirigida a la revolución industrial, sino a la social y jurídica que se gestó con motivo de esta.

Dicho convenio consta de cuatro partes, denominadas: libertad sindical, protección del derecho de sindicación, disposiciones diversas y disposiciones finales; para efectos de la discusión dogmática a realizarse en el presente trabajo, importan las dos primeras partes antes señaladas, la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación.

Respecto de la libertad sindical, el convenio define el siguiente contenido (OIT, 1948, arts. 1-10):

- a. La libertad de constitución y afiliación a las organizaciones tanto a favor de trabajadores como empleadores.
- b. La facultad de redactar sus propios estatutos y reglamentos administrativos así como la obligación de respetarlos, elegir libremente a sus representantes, organizar su administración y actividades; así como formular su programa de acción.
- c. La protección contra la intervención de las autoridades públicas y contra la disolución o suspensión por vía administrativa; así como la eliminación de condicionamientos para la adquisición de su personería jurídica.
- d. La libertad de constitución y afiliación a las federaciones, confederaciones y la libertad de afiliación a los Organismos Internacionales.
- e. La obligación de los empleadores, trabajadores y del propio convenio de respetar la legalidad y el ordenamiento jurídico interno, así como la obligación de que dicho ordenamiento y su aplicación no menoscaben las garantías previstas en el convenio.

En cuanto a la protección del derecho de sindicación, el Convenio 87 de la OIT (1948, art. 11), señala que es obligación de todo miembro de la Organización Internacional de Trabajo que haya ratificado y aprobado el convenio, adoptar las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación, entendiéndose dichas medidas ya sea desde la perspectiva legislativa, administrativa o jurisdiccional.

Como puede observarse, hasta 1948, el reconocimiento del derecho laboral colectivo restringía sus alcances hasta la mera regulación del

derecho de sindicalización; forjándose el primer paso para la construcción del resto de sus aspectos; precisamente, el reconocimiento de la negociación colectiva no se hizo esperar demasiado y fue contemplado en el Convenio sobre el Derecho de Sindicación y Negociación Colectiva de 1949, Convenio 98 de la OIT.

Este convenio fue aprobado con motivo de una nueva Conferencia General de la Organización Internacional de Trabajo, convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del trabajo y congregada en dicha ciudad el 08 de julio de 1949 en su trigésima segunda reunión; asimismo, fue adoptado con fecha 01 de Julio de 1949.

Los 16 artículos de los que está compuesto pueden ser resumidos de la siguiente manera: protección de la sindicalización, negociación voluntaria y procedimientos para su ratificación y obligatoriedad en el derecho nacional. Sin embargo, respecto de los dos primeros extremos, realiza una estructuración lo suficientemente desordenada como para no identificar las características propias de cada uno.

Respecto de la protección de la sindicalización contiene (Convenio 98, 1949, arts. 1-6):

- a. Protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con el empleo.
- b. Protección y prohibición de la injerencia de las organizaciones de trabajadores en las de empleadores y viceversa.
- c. Creación de organismos que garanticen el respeto del derecho de sindicación.
- d. Alcance del convenio respecto de la policía y las fuerzas armadas.
- e. Exclusión de la situación de los funcionarios públicos de los alcances del convenio.

En cuanto al reconocimiento del derecho de negociación colectiva, sostiene (1949, art. 4):

Estímulo y fomento, de acuerdo a las condiciones nacionales, para el desarrollo y uso de los procedimientos de negociación voluntaria en-

tre empleadores y organizaciones de trabajadores; con el objeto de “reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo”.

Notemos que, es en este instrumento en el que se reconoció el derecho a la negociación colectiva, con la denominación de negociación voluntaria cuyo producto es un contrato colectivo, a pesar de que la naturaleza contractual o no de la figura no se encuentra en discusión en el presente documento, dicha denominación no es utilizada puesto que se ha preferido la de convenio colectivo.

Sin embargo, hasta la consecución de este primer reconocimiento no se cuenta con una definición exacta de lo que significa una negociación colectiva o un convenio colectivo. No se ha discutido su contenido, no se han desarrollado sus elementos y procedimientos generales.

Por otro lado, para efectos del alcance de la negociación colectiva en los organismos administrativos de los Estados, el año de 1978, se adoptó el Convenio sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración Pública, Convenio 151 de la OIT.

Este convenio toma en cuenta “...las disposiciones del Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948; del Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949, y del Convenio y la Recomendación sobre los representantes de los trabajadores, 1971...” (1978, p. 1).

La parte I del señalado convenio, se denomina Campo de aplicación y definiciones, es en este marco que se establece que el alcance del convenio se extiende desde la aplicación a todas las personas empleadas en la administración pública, hasta los empleados de alto nivel, en la medida que les corresponda y de acuerdo a la legislación nacional.

Es importante identificar el principio de favorabilidad que se regula en el inciso 1 del artículo 1 del Convenio, en el que se define como empleado público a toda persona que es contratada por la administración pública, a las cuales es aplicable salvo que exista otro convenio que le resulte más favorable.

Reconoce la existencia de organizaciones de empleados públicos en su artículo 3, así como la protección de su derecho a la sindicación en sus artículos 4 y 5, motivo por el que los empleados públicos gozan de protección contra la discriminación antisindical, los condicionamientos o amenazas de despido o cualquier otro perjuicio en caso de afiliación o participación en las actividades normales de la organización, etc.; asegura la independencia de las organizaciones, asimismo, la protección de cualquier injerencia en su constitución, funcionamiento y administración.

En la tercera parte, se describen las facilidades que deben reconocerse a las organizaciones de empleados públicos para que éstos tengan un desempeño rápido y eficaz de sus funciones durante sus horas de trabajo o fuera de ellas, sin perjudicar el funcionamiento eficaz de la administración pública.

Tanto en la parte IV como en la parte V del convenio, correspondiente a los artículos 7 y 8, respectivamente, se regulan los procedimientos para la determinación de las condiciones de empleo y la solución de conflictos generados por este motivo; en el mencionado artículo 7 del convenio, se circunscribe toda toma de decisión acerca de las condiciones de empleo al ámbito de la negociación colectiva, la misma que es de obligatorio fomento y promoción de parte de los estados suscriptores; queda claro en la redacción que dichas negociaciones deben ser llevadas a cabo entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos; asimismo, en la redacción del artículo 8 se señala que la solución de conflictos derivados deberían asumirse en primer lugar a través de negociación pero que, de no resultar suficiente, se puedan emplear otros mecanismos de resolución de conflictos tales como la mediación, la conciliación y el arbitraje.

No obstante, es preciso señalar que, pese a que dos de los convenios comentados establecen la posibilidad de acceder a negociaciones entre empleadores y trabajadores, tanto del ramo privado como público, no se ha desarrollado el contenido específico a ser discutido en medio de estas negociaciones; este vacío, es cubierto por el Convenio sobre el fomento de la negociación colectiva, Convenio 154 de la OIT; el mismo que señala:

A los efectos del presente Convenio, la expresión “negociación colectiva” comprende todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de:

- a. Fijar las condiciones de trabajo y empleo, o
- b. Regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o
- c. Regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez. (Organización Internacional de Trabajo, 1981, art. 2)

Es decir, además de los procedimientos, se ha dotado de contenido definido a la negociación colectiva, manteniendo al concepto de las condiciones de trabajo ya señaladas en el Convenio 151, pero agregando además, las relaciones entre empleadores y trabajadores que, para efectos de contar con un buen clima laboral resultan indispensables en cualquier empresa; en igual sentido, la regulación de las relaciones entre los empleadores, sus organizaciones y las organizaciones de los trabajadores.

Asimismo, cabe resaltar que el artículo 5 del convenio, obliga a los países miembros a tomar las medidas necesarias para asegurar el fomento de la negociación colectiva; lo que implica que esta sea posibilitada a todos los empleadores y todas las categorías de trabajadores de las ramas de actividad a las que se aplica el convenio; la extensión de sus efectos hacia todos los apartados del artículo 2 acotado, el establecimiento de reglas de procedimiento determinadas por las organizaciones de los empleadores y los trabajadores; el desarrollo de reglas apropiadas en el ordenamiento jurídico que faciliten su ejecución.

Por otro lado, debemos resaltar que el convenio, en todo su articulado faculta a los gobiernos a tomar medidas necesarias para estimular y fomentar la negociación colectiva, no para obligar a su realización, tanto es así que el artículo 8 establece que dichas medidas no deben “ser concebidas o aplicadas de modo que obstaculicen la libertad de negociación colectiva”; sin especificar a qué se refiere dicha libertad; motivo por el cual

ha de considerarse a fin de no verla coartada que se encuentra referida tanto a la libertad de celebración como a la libertad de elección de los procedimientos más adecuados para alcanzar un convenio o pacto final.

Todos estos convenios, conforman el ordenamiento internacional acerca de la negociación colectiva, algunos como pilares para su desarrollo como es el caso del Convenio 87 y el Convenio 98, y otros como normas que desarrollan su contenido, como es el caso del Convenio 151 y el 154.

II.3. Compatibilidad con el Derecho Constitucional e infra-constitucional

El ordenamiento jurídico peruano también recoge el derecho a la negociación colectiva, ya sea que revisemos el nivel fundamental como el legal podremos identificar tanto su reconocimiento como el establecimiento de su contenido.

La primera norma a ser analizada es el artículo 28 de la Constitución formal, en el que se reconocen los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga; este artículo, en su segundo inciso especifica que el reconocimiento alcanza el fomento de la negociación colectiva y la promoción de las formas de solución pacífica de los conflictos laborales. Esta es la única referencia al derecho en comento que se realiza en la Constitución formal, motivo por el cual no es posible asegurar que a nivel de este instrumento normativo se le haya dotado de contenido; sin embargo, hemos de tener presente que la Constitución de nuestro Estado no solamente se encuentra conformada por el Código antes mencionado, sino que existen otros mecanismos para el reconocimiento de los derechos de nivel fundamental.

Con ello, teniendo en cuenta los artículos 55 y 56 del texto constitucional, es preciso constatar cuál o cuáles tratados internacionales referidos a la negociación colectiva han sido ratificados y aprobados por nuestro país.

De los convenios denominados fundamentales en la página web de la Organización Internacional del Trabajo, en materia de derecho laboral colectivo, el Perú ha ratificado y aprobado tanto el Convenio 87, ratificado el 02 de marzo 1960, como el Convenio 98, ratificado el 13 de

marzo de 1964, (Organización Internacional de Trabajo, 2017), siendo el último el que reconoce el derecho a la negociación colectiva; sin embargo, como ya ha sido señalado en el acápite anterior no determina su contenido; motivo por el cual, al igual que en el texto constitucional, únicamente contamos con una enumeración programática del Derecho.

Respecto a los denominados Convenios Técnicos, dentro de los cuales estarían los convenios 151 y 154, el Perú ha ratificado únicamente el 151 el 27 de octubre de 1980, siendo este el primero que regula un contenido para la negociación colectiva, el mismo que, por efecto de la autorización constitucional, ya forma parte de nuestro derecho interno y, a pesar de que no ha sido calificado como fundamental por efecto de su especialización, debe ser reconocido como tal, debido a que aceptar que el carácter fundamental del mencionado derecho únicamente importa su enumeración implicaría facultar al constituido para definirlo a su libre albedrío, lo cual podría resultar lesivo al propio derecho. En consecuencia, es necesario tener en cuenta dentro del ordenamiento interno el contenido que determina el Convenio 154 de la OIT, por ser más exacto, a pesar de no haber sido ratificado por nuestro país a fin de evitar arbitrariedades tanto en el campo de las medidas legislativas, administrativa y jurisdiccionales, contenido que debe ser ubicado en un rango fundamental y es el siguiente: la posibilidad de fijar las condiciones de trabajo y empleo, o regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez. (Organización Internacional de Trabajo, 1981, art. 2).

Agotado el texto constitucional y las ratificaciones de convenios internacionales, conviene estudiar también las interpretaciones e integraciones realizadas por el Tribunal Constitucional en el ejercicio de su facultad como sumo intérprete de la Constitución, pues, la doctrina por él generada, también colabora con la construcción del contenido constitucionalmente protegido de los derechos con rango fundamental.

Mediante sentencia emitida en el Expediente N° 0261-2003-AA/TC, el Tribunal reconoció el carácter facultativo, no obligatorio de la negociación colectiva, motivo por el cual debe ser objeto de determina-

do “plus de tutela” por el cual el Estado peruano, a través de su gobierno, tiene la obligación de fomentarla y promover las formas de solución pacífica de los conflictos, la obligación de que “...promueva las condiciones necesarias para que las partes negocien libremente, ante situaciones de diferenciación admisible, debe realizar determinadas acciones positivas para asegurar las posibilidades de desarrollo y efectividad de la negociación colectiva...” (Caso Cámara Peruana de la Construcción-CAPECO, 2003, fund. 3); este punto es muy importante para efectos de analizar la obligatoriedad de someter los convenios colectivos al arbitraje, tal y como se regula a nivel legal.

A pesar del carácter facultativo de la negociación colectiva, que debe ser entendido al momento del acceso a las negociaciones, una vez estas iniciadas y alcanzado un convenio colectivo, señala el Tribunal, este es vinculante para las partes, es así que en la sentencia expedida en el Expediente N° 0785-2004-PA/TC ha establecido que “...la convención colectiva que se deriva de la negociación colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado...” (Caso COSAPI S.A., 2004, fund. 5).

Finalmente, el alcance de la negociación colectiva, dado que tiene como presupuesto al derecho a la libertad sindical (Caso Juan José Gorriti, 2005, fund. 52) y constituye un mecanismo previo al ejercicio de la huelga (Caso Ley del Servicio Civil, 2016, p. 46), no solo se limita al ámbito privado, sino que además se extiende al ámbito público, siendo de perfecto ejercicio por parte de los empleados públicos (ya sean servidores públicos, servidores contratados, independientemente del régimen laboral en el que se encuentren, con las excepciones señaladas en el artículo 42 de la Constitución Política del Perú), es por ello que, “... tras la afirmación de que los servidores o empleados públicos titularizan el derecho a la sindicalización y a la huelga (...) se encuentra implícitamente reconocido el derecho fundamental a la negociación colectiva. Esto evidentemente es consecuencia de una interpretación institucional de los derechos fundamentales a la sindicalización y a la huelga...” (Caso Ley del Presupuesto Público, 2015, p. 19)

Según lo esbozado, a nivel fundamental, el contenido de la negociación colectiva puede ser definido como el derecho constitucional que

faculta a las organizaciones de los trabajadores y a los empleadores y sus organizaciones, sin discriminación del régimen laboral en el que se encuentren, a iniciar acciones tendientes a la toma de acuerdos relativos a la posibilidad de fijar las condiciones de trabajo y empleo, o regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez; acuerdos que, una vez alcanzada la convención colectiva, son vinculantes para las partes intervinientes en el ámbito de lo concertado.

Este contenido, tal y como el propio Tribunal Constitucional lo ha señalado, establece a la negociación colectiva como un derecho de configuración legal⁽²⁾, motivo por el cual es necesario tener en cuenta las normas de rango legal que lo desarrollan.

Al respecto, tenemos que mediante Decreto Ley N° 25593, se dictó la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, la cual regulaba la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga, derechos consagrados en el artículo 28 de la Constitución Política del Estado; esta ley, fue modificada en diversos artículos mediante Ley N° 27912; por tal motivo, el 30 de septiembre de 2003 se aprobó el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo mediante Decreto Supremo N° 010-2003-TR que consta de cinco títulos, ochenta y seis artículos y tres disposiciones transitorias y finales, siendo que en su Título III podemos ubicar el desarrollo del Derecho de Negociación Colectiva.

El artículo 41 del referido texto único ordenado, no define a la negociación colectiva, sino a la convención colectiva, es decir el momento en que culminan las negociaciones y se toma el acuerdo o contrato correspondiente, en los siguientes términos:

⁽²⁾ El Tribunal Constitucional ha señalado que "...la negociación colectiva es un derecho fundamental de configuración legal en la medida que la delimitación o configuración de su contenido, las condiciones de o ejercicio, así como las limitaciones o restricciones a las que este puede encontrarse sometido corresponde ser desarrollado mediante ley, conforme a los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad..." (Caso Ley del Servicio Civil, 2016, p. 47); empero, el autor no se encuentra totalmente de acuerdo con dicha afirmación debido a que tanto los convenios internacionales como el desarrollo jurisprudencial interno ya le han dotado de límites fundamentales, los cuales pueden ser ubicados en el ámbito de la constitución material.

La "Convención colectiva de trabajo es el acuerdo destinado a regular las remuneraciones, las condiciones de trabajo y productividad y demás, concernientes a las relaciones entre trabajadores y empleadores, celebrado, de una parte, por una o varias organizaciones sindicales de trabajadores o, en ausencia de éstas, por representantes de los trabajadores interesados, expresamente elegidos y autorizados y, de la otra, por un empleador, un grupo de empleadores, o varias organizaciones de empleadores." (Poder Ejecutivo, 2003).

Como es de observarse, la definición planteada a nivel legal centra su atención en la toma del convenio o acuerdo entre trabajadores y empleadores, dotándolo de las características definidas por los convenios internacionales suscritos y de conformidad con el desarrollo constitucional; al respecto, hace cuenta de que dichas convenciones únicamente podrán ser tomadas por las organizaciones sindicales de trabajadores o, en su defecto, los representantes de los mismos, no así por cada trabajador de manera individual, lo que implica que, *contrario sensu*, de no haberse nombrado representantes o de no existir organizaciones sindicales respecto de determinado grupo de trabajadores, éstos no estarán habilitados a negociar ni celebrar convenios de manera individual, más aun, de no haber participado en dichas negociaciones, tampoco se generan derechos ni obligaciones respecto de estos.

Para complementar lo dicho, el artículo 42 del referido TUO señala que "La convención colectiva de trabajo tiene fuerza vinculante para las partes que la adoptaron. Obliga a éstas, a las personas en cuyo nombre se celebró y a quienes les sea aplicable...", es decir que la convención colectiva no es vinculante para quienes no han participado en el proceso de negociación, con excepción de los trabajadores a los que resulte aplicable; sin embargo, para determinar a favor o en contra de qué trabajadores debe aplicarse, es necesario constatar que éstos cumplen con las mismas condiciones que cumplen los trabajadores participantes en el pacto originario; una interpretación en contrario supondría dotar a la convención colectiva de una generalidad que no le corresponde a su naturaleza y contenido, puesto que se trata de un efecto del *pacta sum servanda* y no del *ius imperium* estatal.

Dicha posición es respaldada incluso con la regulación del artículo 44 del mismo cuerpo normativo que, en su literal “a” señala que la convención colectiva tendrá aplicación dentro del ámbito “De la empresa, cuando se aplique a los trabajadores de una empresa, o los de una categoría, sección o establecimiento determinado de aquella.”; de lo que se infiere que, de haberse negociado y celebrado entre el empleador y una categoría de trabajadores, es vinculante únicamente para estas dos partes, lo que se aplica para el caso de los trabajadores de una sección o establecimiento determinado de la empresa.

III. Problemas de aplicación

Como ha sido señalado al comenzar la presente disertación, es importante que cualquier figura o institución de nuestro ordenamiento jurídico sea interpretada de manera sistemática, teniendo en cuenta el principio de unidad de la constitución, a nivel fundamental, así como los principios de coherencia y legalidad; no obstante, dicha aplicación sistematizada no involucra la interrelación irracional y desproporcionada de los derechos en un caso específico, en circunstancias en las que, no tendrían por qué ser interrelacionados.

Ello ocurre en algunos casos judiciales referentes a la negociación y convención colectiva, pues, suelen haber casos en los que se invoca, por ejemplo, el derecho a la igualdad para extender los efectos de su suscripción a grupos de trabajadores que no cumplen con las características de la categoría de los trabajadores que arribaron al acuerdo, asimismo, a trabajadores pertenecientes a otra sección o establecimiento de la empresa o entidad pública que forma parte del convenio.

A manera de ejemplo citaremos la Sentencia emitida en el Expediente N° 2016-00070-0-0601-SP-LA-01, en el que se demanda pago de beneficios sociales, inclusión en los pactos colectivos, y reintegro de lo dejado de percibir por concepto de pactos colectivos; es respecto de estos dos últimos extremos que se genera el problema de interpretación de Derecho, puesto que el caso particular tiene los siguientes presupuestos:

- a. Se han celebrado tres pactos colectivos, en los años: 2007 con efecto para el año 2008; en el año 2008 con efecto para el año 2009; y en el año 2014 con efecto retroactivo para el año 2012.
- b. Dos de los pactos han sido celebrados por el sindicato de trabajadores nombrados a favor de los trabajadores de su propio sindicato compuesto por la totalidad de trabajadores nombrados.
- c. Uno de los pactos ha sido celebrado por el mismo sindicato, en favor de los mismos beneficiarios pero además en representación de los trabajadores correspondientes al régimen de la actividad privada.
- d. Solo una de las resoluciones precisa su efecto extensivo hacia los obreros, no así las otras dos que señalan taxativamente que la vinculatoriedad del convenio colectivo es entre la Municipalidad demandada y los trabajadores nombrados de la misma.
- e. Los demandantes son trabajadores pertenecientes al régimen laboral privado regulado por el artículo 37 de la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley 27972.

Tal y como es de leerse en el fundamento décimo segundo de la mencionada resolución, “...la precisión respectiva de las resoluciones de alcaldía mencionadas, no puede discriminar a tales obreros del beneficio que otorgan dichos pactos colectivos; máxime cuando el artículo 26° inciso 1 de la Constitución Política del Perú, declara como un derecho inherente a la relación laboral, a la igualdad de oportunidades...”.

Al respecto, cabe indicar que existe una confusión en cuanto al contenido del derecho a la igualdad, pues, la “...igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad de dignidad naturaleza de la persona, es preciso concluir que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana...” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1984, p. 16); ese es el caso de los trabajadores de las entidades públicas, concretamente Municipalidades, cuyo régimen laboral es diverso en razón de que llevan a cabo funciones diferentes, en el caso de los servidores públicos funcio-

nes administrativas y en el caso de los obreros actividades de predominio físico por encima del intelectual, su ingreso a la administración pública obedece a procedimientos de selección diferenciados, en el primer caso se trata de un concurso público para cubrir una plaza vacante y presupuestada contenida en el CAP y PAP de la entidad, en el segundo caso, podría tratarse de una actividad de tipo permanente o eventual a ser contratada mediante un contrato modal, el ingreso no necesariamente es mediante un concurso público pues la ley no lo exige; asimismo, la diferencia en sus funciones, involucran también diferencia en especialización, escala remunerativa, fuente presupuestal, etc.

No es posible entonces, proceder como lo ha hecho la sala en el caso concreto a equiparar ámbos trabajadores de distintos regímenes laborales sin haber constatado la escala en la que se encuentran, cuáles son las funciones que llevan a cabo, cuál es el nivel de especialización de cada uno, si no cuentan con un pacto colectivo propio y adecuado a las características propias de sus funciones y a su escala remunerativa, sin constatar los montos efectivos que perciben en comparación con los suscriptores de dos de los pactos colectivos. Todas estas omisiones han sido aplicadas en supuesta defensa del derecho a la igualdad y prohibición de discriminación, pero ignorando que existen múltiples circunstancias que podrían, incluso, ubicar en situación de discriminación a los trabajadores nombrados para quienes fue ideado el convenio colectivo, téngase en cuenta que en cuestión de beneficios sociales, los mayores beneficios son percibidos por los trabajadores de la actividad privada quienes perciben gratificaciones y no aguinaldos y cuya compensación por tiempo de servicios es calculada de manera mucho más benéfica. ¿Cómo realizar una equiparación entonces entre regímenes tan distintos?

Por otro lado, una interpretación de este tipo lesiona el propio contenido de la negociación colectiva antes señalado en el extremo de su carácter facultativo, la prohibición de injerencia estatal en el ámbito de lo pactado; asimismo, las propias prescripciones legales contenidas en los artículos 41, 42 y 44 de la Ley de relaciones colectivas de trabajo ya comentadas en el punto anterior.

Finalmente, con dicha interpretación no solamente se afecta el principio de jerarquía al lesionarse el contenido constitucionalmente protegido de la negociación colectiva, sino además el principio de coherencia normativa, puesto que se afecta al sistema de presupuesto que regula el modo de distribución del erario estatal, se desconoce el hecho de que la distribución presupuestal obedece a una clasificación de gastos que es vinculante y que, de incrementar el ámbito de aplicación de un convenio colectivo, en el caso específico del incremento remunerativo, se estaría obligando a la entidad a incurrir en gastos que no han sido proyectados ni autorizados por el Ministerio de Economía y Finanzas, lo que se explica en que la entidad jamás tuvo la voluntad de asumir dichas obligaciones que son impuestas por orden judicial, situación que indefectiblemente desenvoca en el gasto de sus recursos propios y, de no existir éstos, el endeudamiento. Todo este vapuleo causado por efecto de una orden judicial irracional y desproporcionada, termina por afectar al fin último de la administración pública, el bienestar general.

Esta es solo una de las afectaciones al principio de coherencia normativa, pues, ocurre que otras veces, como ha ocurrido Expediente N° 00016-2017 del Juzgado Mixto de San Marcos, se ha interpretado que un convenio colectivo al no haber establecido el plazo de su aplicación continúa vigente, en indebida interpretación no solo del artículo 43 de la Ley de Relaciones Colectivas del trabajo, sino del título preliminar de la Ley 28411, Ley General del Sistema de Presupuesto Público, que establece que el presupuesto estatal se calcula y compromete anualmente, consituyendo las programaciones multianuales la única excepción; por lo que la permisón del mencionado artículo 43 debe ser entendida para condiciones laborales diferentes al incremento remunerativo en los convenios colectivos celebrados en el contexto de la administración pública.

Es totalmente cierto que el derecho laboral propugna el derecho a la equidad de armas favoreciendo a la parte más débil, los trabajadores; sin embargo, ello no tiene por qué lesionar otros principios y valores normativos, como en los casos mencionados, por tanto, para asegurarnos de no cometer arbitrariedades, es necesario tener en cuenta el desarrollo normativo e histórico de la figura bajo análisis para tener en claro su contenido y los modos de aplicación.

IV. Conclusiones

- El Derecho a la negociación colectiva es un derecho con rango fundamental que ha sido reconocido como uno de los extremos del derecho colectivo del trabajo y que tiene como presupuesto a la libertad sindical y sirve como mecanismo para evitar la producción de conflictos laborales.
- El contenido de la negociación colectiva es el resultado de luchas sociales y ha sido reconocido tanto internacionalmente como en el ordenamiento jurídico nacional, está dotado de coherencia tanto en su reconocimiento externo como interno y tiene dentro de su contenido constitucionalmente protegido a las condiciones de trabajo y las relaciones entre empleadores y trabajadores.
- La discusión o negociación respecto de condiciones remunerativas es perfectamente constitucional y legal; sin embargo, no debe ser entendido como el único extremo factible de toma de acuerdos mediante negociación colectiva.
- La normatividad que desarrolla este derecho fundamental debe ser interpretada de conformidad con el contenido anteriormente señalada, así como, debe respetar los principios de jerarquía y coherencia; por ejemplo, en los casos en los que existe diferenciación de grupos de beneficiarios o impedimentos presupuestales.

IV. Lista de referencias

- CHÁVEZ PALACIOS, J. (2004). Desarrollo tecnológico en la primera Revolución Industrial. *Norba. Revista de Historia*, Vol 17, 93-109.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (1984). Opinión Consultiva OC-4/84. San José: CIDH.
- DE LA CUEVA, M. (1949). *Derecho Mexicano del Trabajo*. México: Porrúa.
- GARCÍA MORALES, L. (2012). La importancia de la negociación colectiva en las relaciones laborales. Seminario del derecho del trabajo y seguridad social, 197-2014.

- LANDES, D. S. (1979). *Progreso Tecnológico y Revolución Industrial*. Madrid: Tecnos.
- MACHERA, A. (2013). *Derecho Colectivo del Trabajo*. México: Universidad de Buenos Aires.
- VEGA RUIZ, M. L., RUEDA-CATRY, M., OZAKI, M., & LEE, C.-H. (1999). Desde la época de los artesanos hasta su edad adulta: la negociación colectiva ofrece la ventaja de ser más flexible para introducir cambios. *La negociación colectiva: un principio fundamental, un derecho, un convenio*, 17-30.

Legislación internacional y nacional:

- Convenio 87 de la OIT. Convenio relativo a la libertad sindical y al derecho de sindicación. San Francisco, San Francisco, Estados Unidos: OIT.
- Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva de 1949. Convenio 98 de la OIT. Ginebra, Suiza, Suiza: OIT.
- Convenio 151 de la OIT. Convenio sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración Pública. Ginebra, Suiza, Suiza: OIT.
- Convenio 164 de la OIT. Convenio sobre el fomento de la negociación colectiva. Ginebra, Suiza, Suiza: OIT.
- NORMLEX Information System on International Labour Standards. Obtenido de NORMLEX Information System on International Labour Standards: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11200:0::NO::P11200_COUNTRY_ID:102805
- Decreto Supremo N° 010-2003-TR. Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. Lima, Lima, Perú: Diario Oficial El Peruano.

Sentencias:

- Caso Cámara Peruana de la Construcción-CAPECO, Exp. N° 0261-2003-AA/TC (Tribunal Constitucional 26 de Marzo de 2003).

Caso Congresistas de la República, EXP. N° 005-2003-AI/TC (Tribunal Constitucional 3 de Octubre de 2003).

Caso Cosapi S.A., EXP. N° 0785-2004-AA/TC (Tribunal Constitucional 12 de Octubre de 2004).

Caso Gobierno Regional de San Martín, EXP. N.º0047-2004-AI/TC (Tribunal Constitucional 24 de Abril de 2006).

Caso Juan José Gorriti, Exp. N° 008-2005-PI/TC (Tribunal Constitucional 12 de Agosto de 2005).

Caso Ley del Presupuesto Público, 0003-2013-PI/TC, 0004-2013-PI/TC y 0023-2013-PI/TC (Tribunal Constitucional 23 de Septiembre de 2015).

Caso Ley del Servicio Civil, Expedientes 0025-2013-PI/TC; 0003-2014-PI/TC, 0008-2014-PI/TC, 0017-2014-PI/TC (Tribunal Constitucional 26 de Abril de 2016).

Caso Lizama Puelles, EXP. N° 5854-2005-PA/TC (Tribunal Constitucional 08 de Noviembre de 2005).

El derecho al agua potable y saneamiento en el Perú

The right to drinking water and sanitation in Peru

VILLAR NARRO, Víctor Andrés(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. El Problema del acceso al agua potable y saneamiento. III. Naturaleza del derecho al agua y saneamiento. IV. El contenido del derecho al agua y saneamiento. V. El derecho al agua y saneamiento en la legislación supraconstitucional. VI. El derecho al agua potable y saneamiento en ordenamientos jurídicos extranjeros latinoamericanos. VII. El derecho al agua potable y saneamiento en el Perú. VIII. Conclusiones. IX. Lista de referencias.

Resumen: La presente artículo trata sobre el derecho al acceso al agua potable y saneamiento; pues el mismo, que como derecho nos corresponde a todas las personas; teniendo los gobiernos, la obligación de garantizar su acceso sin discriminación a ninguna persona o grupo de personas. Considerando la importancia del acceso al agua y saneamiento para la realización de la persona como tal, los gobiernos recientemente le han dado el rango de un derecho humano, y con

(*) Doctorando en Derecho, Maestro en Ciencias en Derecho Penal y Criminología, profesor invitado de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional de Cajamarca.

ello la relevancia que le corresponde en este momento de la historia. En este trabajo se desarrollará el problema del acceso al agua potable y saneamiento, la naturaleza del derecho al agua y saneamiento, el contenido del derecho humano al acceso al agua potable y al saneamiento, el desarrollo supraconstitucional ejecutado, el derecho al agua potable y saneamiento en ordenamientos jurídicos extranjeros latinoamericanos, el derecho al agua potable en el Perú, para finalizar con algunas conclusiones que nos permitimos exponer, resultado del análisis que presentamos.

Palabras clave: Derecho humano, derecho al agua potable y saneamiento, contenido del derecho al agua potable.

Abstract: *The present article deals with the right to access to drinking water and sanitation; because that right is up to everyone; Governments, having the obligation to ensure access without discrimination to any person or group of people. Considering the importance of access to water and sanitation for the realization of the person as such, Governments recently have given the range of a human right, and thus relevance that at this moment of history. This work will develop the problem of access to drinking water and sanitation, the nature of the right to water and sanitation, the content of the human right to access to drinking water and sanitation, executed common development, the right to the drinking water and sanitation in Latin America foreign legal systems, the right to drinking water in Peru, to finish with some conclusions that we allow ourselves to expose, result of.*

Key words: *Law content of the right to drinking water, the right to drinking water and sanitation, human*

I. Introducción

La realidad de la situación mundial, a la que no es ajena nuestro país, nos muestra que un sector importante de la población no disfruta del derecho al acceso de agua potable y saneamiento, en varias o en todas sus dimensiones, cantidad, calidad, accesibilidad y asequibilidad.

Desafortunadamente, la discriminación respecto al acceso al agua potable y saneamiento existe, y ello, conlleva a que derechos como la libertad y dignidad humana sean vulnerados, al afectarse la vida, y, la integridad de las personas.

La presente opinión tiene como objetivo desarrollar el derecho al acceso al agua potable y saneamiento; pues el mismo, es un derecho que nos corresponde a todas las personas; teniendo los gobiernos, la obligación de garantizar su acceso sin discriminación a ninguna persona o grupo de personas.

Dada la importancia del acceso al agua y saneamiento para la realización de la persona como tal, los gobiernos del mundo, en los últimos años, le han dado el rango de un derecho humano, y con ello la relevancia que le corresponde en este momento de la historia; motivo por el cual, en la presente opinión vamos a desarrollar el problema del acceso al agua potable y saneamiento, la naturaleza del derecho al agua y saneamiento, el contenido del derecho humano al acceso al agua potable y al saneamiento, el desarrollo supraconstitucional ejecutado, el derecho al agua potable y saneamiento en ordenamientos jurídicos extranjeros latinoamericanos, el derecho al agua potable en el Perú, para finalizar con algunas conclusiones que nos permitimos exponer, resultado del análisis que presentamos.

II. El problema del acceso al agua potable y saneamiento

La Tierra, con sus diversas y abundantes formas de vida, que incluyen a más de 6.000 millones de seres humanos, se enfrenta en este comienzo del siglo veintiuno con una grave crisis del agua. Todas las señales parecen indicar que la crisis se está empeorando y que continuará haciéndolo, a no ser que se emprenda una acción correctiva. Se trata de una crisis de gestión de los recursos hídricos, esencialmente causada por la utilización de métodos inadecuados. La verdadera tragedia de esta crisis, sin embargo, es su efecto sobre la vida cotidiana de las poblaciones pobres, que sufren el peso de las enfermedades relacionadas con el agua, viviendo en entornos degradados y a menudo peligrosos, luchando por conseguir una educación para sus hijos, por ganarse la vida y por solventar a sus necesidades básicas de alimentación. La crisis pesa asimismo sobre el entorno natural, que cruje bajo la montaña de desechos que se vierten a diario y por el exceso de uso o uso indebido que de él se hace, con aparente desinterés por las consecuen-

cias y por las generaciones venideras. (UNESCO, Agua para Todos Agua para la Vida 2003)

Desafortunadamente esta realidad es apreciable tanto en espacios urbanos como en rurales; en las ciudades el crecimiento poblacional sin planificación urbana, ocasiona la escases y encarecimiento del servicio de agua potable, las cantidades de agua potable no abastecen la demanda de la ciudadanía, y, el servicio es más caro en lugares donde la población es más pobre; sumado a ello, la falta de gestión de aguas residuales y de los residuos sólidos, producen que no tengamos agua para la agricultura apta para esta actividad, pues el agua de los desagües es vertida directamente a los ríos y quebradas, y, los lixiviados de la basura van directamente al ambiente.

En la zona rural, la situación es todavía más difícil, pues sumado a la limitada presencia de fuentes de captación de agua, las pequeñas cantidades que logran captar no están tratadas en el modo adecuado; lo que conlleva a que la misma sea una fuente de contaminación de los pobladores, sufriendo la niñez las mayores consecuencias. Es importante precisar que en la zona rural de nuestro país es casi inexistente la presencia de plantas de tratamiento de aguas residuales.

Este escenario aciago para las generaciones actuales y futuras, ha promovido que el acceso al agua potable y al saneamiento, sea considerado un derecho fundamental, pues su conculcación, vulneración o contravención afecta directamente el normal desarrollo de la persona humana.

III. Naturaleza del derecho al agua y saneamiento

Estado, sociedad y derecho, son creaciones identificadas a partir de la necesidad de la persona humana; por lo tanto, el poder Estatal es reconocido y valorado por la sociedad; siempre y cuando, esté dirigido al favorecimiento de la persona y sus de derechos; es decir, las actuaciones del Estado son legitimadas por la población cuando se sustenta en los derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales han sido fruto de una doble confluencia, por un lado supone el encuentro entre la tradición filosófi-

ca humanista, representada prioritariamente por el ius naturalismo de orientación democrática, con las técnicas de positivación y protección reforzadas de las libertades propias del movimiento constitucionalista, encuentro que se plasma en el Estado de Derecho; y por otro lado, representan un punto de mediación y de síntesis entre las exigencias de las libertades tradicionales de signo individual, con el sistema de necesidades radicales de carácter económico, cultural y colectivo a cuya satisfacción y tutela se dirigen los derechos sociales. Aparecen, pues, los derechos fundamentales como la fase más avanzada del proceso de positivización de los derechos naturales en los textos constitucionales del Estado de derecho, proceso que tiene su punto intermedio de conexión en los derechos humanos. (Pérez 1986)

Los derechos fundamentales, por tanto, son manifestaciones de valores y principios jurídicos que vienen exigidos necesariamente por la naturaleza humana: dignidad humana, libertad e igualdad. Son valores o principios que no tienen su existencia limitada al campo moral o axiológico, sino que trascienden de él y se instalan en el ámbito de lo jurídico, de modo que la sola existencia del hombre hace que sea exigible su reconocimiento y consecuente tratamiento como ser digno, libre e igual que es. Este reconocimiento y tratamiento es lo que es lo justo, se hace igualmente debido y exigible. (Castillo 2008)

El problema del acceso al agua potable y al saneamiento en esta coyuntura mundial ha obligado a los gobiernos del mundo a dejar de visualizarlo como una actividad gubernamental, para convertirlo en un derecho fundamental cuya garantía y cumplimiento le corresponde al Estado.

Ello en razón de que, “los derechos fundamentales deben crear y mantener las condiciones elementales para asegurar una vida en libertad y dignidad humana (Konrad 2001); es decir, constituyen la base del orden político hacia el objetivo de la paz social, en síntesis, el fin de la sociedad y el Estado.

Según nuestro Tribunal Constitucional, en la Sentencia del Expediente N° 0976-2001-AA/TC, del 13 de marzo de 2003; (...) Los derechos fundamentales surgieron como derechos de defensa oponibles al

Estado. Es decir, como atributos subjetivos que protegían un ámbito de autonomía individual contra acciones u omisiones derivadas de cualquiera de los poderes públicos.

El derecho al agua potable y al saneamiento es un derecho humano reconocido internacionalmente y esencial para la realización de otros derechos humanos, sobre todo el derecho a la vida y a la dignidad, a una alimentación y vivienda adecuadas y a la salud y el bienestar, incluyendo el derecho a condiciones ocupacionales y ambientales saludables. (UNESCO, Agua y Empleo 2016)

Podemos colegir entonces, que el derecho al agua potable y saneamiento, es un derecho fundamental cuyo ejercicio involucra la realización de una serie de derechos conexos, pero que sobre todo significa la base para la plena realización de otros derechos, que también son de naturaleza fundamental; por lo que es necesario una delimitación jurídica.

IV. El contenido del derecho al agua y saneamiento

La doctrina constitucional ha establecido que todo derecho fundamental tiene un contenido definido por el texto constitucional, que tiene como característica ser limitado, ilimitable y delimitable. Limitado, en razón de que todo derecho tiene sus propios límites, inherentes e internos, los cuales definen el contenido esencial de ese derecho y por lo que ese derecho es identificable como tal; es ilimitable porque ni el legislador ni ninguna otra autoridad puede desconocer su contenido constitucional, y, delimitable pues el legislador, el Poder Ejecutivo, y el Poder Judicial, van desarrollando con sus normas, actos y sentencias el contenido constitucional del derecho fundamental en concreto.

Para delimitar el contenido constitucional de un derecho fundamental es necesario acudir a las normas internacionales vinculantes para el Perú, pues es necesario conocer lo que se haya dispuesto de modo supraconstitucional con carácter de vinculante; a su vez, es necesario acudir al dispositivo constitucional concreto que recoge el derecho en análisis, en razón, de que se debe partir de lo que nuestro ordenamiento Constitucional dispone sobre este derecho; es decir, tanto a lo dispuesto

por la propia Constitución, así como, a los principios y valores constitucionales que recoge el derecho; finalmente, el contenido constitucional de un derecho fundamental se delimita acudiendo a la finalidad del derecho mismo, pues hay que acudir a la esencia misma del derecho.

El contenido del derecho al agua y al saneamiento se encuentra definido en la Observación General No. 15: El derecho al agua (2002) y en las Directrices para la realización del derecho al agua potable y al saneamiento (2005) de la Subcomisión de las Naciones Unidas sobre la Promoción y Protección de los Derechos Humanos (2005). Estos documentos establecen en conjunto que el derecho al agua y al saneamiento incluye: agua en cantidades suficientes, agua y saneamiento seguros, agua y saneamiento de calidad aceptable, agua y saneamiento físicamente accesibles; y, agua y saneamiento adquiribles (Albuquerque 2010).

Sobre la cantidad de agua, el Informe global de evaluación del suministro de agua y del saneamiento, publicado en el 2000 por la OMS y la UNICEF, especifica que un suministro razonable de agua debe corresponder a 20 litros mínimos por persona y por día (UNESCO, Agua para Todos Agua para la Vida 2003); este contenido se refiere a que el derecho al agua potable y saneamiento involucra un abastecimiento adecuado de agua para su uso personal y doméstico, de modo general ello involucra agua para consumo humano, limpieza personal y del hogar, lavado de vestimenta, preparación de alimentos y saneamiento individual. Ello implica una responsabilidad del Estado de proteger las fuentes de agua de tal forma que garanticen la provisión de agua para las generaciones actuales y futuras.

El agua y saneamiento seguros implica que el agua no debe contener sustancias peligrosas que pudieran ocasionar un daño a la salud humana; el saneamiento debe ser higiénico y no afectar ni amenazar el medio ambiente; por lo tanto, no debe tener contacto con seres humanos, animales e insectos, así como vegetales; ello involucra la responsabilidad de los gobiernos de promover y ejecutar la instalación de redes sanitarias seguras, para que las excretas y aguas servidas sean removidas y/o eliminadas de manera segura.

El contenido de agua y saneamiento de calidad, implica que el olor, color y sabor del agua deben ser aceptables por los usuarios y usuarias; y, que los sanitarios deben responder a la privacidad y salvaguarda de la dignidad humana.

El agua y saneamiento físicamente accesibles, significa que los seres humanos tengan acceso seguro a cantidades de agua adecuadas, involucra servicios e instalaciones de agua y saneamiento accesibles para los usuarios y usuarias, dentro de sus viviendas, instituciones educativas, centros laborales e instalaciones de salud, debiendo estar situados en lugares seguros; sobre ello, la Organización Mundial de la Salud establece que los puntos de agua deben estar a una distancia máxima de 1000 metros del hogar, así como, que el tiempo requerido para recolectar agua no debería exceder los 30 minutos.

Finalmente en este punto, agua y saneamiento adquiribles, incluyen servicios e instalaciones de agua y saneamiento al alcance de todos los sectores poblacionales, y que su acceso no limita la adquisición de otros bienes y servicios esenciales para la vida humana, como alimentación, vivienda, acceso a la salud y educación.

En el plano nacional, nuestro Tribunal Constitucional, en la Sentencia correspondiente al Expediente N° 06534-2006-PA/TC ha precisado que, En el caso específico del derecho al agua potable, este Colegiado considera que aunque dicho atributo no se encuentra considerado a nivel positivo, existen no obstante una serie de razones que justifican su consideración o reconocimiento en calidad de derecho fundamental. Asumir dicha premisa supone perfilar su individualización dentro del contexto que ofrecen algunas de las perspectivas anteriormente enunciadas. A tales efectos, atendiendo a que no existe norma expresa que contenga dicho reconocimiento a nivel interno y a que a nivel internacional aún se encuentran pendientes de desarrollo muchos de los ámbitos que comprendería dicho atributo, puede acudirse primeramente a la opción valorativa o principialista y a la cláusula de los derechos implícitos que le permite servir de referente. Así las cosas, la utilización de la fórmula de individualización permitiría legitimar la existencia de un

derecho al agua potable en calidad de atributo fundamental no enumerado. Su reconocimiento se encontraría ligado directamente a valores tan importantes como la dignidad del ser humano y el Estado social y democrático de derecho (fundamento 17).

Por lo que respecta a la posición del individuo en cuanto beneficiario del derecho fundamental al agua potable, el Estado se encuentra en la obligación de garantizarle cuando menos tres cosas esenciales: el acceso, la calidad y la suficiencia. Sin la presencia de estos tres requisitos, dicho atributo se vería desnaturalizado notoriamente al margen de la existencia misma del recurso. No se trata, pues, de proclamar que el agua existe, sino de facilitar un conjunto de supuestos mínimos que garanticen su goce o disfrute por parte del ser humano o individuo beneficiario. (STC Exp N° 06534-2006-PA/TC, fundamento 21)

Sobre el acceso precisa que este debe suponer que desde el Estado deben crearse, directa o indirectamente (vía concesionarios), condiciones de acercamiento del recurso líquido a favor del destinatario. Para tal efecto, varios pueden ser los referentes: **a)** debe existir agua, servicios e instalaciones en forma físicamente cercana al lugar donde las personas residen, trabajan, estudian, etc.; **b)** el agua, los servicios y las instalaciones deben ser plenamente accesibles en términos económicos, es decir, en cuanto a costos deben encontrarse al alcance de cualquier persona, salvo en los casos en que por la naturaleza mejorada o especializada del servicio ofrecido, se haya requerido de una mayor inversión en su habilitación; **c)** acorde con la regla anterior, no debe permitirse ningún tipo de discriminación o distinción cuando se trata de condiciones iguales en el suministro del líquido elemento. Desde el Estado debe tutelarse preferentemente a los sectores más vulnerables de la población; **d)** debe promoverse una política de información permanente sobre la utilización del agua así como sobre la necesidad de protegerla en cuanto recurso natural (STC EXP N° 06534-2006-PA/TC, fundamento 22).

La calidad, por su parte, ha de significar la obligación de garantizar condiciones plenas de salubridad en el líquido elemento así como la necesidad de mantener en óptimos niveles los servicios e instalaciones

con los que ha de ser suministrado. Inaceptable por tanto resultaría que el agua pueda ser dispensada de una forma que ponga en peligro la vida, la salud o la seguridad de las personas, debiéndose para tal efecto adoptar las medidas preventivas que resulten necesarias para evitar su contaminación mediante microorganismos o sustancias nocivas o incluso mediante mecanismos industriales que puedan perjudicarla en cuanto recurso natural. Similar criterio ha de invocarse para los servicios o instalaciones cuyo deterioro natural no debe servir de pretexto para la generación de perjuicios sobre el líquido elemento. Cumplido su periodo natural de existencia, dichos servicios o instalaciones deben ser sustituidos por otras que ofrezcan iguales o mejores estándares de calidad. (STC EXP N° 06534-2006-PA/TC, fundamento 23)

La suficiencia, finalmente, ha de suponer la necesidad de que el recurso natural pueda ser dispensado en condiciones cuantitativas adecuadas que permitan cuando menos satisfacer las necesidades elementales o primarias de la persona, como aquellas vinculadas a los usos personales y domésticos o aquellas referidas a la salud, pues de ellas depende la existencia de cada individuo. El agua, en otras palabras, siendo un bien cuya existencia debe garantizarse, tampoco puede ni debe ser dispensada en condiciones a todas luces incompatibles con las exigencias básicas de cada persona. (STC EXP N° 06534-2006-PA/TC, fundamento 24)

V. El derecho al agua y saneamiento en la legislación supra-constitucional

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966⁽³⁾ en su artículo 11 reconoce el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado, alimentación, vestido y vivienda adecuados; adicionalmente, el artículo 12 del citado Tratado garantiza el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Derechos en los cuales necesariamente se introduce el derecho al acceso al agua y saneamiento, tal y como, años más tarde, se reconocerá.

⁽³⁾ Aprobado por el Perú mediante Decreto Ley N° 22129, de fecha 28 de marzo de 1978.

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979⁽⁴⁾, en su Artículo 14, numeral 2, literal h, exige a los Estados Partes la eliminación y discriminación contra la mujer en las zonas rurales y asegurar que gocen de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, el transporte y las comunicaciones.

En el año 1989 se suscribe la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual fue ratificada por el Estado peruano el 4 de septiembre de 1990, cuerpo normativo que obliga a los Estados Partes a tomar las medidas apropiadas para combatir las enfermedades y la malnutrición mediante el suministro de agua potable salubre (Artículo 24, numeral 2, literal c), asegurar el acceso a la educación pertinente y apoyar la aplicación de los conocimientos básicos sobre las ventajas de la higiene y el saneamiento ambiental (Artículo 24, numeral 2, literal e).

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁽⁵⁾, en su artículo 28, numeral 2, literal a, consigna que el derecho a la protección social exige a los Estados Partes “asegurar el acceso en condiciones de igualdad de las personas con discapacidad a servicios de agua potable”.

El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, con fecha 30 de septiembre del 2010, afirmó que el derecho humano al agua potable segura y el saneamiento, se deriva de los Artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; de lo que colegimos que el derecho al agua y al saneamiento, recae dentro del marco de monitoreo de este Pacto; y por lo tanto, son vinculantes para los 160 países que han ratificado dicho tratado, dentro de los cuales se encuentra el Perú.

⁽⁴⁾ Suscrita por el Estado peruano el 23 de julio de 1981, y reconocida por el Presidente de la República mediante Resolución Legislativa 23432 que aprueba la CEDAW el 5 de junio de 1982.

⁽⁵⁾ El Perú firmó la Convención y su Protocolo el 30 de marzo del 2007; y, la ratificó el 30 de enero del 2008, ambos documentos entraron en vigor el 3 de mayo de 2008.

La Asamblea General de las Naciones Unidas, en julio del año 2010, aprobó la resolución A/RES/64/292, que en su párrafo operativo 1 “[r]econoce el derecho al agua potable y el saneamiento como un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida; y, de todos los derechos humanos”.

El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, organismo subsidiario de la Asamblea General, con fecha 30 de septiembre del 2010, aprobó por consenso la resolución A/HRC/15/L.14 sobre “Los Derechos Humanos y el acceso al agua potable segura y el saneamiento”, esta resolución en el párrafo operativo 2 “[r]ecuerda la resolución 64/292 de la Asamblea General, de 28 de julio de 2010, en la que la Asamblea reconoce el derecho al agua potable y el saneamiento como un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos”; a continuación, en el párrafo tres, “[a]firma que el derecho humano al agua potable y el saneamiento se deriva del derecho a un nivel de vida adecuado y está indisolublemente asociado al derecho al más alto nivel posible de salud física y mental, así como al derecho a la vida y a la dignidad humana”.

Consideramos que esto tiene mucha relevancia pues se resalta que el derecho al agua y al saneamiento, está incluido en el derecho a un nivel de vida adecuado, el mismo que se encuentra consagrado en un gran número de tratados legalmente vinculantes para nuestro país que se han citado en la presente opinión, por ello, el derecho al agua y al saneamiento adquiere la condición de vinculante; y, el mismo rango que todos los otros derechos económicos, sociales y culturales.

VI. El derecho al agua potable y saneamiento en ordenamientos jurídicos extranjeros latinoamericanos

Es importante hacer notar que el derecho en comentario, a la fecha ha tenido una consignación constitucional en varios Estados Latinoamericanos como Uruguay, Ecuador, Bolivia y México.

La Constitución Uruguaya, con la reforma constitucional aprobada por plebiscito en el año 2004, en su artículo 47 consigna que, *La protección del medio ambiente es de interés general. Las personas deberán abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves al*

medio ambiente. La ley reglamentará esta disposición y podrá prever sanciones para los transgresores. El agua es un recurso natural esencial para la vida. El acceso al agua potable y el acceso al saneamiento, constituyen derechos humanos fundamentales (...).

La Constitución de la República del Ecuador, del año 2008, en el artículo 12 prescribe lo siguiente: *El derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable. El agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida.*

La Constitución Política del Estado Boliviano del año 2009, establece en el artículo 16, numeral I, que: *“Toda persona tiene derecho al agua y a la alimentación”*; adicionalmente, el artículo 20, numeral I, consigna que: *“Toda persona tiene derecho al acceso universal y equitativo a los servicios básicos de agua potable, alcantarillado, electricidad, gas domiciliario, postal y telecomunicaciones”*, en su numeral III consigna que: *“El acceso al agua y alcantarillado constituyen derechos humanos, no son objeto de concesión ni privatización y están sujetos a régimen de licencias y registros, conforme a ley”*.

A partir de la reforma constitucional del año 2012, la Constitución Mexicana en su artículo 4 desarrolla lo siguiente: *“Toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal” y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible. El Estado garantizará este derecho y la ley definirá las bases, apoyos y modalidades para el acceso y uso equitativo y sustentable de los recursos hídricos, estableciendo la participación de la Federación, las entidades federativas y los municipios, así como la participación de la ciudadanía para la consecución de dichos fines”*.

De lo desarrollado podemos identificar claramente que los Estados latinoamericanos que llevaron adelante proceso de reforma constitucional más reciente, han recogido las recomendaciones y pronunciamientos vinculantes supraconstitucionales respecto al derecho al agua y saneamiento, considerándolos como derechos fundamentales explícitos.

VII. El derecho al agua potable y saneamiento en el Perú

El Tribunal Constitucional, como se ha citado líneas arriba, ha establecido que en el caso específico del derecho al agua potable en el

Perú no se encuentra considerado a nivel positivo; no obstante ello, es considerado parte de los derechos implícitos que le permite servir de referente, constituyendo el derecho al agua potable un atributo fundamental no enumerado.

De lo que podemos afirmar que jerárquicamente el derecho al agua potable en el Perú tiene la naturaleza de un derecho constitucional no enumerado.

El derecho al agua potable, a la luz del contexto descrito, supondría primariamente un derecho de naturaleza positiva o prestacional, cuya concretización correspondería promover fundamentalmente al Estado. Su condición de recurso natural esencial lo convierte en un elemento básico para el mantenimiento y desarrollo no sólo de la existencia y la calidad de vida del ser humano, sino de otros derechos tan elementales como la salud, el trabajo y el medio ambiente, resultando prácticamente imposible imaginar que sin la presencia del líquido elemento el individuo pueda ver satisfechas sus necesidades elementales y aun aquellas otras que, sin serlo, permiten la mejora y aprovechamiento de sus condiciones de existencia. (STC EXP N° 06534-2006-PA/TC, fundamento 18)

En el plano legal, la Ley de Recursos Hídricos, Ley N° 29338, establece que el uso del agua puede ser primario⁽⁶⁾, poblacional⁽⁷⁾; y, productivo⁽⁸⁾; sobre el acceso al agua potable, el artículo 40 precisa que, El Estado garantiza a todas las personas el derecho de acceso a los servicios de agua potable, en cantidad suficiente y en condiciones de seguridad y calidad para satisfacer necesidades personales y domésticas.

⁽⁶⁾ Ley N° 29338, artículo 36: El uso primario consiste en la utilización directa y efectiva de la misma, en las fuentes naturales y cauces públicos de agua, con el fin de satisfacer necesidades humanas primarias. Comprende el uso de agua para la preparación de alimentos, el consumo directo y el aseo personal; así como su uso en ceremonias culturales, religiosas y rituales.

⁽⁷⁾ Ley N° 29338, artículo 39: El uso poblacional consiste en la captación del agua de una fuente o red pública, debidamente tratada, con el fin de satisfacer las necesidades humanas básicas: preparación de alimentos y hábitos de aseo personal. Se ejerce mediante derechos de uso de agua otorgados por la Autoridad Nacional.

⁽⁸⁾ Ley N° 29338, artículo 42: El uso productivo del agua consiste en la utilización de la misma en procesos de producción o previos a los mismos. Se ejerce mediante derechos de uso de agua otorgados por la Autoridad Nacional.

De lo expuesto podemos afirmar que el derecho al agua potable tiene un desarrollo en el Perú, de modo constitucional como derecho no enumerado; y desde el plano legal, a partir de la Ley de Recursos Hídricos; sin embargo, el acceso al saneamiento básico no ha sido considerado en la legislación ni en la interpretación Constitucional, siendo una necesidad su inclusión para garantizar una satisfacción de los derechos de los pobladores.

VIII. Conclusiones

- Por las condiciones de vida actuales es insoslayable que la preservación del agua se considere como un objetivo elemental en las agendas, planes y programas de los Gobiernos del Mundo, pues con ello se garantizará desarrollo económico y bienestar social.
- El derecho al agua potable tiene la naturaleza de un derecho social; por lo tanto, obliga al Estado realizar actividades positivas o prestacionales para su satisfacción.
- El derecho al acceso al agua potable en el Perú, es considerado un derecho fundamental no enumerado cuyo contenido constitucional tiene los siguientes referentes: a) debe existir agua, servicios e instalaciones en forma físicamente cercana al lugar donde las personas residen, trabajan, estudian, etc.; b) el agua, los servicios y las instalaciones deben ser plenamente accesibles en términos económicos; c) no debe permitirse ningún tipo de discriminación o distinción cuando se trata de condiciones iguales en el suministro del líquido elemento; d) debe promoverse una política de información permanente sobre la utilización del agua así como sobre la necesidad de protegerla en cuanto recurso natural.
- El acceso al saneamiento no está desarrollado ni en el plano constitucional, ni en el plano legal en el Perú.

IX. Lista de referencias

- ALBUQUERQUE, Catarina de (2010). Manual del Activista sobre el Derecho Agua y Saneamiento. New York: FAN.
- CASTILLO, Luis. (2008) Derechos Fundamentales y Procesos Constitucionales. Lima: Editora Jurídica Grijley EIRL.
- KONRAD, Hesse. (2001) Significado de los Derechos Fundamentales. Madrid: Pons.
- PÉREZ, Antonio. (1986) Los Derechos Fundamentales. Madrid: Tecnos.
- UNESCO. (2003) Agua para Todos Agua para la Vida. Desarrollo de los Recursos Hídricos en el Mundo, Paris: UNESCO.
- UNESCO. (2016). Agua y Empleo. Evaluación de Recursos Hídricos, Italia: UNESCO.

El debido proceso como derecho fundamental procesal As a fundamental right to procedural due process

TERÁN RAMÍREZ, Teresa Ysabel(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. El derecho fundamental procesal al debido proceso. 2.1. Concepto de Debido Proceso. 2.2. El Debido Proceso como Derecho. 2.3. Características del Debido Proceso. 2.4. Dimensiones del Debido Proceso. 2.5. Precisión del Tribunal Constitucional peruano respecto a la vulneración del Debido Proceso. III. Conclusión. IV. Lista de referencias.

Resumen: El presente artículo tiene como propósito dar a conocer los aspectos generales acerca del debido proceso como derecho fundamental procesal en el Perú, a partir de lo señalado en la normativa constitucional peruana (artículo 139.3), la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano (estudio de las resoluciones recaídas en los expedientes: EXP. N° 8123-2005-PHC/TC, EXP. N° 0023-2005-PI-TC, EXP N° 10490-2006-PA/TC, EXP. N° 00470-2011-PA/TC, EXP. N°

(*) Abogada, Magíster en Derecho Constitucional y Derechos Humanos y, Doctoranda en Derecho por la Universidad Nacional de Cajamarca, Perú. Docente en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca-Perú. Correo electrónico: tyteranr@unc.edu.pe

04904-2011-PA/TC y EXP. N° 03433-2013-PA/TC) y la doctrina nacional; con la finalidad de compendiar los principales perfiles configurativos del debido proceso; y, señalando en todo tiempo que, el mismo, constituye un elemento que permite dotar de validez y de legitimidad al proceso como espacio en el cual se hace efectiva la tutela estatal a derechos e intereses regulados en el ordenamiento jurídico.

Palabras clave: Derecho fundamental procesal, Debido Proceso, Proceso.

Abstract: *The purpose of this article is to present the general aspects of due process as a fundamental procedural right in Peru, based on Peruvian constitutional law (article 139.3), the jurisprudence of the Peruvian Constitutional Court (study of resolutions Relapses in the files: EXP No. 8123-2005-PHC / TC, EXP No. 0023-2005-PI-TC, EXP No. 10490-2006-PA / TC, EXP No. 00470-2011-PA / TC, EXP No. 04904-2011-PA / TC and EXP No. 03433-2013-PA / TC) and the national doctrine; With the purpose of summarizing the main configurative profiles of due process; And, pointing out at all times that it is an element that allows the validity and legitimacy of the process as a space in which the state protection of rights and interests regulated in the legal system becomes effective.*

Key words: *Basic procedural law, Due Process, Process.*

I. Introducción

Derecho fundamental procesal es aquella facultad cuya titularidad recae sobre cualquier persona y que ha de ser ejercida dentro de un proceso (mecanismo por medio del cual, las partes procesales exigen al estado tutela ante afectación de derechos e intereses tutelados por el derecho) con la determinación de que los fines de éste último se vean cumplidos. Si bien, como tal, no se menciona expresamente en el texto constitucional peruano; empero, consideramos que su existencia es producto de la interpretación, que hiciera el Tribunal Constitucional, a sendos derechos fundamentales regulados en el texto de la Constitución Política.

Así, uno de los derechos fundamentales procesales es el debido proceso, regulado en el artículo 139.3 de la Constitución Política, según el cual, “la observancia del debido proceso” es principio de la función jurisdiccional. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional peruano

entiende que “[...] el debido proceso significa la observancia de los derechos fundamentales esenciales del procesado, principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos” (RTC, de fecha 14-11-2005, correspondiente al EXP. N° 8123-2005-PHC/TC. F.J. 6). Asimismo, se constituye como un derecho y principio, con peculiares características y dimensiones; mismas que permiten justificar su existencia dentro del ordenamiento jurídico nacional.

En dicho sentido; en las siguientes líneas abordaremos, brevemente, el tratamiento que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la doctrina nacional, han hecho notorio en torno al tratamiento del debido proceso en tanto derecho fundamental procesal; a efectos del logro de un adecuado entendimiento acerca del mismo y de su óptima aplicación, cuando correspondiere.

II. El derecho fundamental procesal al debido proceso

II.1. Concepto de Debido Proceso

En relación a su concepto, según lo precisara el Tribunal Constitucional, el debido proceso “[...] es un derecho –por así decirlo– continente puesto que comprende, a su vez, diversos derechos fundamentales de orden procesal. A este respecto, se ha afirmado que: “(...) su contenido constitucionalmente protegido comprende una serie de garantías, formales y materiales, de muy distinta naturaleza, que en conjunto garantizan que el procedimiento o proceso en el cual se encuentre inmerso una persona, se realice y concluya con el necesario respeto y protección de todos los derechos que en él puedan encontrarse comprendidos.” (STC 7289-2005-AA/TC, FJ 5)” (STC, de fecha 14-03-2014, correspondiente al EXP. N° 03433-2013-PA/TC. F.J. 3.3.1.). Asimismo, en opinión de Landa Arroyo (2002; 447), “[...] el debido proceso comparte el doble carácter de los derechos fundamentales: es un derecho subjetivo y particular exigible por una persona y, es un derecho objetivo en tanto asume una dimensión institucional a ser respetado por todos, debido a que lleva implícito los fines sociales y colectivos de justicia”. Por su parte, el profesor Quiroga León (2003; 37) ha añadido al proceso debido, la

característica de “legal”, indicando que “[...] el Debido Proceso legal es, pues, un concepto moderno íntimamente referido a la validez y legitimidad de un proceso judicial; es la institución que identifica los principios y presupuestos procesales mínimos que siempre debe reunir todo proceso judicial jurisdiccional para asegurar al justiciable la certeza, justicia, razonabilidad y legitimidad de resultado socialmente aceptable”.

En consecuencia, discurrimos que el debido proceso supone un doble aspecto; de un lado, es considerado como principio-derecho de la función jurisdiccional; y, de otro lado, es un derecho “continente” por cuanto comprende, en sí mismo, otros derechos y garantías, también de orden procesal, que hacen posible la validez y la legitimidad del proceso como tal. Asimismo, en reiteración mencionamos que, su titularidad corresponde a toda persona; razón por la cual exige, de parte del Estado y de los particulares, tutela y protección.

II.2. El Debido Proceso como Derecho

Siguiendo a Carrión Lugo (2000, 40-41), el debido proceso como Derecho debe ser visto desde dos perspectivas, una estática y otra dinámica:

“[...] Desde el punto de vista estático, el debido proceso, supone la presencia de dos condiciones esenciales:

– Los órganos judiciales encargados de conocer de los conflictos y de las incertidumbres, ambos de relevancia jurídica, deben estar preestablecidos, integrados por jueces naturales, con sus competencias claramente señaladas.

– El proceso como instrumento para el ejercicio de la función jurisdiccional debe tener sus procedimientos preestablecidos, de modo que garanticen, entre otros, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, el derecho a la contradicción, el derecho de las partes a aportar al proceso los hechos que respalden sus afirmaciones haciendo uso de los medios probatorios, el derecho a que las decisiones judiciales estén motivadas fáctica y jurídicamente, el derecho a impugnar las resoluciones, etc., los que en conjunto deben garantizar no sólo un debate judicial transparente y una decisión judicial imparcial, sino también el ejercicio pleno e indu-

bitable del derecho de defensa de cada una de partes en todas las etapas del proceso.

Desde el punto de vista dinámico, el debido proceso supone la observancia rigurosa, por todos los sujetos procesales (jueces, auxiliares jurisdiccionales), de las normas, de los principios y de las garantías que regulan el proceso como instrumento judicial y el desarrollo de los procedimientos correspondientes, cautelando el ejercicio absoluto del derecho de defensa de las partes en litigio”.

De lo antedicho es de verse que, el debido proceso como derecho, tanto en su perspectiva estática como dinámica, supone el cumplimiento de otros derechos de carácter procesal; los cuales se resumen en la existencia de órganos jurisdiccionales que hagan posible el otorgamiento de una efectiva tutela jurisdiccional ante la conculcación de derechos e intereses de los sujetos procesales; así como, la observancia del derecho de defensa de éstos últimos.

II.3. Características del Debido Proceso

Para el desarrollo de este punto, acudiremos a lo que el Tribunal Constitucional ha precisado en el fundamento 47 de la STC de fecha 27-10-2006, recaída en el EXP. N° 0023-2005-PI-TC. De este modo, las características más importantes del derecho al Debido Proceso, son:

- a) Es un derecho de efectividad inmediata: Ello significa que el debido proceso es aplicable directamente a partir de la entrada en vigencia de la Constitución, no pudiendo entenderse en el sentido que su contenido se encuentra supeditado a la arbitraria voluntad del legislador, sino a un razonable desarrollo de los mandatos constitucionales.
- b) Es un derecho de configuración legal: Es decir, en la delimitación concreta del contenido constitucional protegido es preciso tomar en consideración lo establecido en la ley respectiva.
- c) Es un derecho de contenido complejo o un derecho continente: No posee un contenido que sea único y fácilmente identificable, sino regulado por la ley conforme a la Constitución. Al respecto, “[...] el contenido del derecho al debido proceso no puede ser

interpretado formalistamente, de forma que el haz de derechos y garantías que comprende, para ser válidos, no deben afectar la prelación de otros bienes constitucionales” (Hurtado Reyes; 2009, 55). También, tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional (STC fecha 12-01-2012, correspondiente al EXP. N° 04904-2011-PA/TC. FJ. 4), “[...] el debido proceso es un derecho continente, pues alberga múltiples garantías y derechos fundamentales que limitan el ejercicio de la función jurisdiccional; consecuentemente, la afectación de cualquiera de aquellos que lo integran, lesiona su contenido constitucionalmente protegido”.

II.4. Dimensiones del Debido Proceso

El debido proceso presenta dos dimensiones, una dimensión sustantiva y una dimensión procesal. En cuanto a la primera dimensión, el Alto Tribunal ha indicado que el debido proceso en su faz sustantiva, se relaciona con los estándares de justicia como son la razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer⁽⁹⁾. Así, la dimensión sustantiva del debido proceso se encuentra vinculada al concepto de razonabilidad, que no es sino el actuar por parte del juzgador, de acuerdo a lo que la normativa jurídica establece; la cual, a decir de García Toma (2010, 687), “[...] implica un conjunto de preceptos vigentes vistos en su ordenación formal y en su univocidad de sentido”; y es que, como lo precisara Quiroga León (2003, 138), “[...] cuando hablamos de un juzgamiento (cualquiera sea su naturaleza), y que en este se ha respetado el principio de razonabilidad, estamos en realidad diciendo que las normas sustantivas (procesales o no) aplicadas al caso, el juzgamiento en sí mismo, las actuaciones procesales del juzgador, etc. se han llevado a cabo respetándose el derecho de aquel justiciable de que se le juzgue de un modo razonable”. Por lo que, en síntesis puede afirmarse que, “[...] el debido proceso sustantivo se refiere a la necesidad de que

⁽⁹⁾ Véase: Resolución del Tribunal Constitucional, de fecha 14-11-2005, correspondiente al EXP. N° 8123-2005-PHC/TC. F.J. 6. Este mismo sentido ha acogido el TC y lo ha plasmado en la STC, de fecha 12-11-2007, correspondiente al EXP N° 10490-2006-PA/TC. En igual orientación se ha pronunciado el TC en la STC, de fecha 12-11-2007, correspondiente al EXP N° 10490-2006-PA/TC. FJ 2-4.

las sentencias sean valiosas en sí mismas, esto es, que sean razonables” (Landa Arroyo; 2002, 448).

En consecuencia, “[...] la dimensión sustantiva del debido proceso, se encuentra dirigida a evitar un comportamiento arbitrario de quien cuenta con alguna cuota de poder o autoridad” (Espinosa Saldaña-Barrera et al.; 2005, 64).

Ahora bien, a decir de la dimensión procesal del debido proceso, ésta fue entendida “[...] como el derecho que tiene cualquier ciudadano de acudir a una autoridad competente e imparcial para que dicha autoridad resuelva un conflicto de intereses que tengo con otra persona o personas (la determinación de si se ha o no obtenido una duda jurídica, por ejemplo), o una situación de incertidumbre con relevancia jurídica (una sucesión intestada, por solamente citar un caso) dentro de las mayores condiciones de igualdad y justicia posibles para las partes involucradas, y dentro de un plazo razonable” (Espinosa Saldaña-Barrera et al.; 2005, 66). Asimismo; por su parte, el Tribunal Constitucional ha referido que “[...] esta dimensión es de carácter formal, y en la cual, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas, tales como las que establecen el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa, la motivación” (RTC, de fecha 14-11-2005, correspondiente al EXP. N° 8123-2005-PHC/TC. F.J. 6.).

De este modo, los derechos que comprende la dimensión procesal del debido proceso son los siguientes⁽¹⁰⁾:

- Derecho de acceso a la autoridad destinada a acoger o denegar nuestros requerimientos (pretensiones);
- Derecho de contradecir o defendernos de una alegación (pretensión) exigida en contra de nuestros propios derechos;
- Derecho a un juzgador imparcial;

⁽¹⁰⁾ Dicha relación ha sido propuesta por Espinosa Saldaña et al. (2005; 67-68) refiriéndose a los derechos que componen la dimensión procesal del debido proceso en Estados Unidos de Norte América.

- Derecho a un juzgador predeterminado por la ley;
- Obligación de respetar formalidades que preservan una buena notificación y audiencia para quienes son parte de la controversia;
- Derecho de ofrecer y/o actuar las pruebas que sean pertinentes para acreditar las diferentes posiciones o pretensiones de las partes;
- Derecho a poder obtener las medidas cautelares que permitan temporalmente proteger nuestras pretensiones o posturas;
- Derecho a recibir una resolución a nuestros requerimientos en un plazo razonable, o al menos, sin dilaciones recibidas;
- Obligación de motivar el fallo y las diferentes resoluciones que son necesarias para absolver la controversia pendiente, salvo las de mero trámite;
- Existencia de una pluralidad de instancias que puedan pronunciarse sobre las diferentes posiciones (pretensiones) en juego, siempre que la situación concreta lo permita o el ordenamiento jurídico vigente lo prescriba, dependiendo del caso;
- Obligatoriedad y exigibilidad de la cosa juzgada o, dicho en otros términos, de la resolución final proporcionada a la controversia o incertidumbre que quiera solucionarse.

Dichos derechos, han sido tomados y regulados por nuestra legislación nacional, a modo de garantías que comprenden y pertenecen al debido proceso; de esta forma, “[...] el actual texto constitucional también recoge algunos elementos propios del debido proceso procesal en el ya mencionado artículo 139. Así, se encuentran entre otros, los siguientes: la publicidad en los procesos, salvo disposición contraria de la ley (inciso 4), la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos en que se sustentan (inciso 5), la pluralidad de la instancia (6), el principio de no ser condenado en ausencia (inciso 12), el principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso, así como de ser informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de la detención, comunicadas

personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad (inciso 14)” (García Toma; 2010,147); por lo que, nos atrevemos a firmar que, en el caso peruano, cuando recontamos del debido proceso, nos referimos al conjunto de garantías mínimas que lo componen, es decir, a las prerrogativas anteriormente citadas.

Aunado a ello y, desde la perspectiva del constitucionalismo, consideramos tomar en cuenta las ideas expuestas por el profesor Landa Arroyo (2002; 448-449), para quien:

“[...] el debido proceso encierra en sí un conjunto de garantías constitucionales que se pueden perfilar a través de identificar las cuatro etapas esenciales de un proceso: acusación, defensa, prueba y sentencia, que se traducen en otros tantos derechos que enunciativamente a continuación se plantean:

- a) Derecho a la presunción de inocencia: Se funda en el principio del indubio pro homine en virtud del cual, a la persona humana se le presume inocente mientras la autoridad no le haya demostrado su culpabilidad judicialmente, de conformidad con el Art. 2, inciso 24-e de la Constitución. De este derecho se deriva que, las personas no son autores de delitos, en consecuencia sólo hay delitos y detenciones por actos, no por sospechas. El acusado tiene derecho a no declarar contra sí mismo, ni contra su cónyuge ni sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Las personas no tienen la obligación de probar su inocencia de una acusación, salvo en determinados delitos -por ejemplo de desbalance patrimonial de funcionario público-, en cuyo caso se invierte la carga de la prueba.
- b) Derecho de información: Es el derecho a ser informado de las causas de la demanda o acusación, en forma inmediata y por escrito; en este entendido, la prueba de cargo debe ser suficiente y obtenida mediante procedimientos constitucionalmente legítimos; según se desprende reiterativamente de los incisos 14 y 15 del artículo 139 de la Constitución.

- c) Derecho de defensa: Es el derecho a defenderse de la demanda de un tercero o acusación policial, fiscal o judicial, mediante la asistencia de un abogado. Este derecho a su vez se descompone en el derecho a ser oído, derecho a elegir a su defensor, obligatoriedad del defensor y si es el caso de contar con un defensor de oficio y con una defensa eficaz, facultades comprendidas en el inciso 14 del artículo 139 de la Constitución.
- d) Derecho a un proceso público: La publicidad de los procesos permite el control de la eventual actuación parcial de los jueces. Pero, si bien la publicidad permite el control de la opinión pública a los procesos; podrían existir etapas de un proceso reservadas a criterio del juez, de acuerdo a ley; sin embargo, los procesos judiciales por responsabilidad de funcionarios públicos, por delitos de prensa o por derechos fundamentales, son siempre públicos, según establece el inciso 4 del artículo 139 de la Constitución.
- e) Derecho a la libertad probatoria: Se parte del supuesto de que quien acusa debe probar judicialmente su acusación; sin embargo, en los casos en que los delitos son atribuibles a los agentes del Estado y éste con el poder disciplinario que tiene no ofrece u oculta al Poder Judicial las pruebas de la responsabilidad de su funcionario, podría operar la libertad probatoria en contrario.
- f) Derecho a declarar libremente: No sólo es la facultad de declarar sin presión, ni malos tratos, tratos humillantes degradantes o tortura, sino que las pruebas obtenidas de esta manera son ilícitas, según lo establece el artículo 2, numeral 24, literal h de la Constitución. En ese sentido, estas confesiones o testimonios inconstitucionales, producen la nulidad de un proceso.
- g) Derecho a la certeza: Es el derecho de todo procesado a que las sentencias o resoluciones estén motivadas, es decir que haya un razonamiento jurídico explícito entre los hechos y las leyes que se aplican, según dispone el artículo 139. 5 de la Constitución. De aquí se desprende el derecho de cualquier persona a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho delictivo -ne bis in idem.

- h) Indubio pro reo: Es un derecho del justiciable para que el juez interprete la norma a su favor, en aquellos casos en los que una nueva ley favorezca al reo, a pesar de haberse iniciado el proceso en función de una ley anterior que estaba vigente al momento de cometerse la infracción. En este supuesto, el juez por humanidad y justicia interpreta que debe aplicar la ley retroactivamente, siempre que la segunda ley sea más benigna que la primera, según señala el Art. 103 de la Constitución.
- i) Derecho a la cosa juzgada: Si bien este derecho está reconocido en el artículo 139, incisos 2 y 13 de la Constitución, para que sea válido constitucionalmente tiene que ser cosa juzgada material, es decir arreglado y de conformidad con el derecho y no sólo con la ley. Por cuanto, la finalidad de la cosa juzgada o cosa decidida constitucional debe ser asegurar siempre el ordenamiento y la seguridad jurídica legítimos”.

Por tanto, la dimensión procesal del debido proceso es muestra del carácter de derecho continente que el mismo supone; dada la existencia, en sí mismo, de otras garantías procesales, tan esenciales e indispensables para el logro de los fines del propio proceso y de las partes que, en ejercicio de sus derechos de acción y de contradicción, esperan del Estado tutela a sus derechos e intereses.

II.5. Precisión del Tribunal Constitucional peruano respecto a la vulneración del Debido Proceso

El debido proceso es un derecho complejo pues comprende una serie de garantías, las cuales al ser observadas (incluso en los ámbitos procesales administrativo y parlamentario), permite garantizar un proceso exento de arbitrariedades. Sin embargo, la vulneración a una de las garantías que comprende el debido proceso, tiene como consecuencia, no únicamente afectación a dicha garantía, sino que además, con la referida transgresión se quebranta el debido proceso como tal. Verbigracia, si se vulnera el derecho al juez natural –garantía del debido proceso-, se estará teniendo no una afectación únicamente a esta garantía, sino también al debido proceso.

Ello encuentra asidero jurisprudencial; pues, tal como ha señalado el Tribunal Constitucional, el derecho al debido proceso comprende una serie de derechos fundamentales de orden procesal, cada uno de los cuales cuenta con un contenido constitucionalmente protegido que le es propio. “En la medida en que el derecho al debido proceso no tiene un ámbito constitucionalmente garantizado en forma autónoma, sino que su lesión se produce a consecuencia de la afectación de cualesquiera de los derechos que lo comprenden [...]”. (STC 594-2005-PA/TC, fundamento 2)” (STC, de fecha 26-04-2011, correspondiente al EXP. N° 00470-2011-PA/TC. F.J. 3)⁽¹¹⁾.

En consecuencia, reiteramos, la contravención a alguno de los derechos que forman parte del contenido del debido proceso, supone una afectación a éste último.

III. Conclusión

A nivel normativo, el texto constitucional peruano de 1993 ha regulado al debido proceso como principio-derecho de la función jurisdiccional; y, en el plano jurisprudencial y doctrinario, el Tribunal Constitucional peruano así como los doctrinarios nacionales, han referido acerca del tratamiento del debido proceso como institución jurídica. De este modo, se ha llegado a establecer que, el debido proceso es un derecho continente; por cuanto reúne, en sí mismo, otros derechos de orden procesal, los cuales son, en suma, la tutela judicial y la defensa, en sentido amplio, de las partes procesales. Empero, la relevancia del debido proceso, en tanto derecho fundamental procesal continente, está dada porque constituye un instrumento que permite dotar de validez y de legitimidad al proceso y a todo acto cuanto en él se realice; por ello, en todo proceso judicial, administrativo, parlamentario, arbitral, militar o entre particulares, la observancia del debido proceso debe ser obligatoria.

⁽¹¹⁾ En igual sentido se ha pronunciado el TC en la STC, de fecha 12-01-2012, correspondiente al EXP. N° 04904-2011-PA/TC.

IV. Lista de referencias

Textos

- CARRIÓN LUGO, Jorge. 2000. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Vol. I. Lima: Editorial GRIJLEY.
- GARCÍA TOMA, Víctor. 2010. *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. 3ª edición corregida y aumentada. Lima: Editorial ADRUS S.R.L.
- HURTADO REYES, Martín. 2009. *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Lima: Editorial IDEMSA.
- QUIROGA LEÓN, Aníbal. 2003. *El Debido Proceso Legal en el Perú y el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos*. Lima: Editorial Jurista Editores.
- ESPINOSA SALDAÑA-BARRERA, Eloy, et al. 2005. *Derechos Fundamentales y Derecho Procesal Constitucional*. Lima: Editorial Jurista Editores E.I.R.L.

Artículos Jurídicos. Referencias electrónicas

- LANDA ARROYO, César. 2002. “Derecho Fundamental al Debido Proceso y a la Tutela Jurisdiccional Efectiva”. En: *Pensamiento Constitucional*. Año VIII N° 8. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. Chile, pp. 445-461.

Resoluciones del Tribunal Constitucional peruano

- EXP. N° 8123-2005-PHC/TC, de fecha 14-11-2005.
- EXP. N° 0023-2005-PI-TC, de fecha 27-10-2006.
- EXP N° 10490-2006-PA/TC de fecha 12-11-2007.
- EXP. N° 00470-2011-PA/TC de fecha 26-04-2011.
- EXP. N° 04904-2011-PA/TC de fecha 12-01-2012.
- EXP. N° 03433-2013-PA/TC, de fecha 14-03-2014.

El ministerio de salud tiene el deber de distribuir el anticonceptivo oral de emergencia a nivel nacional

The ministry of health has the duty to distribute the oral contraceptive emergency nationwide

SAR SUÁREZ, Omar(*) y MAVILA LEÓN, Rosa(**)

SUMARIO: I. Antecedentes. II. Posición de la defensoría del pueblo en lo referente al AOE en sus informes sobre anticoncepción quirúrgica y derechos reproductivos. III. Sentencias del tribunal constitucional con referencia al anticonceptivo oral de emergencia. IV. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el Momento de la Concepción. V. Los efectos vinculantes de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. VI. Informe jurídico de la Defensoría del Pueblo, presentado en el Proceso de Amparo sobre AOE del año 2014. VII. Conclusiones. VIII. Lista de referencias.

Resumen: El presente artículo trata sobre el deber del Ministerio de Salud de distribuir el anticonceptivo oral de emergencia a nivel nacional, para lo cual se acude a la interpretación de las disposiciones

(*) Adjunto para los Asuntos Constitucionales de la Defensoría del Pueblo.

(**) Adjunta para los Derechos de la Mujer de la Defensoría del Pueblo.

de la Convención Interamericana de Derechos Humanos que realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos las mismas que son vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo al propio Tribunal Constitucional del Perú. La Corte IDH estableció que la concepción, en el sentido del artículo 4.1 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero y no se produce por la mera fecundación. Por tanto, cualquier medio anticonceptivo cuyos efectos se desplieguen antes del momento de la implantación del óvulo fecundado – caso del AOE - no puede ser calificado como abortivo. Por lo que se concluye que el AOE es un medio anticonceptivo que no afecta el contenido iusfundamental del derecho a la vida y por ende debe ser ofrecido como una opción para aquellas personas que recurren al sistema de salud en busca de medios de planificación familiar.

Palabras clave: Derecho humano. Anticonceptivo Oral de emergencia. Sentencia de Corte Interamericana.

Abstract: *This article is about the duty of the Ministry of health to distribute the emergency national oral contraceptive, which goes to the interpretation of the provisions of the Inter-American Convention of human right that made the cut Inter-American human rights which are binding for all public authorities internal, including the own Constitutional Court of Peru. Inter-American Court established that the concept, in the sense of article 4.1 of the American Convention on human rights, takes place from the moment in which the embryo is implanted in the uterus and does not occur by mere fertilisation. Therefore, any average contraceptive effects are deployed before the time of the implantation of the fertilized egg - case of the AOE - can not be qualified as abortifacient. It can be concluded that the AOE is an average contraceptive that does not affect the content iusfundamental of the right to life and therefore must be.*

Key words: *Human right. Emergency Oral contraception. Judgment of the Inter-American Court.*

I. Antecedentes

Se denomina Anticoncepción Oral de Emergencia al uso de píldoras anticonceptivas en dosis hormonales altas para prevenir el embarazo, después de haber tenido una relación sexual sin protección, cuando el método anticonceptivo ha fallado o después de una viola-

ción sexual. La diferencia con otros métodos anticonceptivos radica en que la anticoncepción de emergencia no está prevista para uso regular sino sólo excepcional.

La Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo sostuvo que todos los Estados:

“... deberían tratar de proporcionar acceso universal a una gama completa de métodos seguros y fiables de planificación de la familia y a servicios conexos de salud reproductiva que no estén legalmente permitidos”⁽¹²⁾.

En tal contexto, la Dirección General de Medicamentos, Insumos y Drogas, en el año 2000 expidió la Resolución Directoral 10633 autorizando la inscripción de las primeras píldoras de anticoncepción de emergencia.

Mediante Resolución Ministerial 399-2001-SA/DM, del 13 de junio de 2001, el Ministerio de Salud amplió las “Normas de planificación familiar”, aprobadas por Resolución Ministerial 465-99-SA/DM⁽¹³⁾, y se planteó el objetivo de “Contribuir a poner a disposición de mujeres y hombres del Perú la más amplia información y servicios de calidad para que puedan alcanzar sus ideales reproductivos”.

Diversas instituciones como la Organización Mundial de la Salud, la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia, la Federación Latinoamericana de Sociedades de Obstetricia y Ginecología y la Sociedad Peruana de Ginecología y Obstetricia se han pronunciado a favor de la distribución del AOE interpretando que la concepción es un proceso que concluye con la implantación del óvulo fecundado⁽¹⁴⁾.

(12) Celebrada en El Cairo entre los días 5 y 13 de setiembre de 1994, Numeral 7.16, página 41.

(13) Corresponde advertir que mediante la Resolución Ministerial N° 738-92-SA/DM ya se había aprobado el “Manual de Salud Reproductiva: Métodos y Procedimientos” que incluyó la anticoncepción oral de emergencia como método anticonceptivo pero sin que se efectivizara su distribución.

(14) Comunicado de la Sociedad Peruana de Obstetricia y Ginecología sobre la anticoncepción oral de emergencia, de febrero de 2003, párrafo primero.

Esta medida también fue recomendada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en cuanto insta al Estado peruano a brindar información sobre planificación de la familia destinados a mujeres y niñas, incluido el suministro de anticonceptivos de emergencia⁽¹⁵⁾.

II. Posición de la defensoría del pueblo en lo referente al aoe en sus informes sobre anticoncepción quirúrgica y derechos reproductivos

2.1. El Informe Defensorial N° 27

La Defensoría del Pueblo, en diversas ocasiones⁽¹⁶⁾, requirió al Poder Ejecutivo para que informe sobre las razones por las cuales no se implementaba la distribución del AOE.

En el Informe Defensorial N° 27 la Defensoría hizo las siguientes recomendaciones al Ministerio de Salud:

- a) Distribuya la AOE en cumplimiento de lo señalado por la Resolución Ministerial N° 399-2001-SA/DM de 13 de julio de 2001, brindando la información correspondiente a las usuarias/os del Programa Nacional de Planificación Familiar a través de la consejería, a fin de garantizar el derecho de las personas a decidir cuándo y cuántos hijos tener, eligiendo el método de planificación familiar que consideren más adecuado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6° de la Constitución.
- b) Edite y distribuya un nuevo manual de Normas del Programa Nacional de Planificación Familiar, que incluya las modificaciones he-

⁽¹⁵⁾ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Observaciones finales para el sexto informe periódico del Perú. 37° periodo de sesiones, 15 de enero al 2 de febrero del 2007, párrafo 25. Recomendación reiterada en las Observaciones finales sobre los informes periódicos séptimo y octavo combinados del Perú. 1217° y 1218° periodo de sesiones, 1 de julio de 2014, párrafo 36, inciso e.

⁽¹⁶⁾ Oficios 082-2002/DP-DM del 28 de junio de 2002 y 101-2002/DP-DM del 27 de agosto de 2002, entre otros. Este pedido fue reiterado en el Informe Defensorial 69 "La aplicación de la anticoncepción quirúrgica y los derechos reproductivos III", página 146.

chas por la Resolución Ministerial N° 399-2001-SA/DM de 13 de julio de 2001.

2.2. El Informe Defensorial N° 78

Con posterioridad, en el año 2003, la Defensoría del Pueblo publicó su Informe N° 78 específicamente referido a "La anticoncepción oral de emergencia". En dicho documento se puso de relieve que el artículo 6 de la Constitución reconoce explícitamente los derechos reproductivos al establecer la facultad de las personas a decidir cuándo y cuántos hijos tener, introduciendo, además, la obligación del Estado de informar y asegurar el acceso a los distintos métodos de planificación familiar.

Además se resaltó que la restricción en el acceso al AOE constituye un problema de salud pública, en tanto impide a las mujeres de escasos recursos contar con un método anticonceptivo científicamente reconocido para evitar embarazos no deseados. Cubrir las necesidades insatisfechas de planificación familiar resulta fundamental para evitar las consecuencias de los embarazos no deseados.

Como corolario de lo expuesto se concluyó que:

"De acuerdo a la Organización Mundial de la Salud, al Comité de Ética de la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia (FIGO) así como a la Sociedad Peruana de Obstetricia y Ginecología, el embarazo se inicia con la implantación o anidación. Desde el punto de vista penal es sólo a partir de este momento que se puede producir la comisión del delito de aborto (artículo 114° del Código Penal), en tanto el embarazo es un presupuesto indispensable para la configuración de tal delito. En consecuencia, atendiendo a que la AOE actúa antes de la fecundación, su uso carece de relevancia penal"⁽¹⁷⁾.

En dicho Informe la Defensoría asumió la posición de que el embarazo se inicia con la implantación o anidación y, por consiguiente, dado

⁽¹⁷⁾ Informe Defensorial N° 78, "La anticoncepción oral de emergencia", Defensoría del Pueblo, Lima, 2003, página 44.

que el AOE no tiene efecto alguno después de haberse producido la implantación del ovulo fecundado en el útero, no puede ser considerado como un producto con efecto abortivo.

En base a dichas conclusiones, mediante la Resolución Defensorial N° 040-2003/DP, publicada en el diario oficial El Peruano el 19 de diciembre de 2003, se recomendó, nuevamente, al Ministerio de Salud distribuir la AOE, en cumplimiento de lo señalado por la Resolución Ministerial N° 399-2001-SA/DM del 13 de julio de 2001.

III. Sentencias del tribunal constitucional con referencia al anticonceptivo oral de emergencia

El 18 de setiembre de 2002, se interpuso una demanda de cumplimiento contra el Ministerio de Salud a fin de que, acatando lo dispuesto en las Resoluciones Ministeriales 465-99-SA/DM y 399-2001-SA/DM, se garantice la provisión e información sobre el AOE en todos los establecimientos de salud a su cargo.

El Tribunal constitucional declaró fundada la demanda considerando que:

“... las recurrentes también han probado que el Ministerio de Salud no cumple el mandato de poner permanentemente a disposición de las ciudadanas y ciudadanos los insumos del AOE de manera gratuita, al igual que otros métodos anticonceptivos”⁽¹⁸⁾.

En esta oportunidad, el tribunal decidió que el Ministerio de Salud tenía el deber de poner la información y los insumos del AOE al alcance de los ciudadanos de manera gratuita al igual que la información relativa a otros métodos anticonceptivos.

Posteriormente, con fecha 29 de octubre del 2004 se interpone una demanda de amparo⁽¹⁹⁾ contra el Ministerio de Salud con el objeto de que dicha dependencia estatal se abstenga de:

⁽¹⁸⁾ Expediente N° 7435-2006-PC/TC, Fundamento Jurídico 21.

⁽¹⁹⁾ Expediente N° 2005-2009-PC/TC.

- a. Iniciar el programa de distribución de la denominada “Píldora del Día siguiente” en todas las entidades públicas, asistenciales, policlínicos y demás centros hospitalarios en los cuales se pretenda su entrega gratuita,
- b. Distribuir bajo etiquetas promocionales proyectos que el Poder Ejecutivo pretenda aprobar y ejecutar respecto del Método de Anticoncepción Oral de Emergencia, sin previa consulta del Congreso de la República.

El demandante alegaba, que se había vulnerando en forma flagrante el derecho a la vida del concebido, debido a la naturaleza abortiva del AOE.

Al consultar a los técnicos especialistas, se determinó que el AOE tenía principalmente los siguientes efectos:

- i. Un efecto sobre el proceso de ovulación, el mismo que es inhibido o retrasado, y
- ii. Un efecto sobre el proceso de migración espermática, el que se ve interrumpido o dificultado al volverse inusualmente espeso el moco cervical.

Sin embargo, se advirtió que también era posible que al incidir directamente sobre el endometrio o capa interna del útero, podría alterar el proceso de implantación del embrión y por tanto resultar abortivo. A esta posibilidad se le denominó “tercer efecto”.

Dado que nuestro orden jurídico protege al ser humano desde la concepción, El Tribunal Constitucional alegó la necesidad de determinar si esta se originaba en la fecundación o si por el contrario se requiere que exista implantación y, en consecuencia, viabilidad.

Ante ello, el tribunal se inclinó por la interpretación que considera que la concepción se origina desde la fecundación y lo expresó en los siguientes términos:

Teniendo en cuenta todo lo expresado hasta aquí, y surgiendo la disyuntiva de tener que optar por uno de los principios de interpreta-

ción constitucional desarrollados supra respecto a la constitución del concebido; este Colegiado se decanta por considerar que la concepción de un nuevo ser humano se produce con la fusión de las células materna y paterna con lo cual se da origen a una nueva célula que, de acuerdo al estado actual de la ciencia, constituye el inicio de la vida de un nuevo ser⁽²⁰⁾. [...]

En consecuencia, el tribunal estimó que era necesario recurrir al principio precautorio en el caso concreto, dada la posibilidad de que el AOE genere el denominado “tercer efecto”:

Junto a los principios que nos han servido de pauta interpretativa respecto al derecho a la vida; para la adopción de una posición respecto a la denominada “Píldora del Día Siguierte” y su acusada afectación al concebido con el denominado tercer efecto, que produciría cambios en el endometrio y no permitiría la anidación, será necesario utilizar el denominado por la doctrina y la legislación principio precautorio. Esta directriz adquiere especial relevancia en los casos donde se encuentran en controversia la posible afectación de los derechos a la salud y la vida, por actividades, procesos o productos fabricados por el hombre⁽²¹⁾.

Finalmente, teniendo en cuenta que:

- i. En opinión del Tribunal, la concepción se originaba desde la fecundación,
- ii. La latente posibilidad de que la AOE produjese el denominado “tercer efecto”, y
- iii. La observancia del principio precautorio

Declaró fundada la demanda; y por consiguiente, se ordenó al Ministerio de Salud que se abstenga de desarrollar como política pública la distribución gratuita a nivel nacional de la denominada “Píldora del Día Siguierte”.

⁽²⁰⁾ Idem, Fundamento Jurídico 38.

⁽²¹⁾ Idem, Fundamento Jurídico 47.

Por tanto, el Tribunal Constitucional pone de relieve la transitoriedad de la decisión adoptada, que podría estar sujeta a cambios que se deriven de nuevos desarrollos tecnológicos o interpretativos.

IV. Jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos sobre el momento de la concepción

Con posterioridad a la sentencia del Tribunal Constitucional, la Corte IDH resolvió el caso Artavia Murillo y Otros contra Costa Rica⁽²²⁾. En este caso, la Corte IDH analizó el alcance interpretativo del artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, sobre el derecho a la vida, en especial lo referido al momento de la concepción.

La aludida disposición de la Convención Americana de Derechos Humanos establece:

Artículo 4. Derecho a la Vida

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

Al respecto, consideró que el avance tecnológico ha permitido advertir la existencia de un lapso de tiempo entre la unión del espermatozoide y el óvulo, y la implantación misma, por lo que la noción de “concepción” ha cambiado. Señaló, que la fecundación del óvulo genera una potencia de vida que no se concretará sino hasta el momento en que la nueva célula entre en contacto con el sistema circulatorio materno del que conseguirá los nutrientes para prosperar.

En consecuencia, solo puede hablarse de embarazo cuando el óvulo fecundado se haya implantado en el útero, produciendo la hormona denominada “Gonodotropina Coriónica”, que no puede ser detectada antes de que el embrión se una al cuerpo de la mujer.

⁽²²⁾ Sentencia la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 28 de noviembre de 2012.

Aplicando la anterior interpretación, en su considerando 189, sostuvo que solo puede hablarse de “concepción”:

“... desde el momento en que ocurre la implantación, razón por la cual considera que antes de este evento no procede aplicar el artículo 4 de la Convención Americana”.

Si la concepción es un proceso que concluye con la implantación del óvulo fecundado, entonces, la protección derivada del artículo 4.1 solo puede ser aplicable desde ese momento. De ello se deriva, lógicamente, que aquellos fármacos que interfieran en un momento previo a la implantación en el cuerpo de la madre no pueden ser considerados abortivos ni interfieren en el ámbito protegido del derecho a la vida.

V. Los efectos vinculantes de las decisiones de la corte interamericana de derechos humanos

La Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución establece que los derechos se interpretan de conformidad con los tratados sobre derechos humanos que hayan sido ratificados por el Perú.

El artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional complementa dicha previsión añadiendo que las disposiciones de los tratados se complementan con la interpretación que de las mismas realicen los órganos cuya competencia contenciosa haya sido reconocida por el Estado peruano. Consecuente con lo anterior y atendiendo a que el Perú reconoció la competencia contenciosa de la Corte IDH, el Tribunal Constitucional ha decidido que:

“La vinculatoriedad de las sentencias de la CIDH no se agota en su parte resolutive (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o *ratio decidendi*, con el agregado de que, por imperio de la CDFT de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del CPConst, en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la

capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la CIDH, reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal”⁽²³⁾.

Tal como lo declara el propio Tribunal, la interpretación de las disposiciones de la Convención, que realiza la Corte IDH, es vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo evidentemente al propio Tribunal.

Las relaciones entre la jurisprudencia interna de los Estados y la de la Corte IDH debe ser, *prima facie*, de cooperación en la maximización de la defensa de la dignidad de la persona humana.

Si existieran interpretaciones dispares entre ambas instancias, deberá dirimirse la disputa aplicando la regla expresamente prevista en el artículo 62.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en cuanto prescribe que:

“Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención”.

Toda vez que el Estado peruano reconoció la competencia de la Corte IDH sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención quedará sometido a los criterios interpretativos que dicho órgano fije cuando ellos –según ha manifestado el propio Tribunal Constitucional– constituyan *ratio decidendi* de sus fallos.

En este mismo sentido se ha pronunciado la propia Corte IDH, cuando señala que el control de convencionalidad debe ser realizado *ex*

⁽²³⁾ Expediente N° 2730-2006-PA/TC, Fundamento Jurídico 12.

officio por los órganos del Poder Judicial⁽²⁴⁾, asociando este control con la necesidad de que el juez nacional vele por el efecto útil de la Convención Americana⁽²⁵⁾.

VI. Informe jurídico de la defensoría del pueblo, presentado en el proceso de amparo sobre aoe del año 2014

En 18 de julio de 2014, la abogada Violeta Gómez inició un proceso de amparo contra el Ministerio de Salud, para que cumpla con informar y distribuir gratuitamente la AOE.

El 19 de agosto de 2016, el Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional, hizo lugar a la mediad cautelar solicitada en este mismo proceso por la demandante. La resolución estimatoria tomó en cuenta: i) la situación de emergencia producida por la expansión del virus del Zika; ii) el hecho de que la pretensión se orienta a la tutela de derechos colectivos; iii) el control de convencionalidad; y iv) la opinión de la OMS.

El 24 de agosto de 2016, la Defensoría del Pueblo presentó un Informe Jurídico en el proceso de amparo iniciado, reiterando su posición institucional sobre la no afectación del derecho a la vida por la AOE. Dos de los principales argumentos señalados en este informe son:

- a) En el año 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia Murillo y otros y Costa Rica*, estableció que la protección jurídica del derecho a la vida se inicia desde la concepción, la que tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero.

⁽²⁴⁾ Ver CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, de 24 de noviembre de 2006, para 128.

⁽²⁵⁾ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*, de 12 de agosto de 2008, citado por BANDEIRA GALINDO, George Rodrigo. El valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; en: LÓPEZ GUERRA, Luís y SAIZ ARNAIZ, Alejandro (Directores). *Los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos. Una introducción desde la perspectiva del diálogo entre tribunales*. Lima: Palestra, 2015, p. 240.

- b) La OMS de forma reiterada (2005, 2010 y 2016) ha señalado que la AOE, no son eficaces una vez que el proceso de implantación se ha iniciado y no provocan un aborto (Nota Descriptiva N° 44, febrero de 2016).
- c) El impacto discriminatorio de la sentencia, al permitir el acceso de la AOE sólo en establecimientos privados; y la exposición a embarazos forzados de las víctimas de violación sexual, siendo las más afectadas las adolescentes entre 14 y 17 años (42%) y niñas entre 10 a 13 años (23%)⁽²⁶⁾.

Por ello, la Defensoría del Pueblo recomendó que el Poder judicial resuelva ordenando al MINSA distribuir la AOE, garantizando así el acceso al derecho a la salud en condiciones de igualdad para todas las mujeres.

VII. Conclusiones

La interpretación de las disposiciones de la Convención, que realiza la Corte IDH, es vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo al propio Tribunal Constitucional del Perú.

De hecho el órgano de control de la Constitución tiene decidido que la Corte IDH es el “guardián último de los derechos en la Región”⁽²⁷⁾.

La Corte IDH estableció que la concepción, en el sentido del artículo 4.1 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero y no se produce por la mera fecundación, rechazando esta última tesis por inconvencional.

Ante ello, cabe concluir, que cualquier medio anticonceptivo cuyos efectos se desplieguen antes del momento de la implantación del óvulo

⁽²⁶⁾ POLICIA NACIONAL DEL PERÚ. Anuario Estadístico 2013. Lima: PNP, 2014. En: https://www.pnp.gob.pe/anuario_estadistico/documentos/anuario_estadistico_2013.pdf Consulta: 22 de agosto de 2016.

⁽²⁷⁾ Expediente N° 0217-2002-HC/TC, Fundamento Jurídico 2.

fecundado – como es el caso del AOE - no puede ser calificado como abortivo. En consecuencia, el AOE es un medio anticonceptivo que no afecta el contenido iusfundamental del derecho a la vida y por ende debe ser ofrecido como una opción para aquellas personas que recurren al sistema de salud en busca de medios de planificación familiar.

VIII. Lista de referencias

Textos:

BANDEIRA GALINDO, George Rodrigo. (2015) El valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: LÓPEZ GUERRA, Luís y SAIZ ARNAIZ, Alejandro (Directores). Los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos. Una introducción desde la perspectiva del diálogo entre tribunales. Lima: Edit. Palestra.

COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER:

Observaciones finales para el sexto informe periódico del Perú. 37º periodo de sesiones, 15 de enero al 2 de febrero del 2007.

Recomendación reiterada en las Observaciones finales sobre los informes periódicos séptimo y octavo combinados del Perú. 1217º y 1218º período de sesiones, 1 de julio de 2014.

POLICIA NACIONAL DEL PERÚ. Anuario Estadístico 2013. Lima: PNP, 2014. En: https://www.pnp.gob.pe/anuario_estadistico/documentos/anuario_estadistico_2013.pdf Consulta: 22 de agosto de 2016.

MINISTERIO DE SALUD, Manual de Salud Reproductiva: Métodos y Procedimientos. Aprobado por Resolución Ministerial N° 738-92-SA/DM.

SOCIEDAD PERUANA DE OBSTETRICIA Y GINECOLOGÍA, Comunicado sobre la anticoncepción oral de emergencia, de febrero de 2003.

Defensoría del Pueblo:

Informe Defensorial N° 69, La aplicación de la anticoncepción quirúrgica y los derechos reproductivos.

Informe Defensorial N° 78, “La anticoncepción oral de emergencia”, Defensoría del Pueblo, Lima, 2003.

Sentencias del Tribunal Constitucional

Expediente N° 0217-2002-HC/TC

Expediente N° 7435-2006-PC/TC

Expediente N° 2730-2006-PA/TC.

Expediente N° 2005-2009-PC/TC

Sentencias de La Corte Interamericana de Derechos Humanos

Sentencia la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 28 de noviembre de 2012

Sentencia Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, de 24 de noviembre de 2006, para 128.

Sentencia Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, de 12 de agosto de 2008.

Perspectiva constitucional de las dimensiones cautelares y autosatisfactivas de la tutela diferenciada, en el ámbito del derecho procesal civil peruano

Constitutional perspective of the precautionary and self-satisfying dimensions of differentiated protection, in the area of peruvian civil procedural law

ROJAS TORRES, Luis Ángel(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Del basamento constitucional de la tutela jurisdiccional efectiva, al surgimiento de la tutela diferenciada en el derecho procesal. 2.1. El derecho constitucional a la tutela jurisdiccional efectiva. 2.2. El surgimiento de la tutela diferenciada en el derecho procesal. III. La dimensión cautelar en la tutela diferenciada. 3.1. Breve evolución histórica de las medidas cautelares. 3.2. En busca de una definición cautelar. 3.3. Características y presupuestos de las medidas cautelares. IV.

(*) Abogado, docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, con estudios de maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la Escuela de Postgrado de la UNC. Ganador del VII Premio a la Excelencia Académica en Derecho: "José León Barandiarán Hart". Email: elsonidoenmigrante@hotmail.com

La dimensión autosatisfactiva de la tutela diferenciada. 4.1. En busca de una definición autosatisfactiva. 4.2. Sus características y presupuestos. V. Conclusiones. VI. Lista de referencias.

Resumen: El presente ensayo que nos convoca en esta oportunidad, y que tenemos el placer de publicar en la prestigiosa revista académica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, está estrictamente destinado a cubrir una meta primordial, consistente en encontrar y analizar, desde una perspectiva constitucional, las concepciones más apropiadas que permitan formar una idea sólida en torno a las medidas que surgen de la llamada Tutela Diferenciada. Tutela, que ha venido tomando fuerza y que ha sido pasible de numerosos tratamientos jurídicos, como los realizados por el Dr. Juan José Monroy Palacios en su obra “Bases para la Formación de una Teoría Cautelar”, así como los planteados por Dr. Carlos A Silva Muñoz, en su obra “Medidas Autosatisfactivas en el Derecho Procesal Peruano”. Obras que han servido de base ideológica para la consolidación del presente ensayo.

Palabras clave: Perspectiva constitucional; dimensiones cautelares y autosatisfactivas; tutela diferenciada; derecho procesal civil peruano.

Abstract: *The present essay that invites us on this occasion, and which we have the pleasure of publishing in the prestigious academic journal of the Faculty of Law and Political Sciences of the National University of Cajamarca, is strictly destined to cover a primordial goal, to find and To analyze, from a constitutional perspective, the most appropriate conceptions that allow to form a solid idea around the measures that arise from the so-called Differentiated Tutela. Tutela, which has been taking force and has been susceptible of numerous legal treatments, such as those made by Dr. Juan José Monroy Palacios in his work “Bases for the Formation of a Precautionary Theory”, as well as those raised by Dr. Carlos A Silva Muñoz, in his book “Self-Satisfactory Measures in Peruvian Procedural Law”. Works that have served as ideological basis for the consolidation of this essay.*

Key words: *Constitutional perspective; precautionary and self-satisfying dimensions; differentiated guardianship; peruvian civil procedural law.*

I. Introducción

A lo largo del transcurso evolutivo del derecho procesal, que data desde la época romana, han venido surgiendo una serie de concepciones ligadas al empleo efectivo del proceso. Es así, que la constante principal, siempre estuvo y estará relacionada con la búsqueda de la solución ante los problemas jurídicos que requieren de una salida inmediata y efectiva del derecho, entendido éste, como aquel instrumento socio-jurídico cimentado exclusivamente para el servicio del prójimo y no como un ente u objeto de maniobra político-estatal utilizado usualmente para controlar a diestra y siniestra la prestación social de justicia, desfigurando por completo la finalidad apriorística del Estado Constitucional de Derecho, consistente en brindar a sus ciudadanos una efectiva paz social.

Por su parte es preciso hacer recordar también, que con el surgimiento del Estado Constitucional de Derecho, la obligación social consistente en brindar una solución efectiva a los conflictos inter-subjetivos e incertidumbres jurídicas, se ha convertido en un compromiso estatal que al prohibir la aplicación de la autotutela en la solución de problemas, ocasionó inmediatamente el surgimiento de un deber y poder del cuerpo político de la nación, nos estamos refiriendo al imperio estatal de la administración de justicia. Así, desde tal perspectiva, dicha potestad estatal que se traduce en los textos constitucionales contemporáneos como el irrestricto derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, no sólo significa proporcionar una tutela ordinaria, sino también, una tutela diferenciada o revolucionaria, que permita invocar una protección asegurativa mediante un procedimiento incidental (medida cautelar); o en su caso, una protección imperiosa de solución inmediata sobre el fondo a través de un proceso autónomo (medida autosatisfactiva). Todo esto, con el objetivo de fortalecer la actuación efectiva del derecho procesal.

En ese sentido, a continuación procederemos a ensayar una concepción referente a la tutela diferenciada en sus dimensiones cautelares y autosatisfactivas desarrolladas en el ámbito del derecho procesal civil peruano; para lo cual, partiremos de la idea general que nos proporciona el derecho constitucional a la tutela jurisdiccional efectiva.

II. Del basamento constitucional de la tutela jurisdiccional efectiva, al surgimiento de la tutela diferenciada en el derecho procesal

2.1. El derecho constitucional a la tutela jurisdiccional efectiva

Nuestro vigente código político en su artículo 139º inciso 3º, consagra como derecho fundamental de la persona humana y por ende también como el deber prioritario de la función jurisdiccional, la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, entendida ésta última como la prerrogativa del Estado por la cual éste mantiene la actividad judicial de resolver conflictos de intereses con relevancia jurídica, ante la prohibición de la justicia por acción directa o autotutela.

Ante ello, el concepto de tutela jurisdiccional, a criterio del doctor Juan José Monroy Palacios, debe complementarse con la concepción de tutela procesal efectiva, concepto, que vendría a superar las insuficiencias estructurales de la referida tutela, al establecer que “(...) sólo es posible otorgar una tutela procesal satisfactiva cuando el órgano jurisdiccional ha formado una cognición plena, es decir, tenga o adquiera una certeza absoluta respecto del objeto que se discute en el proceso (...)” (Monroy Palacios, 2002, pág. 107). Sin embargo, el referido autor manifiesta que las formas pacíficas de brindar tutela procesal, como son la tutela de conocimiento pleno (transformación de los hechos en derecho, hasta llegar a una certeza plena por parte del juez) y la tutela ejecutiva (transformación del derecho en hecho), no son suficientes para el logro efectivo del proceso, por lo cual el conocido aforismo *nulla executio título* (no puede haber ejecución sin título), en la concepción contemporánea del derecho procesal, no es realmente absoluta. Desde tal óptica y siguiendo el criterio del mismo autor, el conocimiento pleno de los hechos por parte del juez, como la garantía de la tutela jurisdiccional efectiva, “(...) sigue ocupando un lugar importante en la teoría general del proceso, pero ha tenido que ceder espacio a otro tipo de cognición destinado a situaciones de urgencia. Así es como aparece la cognición sumaria, por oposición a la tradicional cognición plena. Mientras que la primera supone un juicio de probabilidad, la segunda implica uno de certeza (...)” (Monroy Palacios, 2002, pág. 119).

A su turno, Carlos A. Silva Muñoz citando al maestro Monroy Gálvez, indica que la tutela de conocimiento pleno, al reflejarse en el proceso ordinario, “(...) se convirtió en el proceso tipo en todos los ordenamientos procesales y sirvió para tramitar aquellas pretensiones en las cuales se requiere que el juez llegue a un grado de conocimiento o certeza de los hechos en tal magnitud que sólo así le sea posible resolver debidamente el conflicto de intereses que se le ha puesto a su conocimiento (...)” (Silva Muñoz, 2005, pág. 62); sin embargo, no podemos olvidar la concepción contemporánea que implica el concepto de tutela urgente, y que más adelante será debidamente desarrollada a plenitud.

Finalmente, para culminar este acápite, se puede decir que la tutela jurisdiccional efectiva, no sólo se agota en una protección del conocimiento pleno de los hechos por parte de iudex, ni en la protección o tutela ejecutiva que busca la realización de lo decidido, sino también implica, a su vez:

- Una defensa de conocimiento sumario, realizado en un procedimiento incidental mediante un juicio de probabilidad, en el caso de las medidas cautelares; y
- Una defensa de conocimiento también sumario, realizado en un proceso autónomo mediante un juicio de mayor probabilidad, en el caso de las medidas autosatisfactivas.

2.2. El surgimiento de la tutela diferenciada en el derecho procesal

Al respecto, Juan José Monroy Palacios, citando al jurista Dinamarco Cándido Rangel, manifiesta que el fenómeno procesal se ha desarrollado en tres grandes periodos, cuyo desarrollo es importante tener en cuenta, para poder ubicar el surgimiento de una tutela especial de protección. Nos estamos refiriendo a la tutela diferenciada, que es la corriente doctrinaria que sirve de base primordial para la realización del presente estudio. Desde tal perspectiva, los tres grandes periodos del fenómeno procesal son:

- **El procedimentalismo.** Periodo en cual no existía en forma estricta el derecho procesal, pues éste se localizaba dentro del derecho

material, con una serie de conocimientos estrictamente empíricos, sin la mínima conciencia de principios ni conceptos propios. El proceso no era aún un proceso, pues sólo llegaba a ser una escueta técnica o destreza de afirmación de las situaciones jurídicas ya protegidas por el derecho material. En este periodo, el fenómeno procesal estaba lejos de convertirse en una ciencia autónoma;

- **La autonomía conceptual del fenómeno procesal.** Este periodo empieza con los grandes aportes doctrinarios de juristas alemanes e italianos, quienes llegaron a establecer que la organización y funcionamiento de la relación procesal, es diferente a la estructura de la relación material. Frente a ello, este significativo avance en el campo procesal, permitió el desarrollo de categorías jurídicas propias, como por ejemplo los conceptos de acción, demanda, jurisdicción, entre otros;
- **El instrumentalismo procesal.** Se trata de un periodo contemporáneo y se inicia con la concepción sistemática del derecho procesal, al concebir al proceso como un instrumento que interactúa en un conjunto ordenado y sistematizado de conceptos jurídico-legales estables, y también al tener como objetivo, la labor de convertirlo en una herramienta al servicio del hombre y no en un instrumento que origine su perdición. Por ello, es en esta fase en donde se puede ubicar el surgimiento de la llamada tutela diferenciada, y para ser más explícitos, según Monroy Palacios quien citando al jurista italiano Vittorio Denti, expresa que “(...) a partir de los años cincuenta, se configura en Europa una etapa denominada por Denti, post-sistemática en la cual el concepto de sistema pasa a un segundo plano y se privilegia, por el contrario, un conjunto de franjas de interés específicas (...) Así, aparecen los estudios que inciden sobre la eficacia del proceso a través de la llamada tutela diferenciada, la búsqueda por fortalecer el compromiso estatal hacia un real acceso a la justicia, a través de instancias como beneficio legal para las clases económicamente más débiles(...)” (Monroy Palacios, 2002, pág. 68).

A su turno, los juristas peruanos Monroy Gálvez y Monroy Palacios, suelen llamar a esta tutela especial, bajo el nombre de tutela diferenciada,

para hacer referencia a una de las más trascendentales corrientes doctrinales que ha venido desarrollándose al interior del derecho procesal contemporáneo, y que busca fehacientemente ampliar los horizontes en el acceso a la justicia, estableciendo por ende un conjunto de mecanismos basados en una cognición sumaria (medidas cautelares y medidas autosatisfactivas) que permitan una mejor prestación jurisdiccional por parte del Estado.

Por su parte, hay que tener en cuenta también que juristas argentinos, como Jorge W. Peyrano, denominan a esta tutela especial, bajo el rótulo de tutela urgente, para hacer referencia a la prestación de una tutela efectiva y oportuna que germine como alternativa frente a la tradicional tutela jurisdiccional ordinaria.

Para finalizar esta sección, es menester citar al jurista Silva Muñoz, quien de una manera muy acertada empieza por ubicar el tema de la tutela urgente o diferenciada en el ámbito del derecho internacional público. Es así, que el basamento constitucional de la tutela jurisdiccional efectiva interna o nacional (Art.139º, inciso 3º), debe complementarse con el basamento internacional de la tutela jurisdiccional efectiva supranacional del derecho público (Arts. 8, inciso 1º y 25º, inciso 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

III. La dimensión cautelar en la tutela diferenciada

3.1. Breve evolución histórica de las medidas cautelares

Siguiendo el estudio realizado por Monroy Palacios en su obra “Bases para la Formación de una Teoría Cautelar”, resulta indispensable, para tener una visión completa sobre el tema, conocer los principales antecedentes históricos de las cautelares. Evolución que se inició en la antigua roma, con el surgimiento de figuras jurídicas de peculiar existencia, como son:

- **La manus iniectio.** Es el antecedente más remoto y peculiar de las cautelares, y la podemos ubicar en el periodo romano arcaico de las legis actines, y consistía en otorgar a los acreedores, el poder de aprehensión material de índole extrajudicial, sobre el cuerpo del deudor;

- **La *addictus*.** Surge con la aparición de la ley de las XII tablas en el periodo republicano romano, y consistía en la calidad de garantía que recaía sobre la persona del deudor al momento de iniciarse la ejecución de la deuda. Esta figura convertía al deudor en un esclavo, cuando no se cumplía con el pago adeudado;
- **La *i operis novi nuntiatio*.** Surge con la finalidad de prohibir al propietario de un fundo, la conclusión de una obra ya iniciada pero no terminada. Si el propietario no cumplía, se podía solicitar una *interdictum demolitorium*, es decir la orden de demoler lo construido.

3.2. En busca de una definición cautelar

Sin ánimos de querer acoger una definición ya planteada en la doctrina, intentaremos construir una propia enunciación cautelar en base a los siguientes lineamientos, a saber:

- Que con el surgimiento de la doctrina de la tutela diferenciada, se advierte la opción de transitar desde el formalismo legalista hacia el realismo jurídico. Es decir, la posibilidad de hacer real lo formal, implicaría que la decisión plasmada en la hoja de una sentencia, sea llevada al campo efectivo de la realidad procesal, pues puede ocurrir que se modifique la relación material que motivó el proceso y origine por consiguiente que la decisión final se torne en irrealizable. Así por ejemplo, imaginemos que ante el proceso iniciado por un acreedor para el cobro de su acreencia, puede pasar que en el transcurso en que se desarrolla la litis, el deudor actuando de mala fe, se despoje de sus pertenencias con el fin de que la decisión final sea de imposible realización. Ante ello, resulta ejemplar la siguiente frase del jurista argentino Enrico Redenti, quien al señalar que con la teoría cautelar, “(...) se trata de evitar que mientras se discute un proceso declarativo sobre la propiedad de un bien, se descubra al final que todo ello no ha servido para nada porque mientras tanto se han escapado los bueyes (...)” (Monroy Palacios, 2002, pág. 79);
- Que frente a la tutela ordinaria de conocimiento pleno por parte del juez que implicaría evidentemente un juicio de certeza, ha surgido como producto de la tutela diferenciada, una tutela asegura-

- tiva y especial de conocimiento sumario que el iudex forja en base a un juicio de probabilidad, y que tiene como propósito principal asegurar la decisión final, pues existe la posibilidad que el derecho del peticionante de la cautelar sea debidamente amparado;
- Que el conocimiento sumario de los hechos y el juicio de probabilidad que realiza el juez, se desarrollan en un procedimiento incidental que depende del proceso principal. La cautelar no es un proceso, es por tanto un procedimiento instrumental para la actuación del derecho; y
- Que las medidas cautelares no sólo aparecen pronosticadas en los códigos procesales civiles, sino es viable hallarlas en las diversas sistematizaciones que rigen los procesos constitucionales, laborales, comerciales y penales. También las encontramos en el derecho material.

En tal sentido y luego de haber plasmado los principales lineamientos en torno a las medidas cautelares, pasaremos a dar una definición especializada en los siguientes términos:

“Se debe entender como medida cautelar aquella dimensión práctica de la tutela diferenciada, que frente a la tutela ordinaria, viene a significar una alternativa de eficacia procesal que permita el conocimiento sumario de los hechos por parte del juez y que en base a un razonamiento de probabilidad llevado a cabo en un procedimiento incidental, se logre que la formalidad jurídica sea llevada directamente al campo de la realidad efectiva del proceso. Sin embargo, las cautelares no se limitan únicamente al ámbito procesal, pues extienden sus manifestaciones a lo largo del ordenamiento jurídico en general”.

3.3. Características y presupuestos de las medidas cautelares

De la definición ensayada líneas arriba, se pueden inferir las siguientes características cautelares:

- Las medidas cautelares al constituirse como una dimensión práctica de la tutela diferenciada, gozan de una autonomía finalística no estructural, es decir, su emancipación se refiere al fin de lograr la ver-

dadera eficacia del proceso, por lo cual, no está referida a la independencia procesal pues son de naturaleza inminentemente incidental;

- Las medidas cautelares son proporcionadas por el iudex en base a un Juicio de probabilidad o fina apariencia del derecho. Al respecto la doctrina suele llamar a esta característica presupuesto; sin embargo, consideramos que la probabilidad en las medidas cautelares es una característica constitutiva de la figura;
- Las medidas cautelares son el instrumento del instrumento, es decir, son utilizadas al interior de un proceso principal (que también actúa como instrumento), para el logro efectivo del proceso;
- Las medidas cautelares al ser utilizadas al interior de un proceso principal, gozan del carácter incidental;
- Las medidas cautelares son naturalmente provisionales, pues existe la posibilidad que el derecho del peticionante sea amparado, es decir, mantendrá su firmeza en tanto no varíe la situación que se intenta proteger;
- La actuación de las medidas cautelares no se limita al campo procesal, pues las encontramos expandidas en todo el ordenamiento jurídico nacional; y
- En las medidas cautelares existe la excepción al principio procesal del contradictorio, es por eso que se dice que son otorgadas *in audita et altera pars*, es decir sin escuchar a la parte contraria. El fundamento de esta excepción se encuentra en el carácter de protección urgente que requiere la relación material que es objeto del proceso, y a la vez, su fundamento se ubica en la necesidad de prevención frente a los actos de mala fe.

Por su parte, siguiendo la clasificación del doctor Monroy Palacios, son presupuestos de las medidas cautelares, los siguientes:

- **El *fumus boni iuris*** (humo bueno del derecho). Es a la vez característica y presupuesto de las medidas cautelares y está referido a la verosimilitud o apariencia del derecho;
- **El *periculum in mora*** (peligro en la demora). Su característica principal a decir de Monroy Palacios, es “(...) el riesgo o amenaza

za inminente de que la pretensión procesal se torne de imposible realización o que disminuya ostensiblemente la posibilidad de su reconocimiento pleno (...)” (Monroy Palacios, 2002, pág. 364). A su turno, el maestro Ugo Rocco señala que el peligro en la demora “(...) no consiste en un peligro del retardo de la providencia definitiva, sino en la posibilidad de que en el periodo necesario para la realización de los intereses tutelados por el derecho mediante el ejercicio de la función jurisdiccional, se verifique un evento, natural o voluntario, que suprima o restrinja tales intereses, haciendo imposible o limitando su realización por medio de los órganos jurisdiccionales (...)” (Silva Muñoz, 2005, pág. 103);

- **La adecuación.** Como presupuesto consideramos que su inclusión en la doctrina es de gran importancia, pues permite determinar al juez “(...) la congruencia y proporcionalidad entre el pedido cautelar y la situación jurídica o fáctica que es objeto de la aseguración (...)” (Monroy Palacios, 2002, pág. 364); y
- **La contra cautela.** Juristas como Monroy Palacios y Monroy Gálvez, plantean que la contra cautela no es un presupuesto elemental en la dación de una cautelar; sin embargo, consideramos que cuando es necesaria su inclusión se convierte en un requisito inseparable de su concesión.

IV. La dimensión autosatisfactiva de la tutela diferenciada

4.1. En busca de una definición autosatisfactiva

Siguiendo la metodología utilizada para definir a las medidas cautelares, procederemos de inmediato a indicar los principales lineamientos que nos permitan construir una concepción clara y precisa acerca de lo que se debe entender por medidas autosatisfactivas. Para tal fin, partiremos de la novedosa corriente argentina, la cual ha concebido *sui generis* un tipo especial de tutela diferenciada, creando nuevos procesos que en algunos asuntos ya han sido materia de legislación.

Por su parte, en el ámbito jurídico peruano, la norma procesal no regula expresamente el tema de las medidas autosatisfactivas, originando con este hecho, el surgimiento de un vacío legal que puede llegar a

ser cubierto en aplicación directa del principio por el cual el juez debe decidir el conflicto de intereses o incertidumbre jurídica, incluso en los casos de vacío o defecto de la ley (Art. 138º inciso 8º de la Constitución; Art. 50º inciso 4º del Código Procesal Civil; y Art. VIII del Título Preliminar del Código Civil).

A continuación, los principales lineamientos en torno a la dimensión autosatisfactiva de la tutela diferenciada, a saber:

- Al igual que en las cautelares, las medidas autosatisfactivas son asimismo una dimensión práctica de la tutela diferenciada, por lo que se advierte también la opción de transitar desde el formalismo legista hacia el realismo jurídico;
- Que ante la presencia cimentada de la tutela ordinaria de conocimiento pleno por parte del iudex que implicaría un juicio de certeza, ha nacido como producto de la tutela diferenciada, una tutela de urgencia con conocimiento sumario que el juez forja en base a un juicio de probabilidad más intenso que el requerido para el dictado de las medidas cautelares, y que tiene como propósito principal la solución inmediata sobre el fondo del pedido que sustenta dicha medida; y
- Que el conocimiento sumario de los hechos y el juicio de probabilidad más intenso que realiza el juez, se desarrollan ya no en un procedimiento incidental, como ocurre en las cautelares, sino en un proceso autónomo que no depende de uno principal pues su vigencia y validez no está supeditada a otra pretensión. Es por eso que se dice que son autosatisfactivas, pues se agotan en sí mismas.

Luego de haber plasmado los principales lineamientos en relación a las medidas autosatisfactivas, pasaremos a dar una definición especializada en los siguientes términos:

“Se debe entender como medida autosatisfactiva, aquella dimensión práctica de la tutela diferenciada, que frente a la tutela ordinaria, viene a simbolizar una alternativa de eficacia procesal que permita el conocimiento sumario de los hechos por parte del juez y que en base a un razonamiento de probabilidad más intenso lle-

vado a cabo en un proceso autónomo, se logre que la formalidad jurídica sea dirigida al campo de la realidad efectiva del proceso”.

4.2. Características y presupuestos

De la definición ensayada líneas arriba, se pueden deducir las siguientes características autosatisfactivas, veamos:

- Dentro de la tutela diferenciada, las medidas autosatisfactivas se caracterizan por tratarse de procesos urgentes y autónomos;
- Requieren de un conocimiento sumario de los hechos, pero con un razonamiento de probabilidad más intenso; y
- Son despachadas *in audita et altera pars*.

A su turno, siguiendo la clasificación del doctrinario Silva Muñoz, son presupuestos de las medidas autosatisfactivas, los que a continuación indicaremos:

- Se hace indispensable una situación de urgencia en la cual exista el riesgo de sufrir no cualquier daño, sino un daño que se encuentre revestido de las condiciones de gravedad o irreparabilidad;
- Se hace imprescindible la presencia de una fuerte probabilidad del derecho; y
- Con respecto a la contra cautela en las medidas autosatisfactivas, compartimos el criterio por el cual se indica que a mayor grado de probabilidad del derecho, menor será la posibilidad de exigir la interposición de una caución.

V. Conclusiones

No quisiéramos concluir el presente ensayo sin antes dejar abierta la posibilidad de seguir escribiendo y analizando posteriormente algunas líneas más, las cuales pasarían a formar parte de un estudio de mayor amplitud y conocimiento científico en torno a las dimensiones cautelares y autosatisfactivas de la tutela diferenciada.

Finalmente, no cabe duda de que la tutela ordinaria no es la única forma de hacer efectivo un proceso, pues el carácter inherentemente constitucional y dinámico del derecho ligado a la constante exigencia social por la solución real de los problemas, han originado el surgimiento de nuevos mecanismos tutelares, urgentes y diferenciados.

VI. Lista de referencias

- MONROY PALACIOS, J. J. (2002). *Bases para la formación de una Teoría Cautelar*. Lima: Comunidad.
- SILVA MUÑOZ, C. A. (2005). *Medidas Autosatisfactivas en el Derecho Procesal Peruano*. Chiclayo, Perú: EPZ.

Fundamentos jurídicos que justifican el uso del hábeas corpus en el derecho de familia

Legal bases which justify the use of habeas corpus in family law

CABANILLAS HERNÁNDEZ, Gilmer(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Metodología. III. Fundamentos Jurídicos del Uso del Habeas Corpus en El Derecho de Familia. IV. Conclusiones. V. Lista de referencias.

RESUMEN: El proceso de Hábeas Corpus que estaba orientado a la protección de la libertad individual física, corporal y ambulatoria por excelencia, ha ingresado al ámbito de protección del Derecho de Familia, llegando a tener relaciones con instituciones como la Tenencia y el Régimen de Visitas, ello gracias al desarrollo jurisprudencial del Tribunal Constitucional Peruano de los principios y derechos conexos a la libertad individual como: el derecho a la vida, a la integridad personal, a la verdad; a la salud, restricciones al establecimiento armónico continuo y solidario de las relaciones familiares, principios de protección especial e interés superior del niño, el derecho a crecer en un ambiente de afecto, de seguridad moral y material, el derecho a tener una familia y no ser separado de ella, etc. Hoy la evolución posi-

(*) Fiscal Provincial de Civil y Familia. Celendín. Email: Gilbercabanillas@hotmail.com

tiva, jurisprudencial, dogmática y doctrinaria del proceso constitucional de Hábeas Corpus despliega un propósito garantista no solamente protegiendo la libertad física corporal, sino también la esfera subjetiva de libertad de la persona humana, perteneciente a todos los ámbitos del libre desarrollo de su personalidad.

Palabras clave: Fundamentos jurídicos, Hábeas Corpus, Derecho de Familia.

Abstract: *The process of Habeas Corpus that was oriented to the protection of individual freedom physical, bodily and ambulatory par excellence, has entered the field of protection of the family law, to have relationships with institutions such as the tenure and the regime of visits, this thanks to the development of the jurisprudence of the Peruvian Constitutional Court of principles and rights-related to individual freedom as: the right to life, to personal integrity, to the truth; to health, restrictions to harmonic establishing ongoing and supportive family relationships, principles of special protection and best interests of the child, the right to grow up in an environment of affection of moral and material, security, the right to have a family and not be separated from it, etc. Today the evolution, positive, jurisprudential, dogmatic and doctrinal constitutional Habeas Corpus process deploys a purpose guarantees not only protecting the body physical liberty but protects the subjective sphere of freedom of the person human, belonging to all the areas of the free development of his personality.*

Key words: *Legal bases, Habeas Corpus, right to family*

I. Introducción

El Derecho de Familia se ha actualizado y adecuado a nuevas situaciones familiares, sociales, económicas y culturales, etc. Dicho proceso evolutivo reconoce igualdad de derechos y garantías a todos los involucrados en un conflicto familiar, lo que en nuestro sistema jurídico tradicional no se reconocía por una visión machista, excluyente, paternalista, hecho que ha llevado al Derecho de Familia entrar en un proceso activo de transformación desplegado por la Corte Suprema de Justicia de la República y el Tribunal Constitucional.

Dentro de esta línea proteccionista del Derecho de Familia, juega un papel preponderante los derechos fundamentales concebidos como

derechos inherentes a la persona humana, que han merecido la preocupación de los Estados a efectos de brindar una adecuada protección, garantizando una vigencia efectiva con diferentes mecanismos. Así, en el Perú, un mecanismo de protección la constituye el proceso de Hábeas Corpus. Dicho proceso constituye una garantía que busca que cualquier persona que sienta afectado su derecho a la libertad individual o derecho conexo a él, puede recurrir al órgano judicial a fin de obtener su tutela.

El proceso de Hábeas Corpus, que inicialmente estaba orientado a una interpretación restringida de la libertad personal, centrándose exclusivamente en la protección de la libertad física, corporal y ambulatoria de la persona humana; posteriormente su ámbito de protección fue ampliándose, gracias a la labor desplegada por el Tribunal Constitucional peruano, ya que a través de su jurisprudencia, la concepción restringida que se tenía ha sido ampliada a otros derechos conexos con la libertad individual, como: el derecho a la vida; a la integridad física, psíquica y moral; a no ser incomunicado; a la verdad; a la salud; a ser juzgado en un plazo razonable; restricciones al establecimiento armónico continuo y solidario de las relaciones familiares; protección especial e interés superior del niño; el derecho a crecer en un ambiente de afecto de seguridad moral y material; el derecho a tener una familia y no ser separado de ella, etc.

Este desarrollo jurisprudencial amplió el ámbito de protección del proceso de Hábeas Corpus, llegando a tener relaciones con instituciones propias del Derecho de Familia como la Tenencia y el Régimen de Visitas. Así, inicialmente, temas que se consideraban ajenos al proceso de Hábeas Corpus, empezaron a tener un espacio en el ámbito de protección de dicha garantía constitucional. El Tribunal Constitucional advirtió que el proceso de Hábeas Corpus también resultaba idóneo para tutelar denuncias referidas a restricciones al establecimiento armónico continuo y solidario de las relaciones familiares. En dicho contexto, en la sentencia N° 01317-2008-PHC/TC señaló: “El proceso constitucional de Hábeas Corpus aun cuando tradicionalmente ha sido concebido como un mecanismo procesal orientado por antonomasia, a la tutela del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental

a la libertad personal, su evolución positiva, jurisprudencial, dogmática y doctrinaria denota que su propósito garantista trascienda el objetivo descrito para convertirse en una verdadera vía de protección de lo que podría denominarse la esfera subjetiva de libertad de la persona humana, correspondiente no sólo al equilibrio de su núcleo psicosomático, sino también a todos aquellos ámbitos del libre desarrollo de su personalidad que se encuentren en relación directa con la salvaguarda del referido equilibrio”.

La problemática está orientado a que siendo el Proceso Constitucional de Hábeas Corpus de naturaleza especial que protege la libertad individual corporal por antonomasia, se extienda al ámbito del Derecho de Familia, a fin de proteger la libertad, la dignidad, la libertad personal, de la familia y de los menores; en tanto la Tenencia y Régimen de Visitas, no resultan eficaces a la protección de los principios de protección especial e interés superior del niño y a los derechos a crecer en ambiente de afecto y de seguridad moral y material y el derecho a tener una familia y no ser separado de ella, siendo que en algunos casos no basta tener sentencia favorable que ordene la tenencia o el régimen de visitas a favor de uno de los padres para garantizar los principios y derechos citados, sino que en muchos casos se ha tenido que acudir al proceso de Hábeas Corpus, a fin hacer efectivo el derecho o la sentencia judicial a favor de uno de los padres y/o familiares.

II. Metodología

El estudio fue de diseño no Experimental; por el fin que persigue, básica; por el diseño de investigación, descriptivo- explicativa y propositiva, en el sentido que se sugiere una modificación a la parte in fine del artículo 25º del Código Procesal Constitucional, incorporando como un derecho conexo derivado de la libertad personal, el principio de protección al vínculo familiar. La unidad de análisis lo constituyó la norma prescrita en el artículo 200 inciso 1) de la Constitución Política que regula la Garantía Constitucional del Hábeas Corpus, así como el último párrafo del artículo 25º de Código Procesal Constitucional, procedencia del Hábeas Corpus en defensa de los derechos constitucionales conexos

con la libertad individual. De igual manera, las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en relación a la garantía Constitucional del Hábeas Corpus en el Derecho de Familia desde el año 2008 a la actualidad, tales como: STC EXP.Nº 1713-2008-PHC/TC, Caso Tudela; STC EXP.Nº 1817-2009-PHC/TC, Caso Shelah Allison Hoefken; STC EXP. Nº 05003-2009-PHC/TC, Caso Adelaida Fajardo Nuñiberto; STC EXP. Nº 05787-2009-PHC/TC, Caso Liliana Suito Río de Illescas; STC EXP.Nº 1905-2012-PHC/TC, Caso Roxana Shuara Ricci, etc.

Los métodos empleados fueron: **a)** Analítico - sintético, los cuales me permitieron estudiar la norma vigente e interpretar las sentencias del Tribunal Constitucional, permitiendo determinar describir y explicar, cuáles son las razones jurídicas que justifican el uso del Hábeas Corpus en el Derecho de Familia. **b)** Deductivo, que sirvió como una conclusión lógica, luego de la reflexión que se hizo, aplicando razonamientos válidos, contrastando de lo general a lo particular. **c)** Dogmático Jurídico, ha sido el más adecuado para el desarrollo de la investigación porque me permitió estudiar las Instituciones Jurídicas referidas al Hábeas Corpus, Principios y Derechos, La Familia, Instituciones Tutelares del Derecho de Familia como la Tenencia y Régimen de Visitas, etc. **d)** Hermenéutico Jurídico, me permitió hacer una interpretación jurídica de las normas referidas a los fundamentos jurídicos del Hábeas Corpus en el Derecho de Familia. **e)** Lógico, sirvió para diferenciar entre la simple explicación gramatical del texto normativo con la jurisprudencia constitucional vertida por el Tribunal Constitucional, lo cual permitió arribar a conclusiones válidas.

Como técnicas, se empleó: **a)** fichaje, me permitió organizar el estudio de la normatividad, doctrina y jurisprudencia peruana, como su instrumento se utilizó las fichas en sus diferentes modalidades. **b)** Análisis de contenido, tanto en la sentencias como en la doctrina, prestando especial atención a las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en relación al tema, como instrumento se utilizó la libreta de notas. **c)** Análisis Documental, la cual fue de gran importancia, me permitió la revisión bibliográfica para la elaboración del marco teórico en que se sustenta la investigación, como instrumento se utilizó la libreta de notas.

III. Fundamentos jurídicos del uso del habeas corpus en el derecho de familia

Los fundamentos jurídicos que justifican el uso del Hábeas Corpus en el Derecho de Familia lo constituyen el principio de protección especial e interés superior del niño, los derechos a crecer en un ambiente de afecto de seguridad moral y material y el derecho a tener una familia y no ser separado de ella, así tenemos:

3.1. El Principio de Protección Especial del Niño

Este principio se erige en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como un principio fundamental, regulado en la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, parte de la premisa de que los niños son lo mejor que tiene la humanidad, razón por la cual deben ser especialmente protegidos; la Declaración de los Derechos del Niño, en su Principio 2 señala que el *“niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios (...) para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad”*; la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 25.2 reconoce este principio al señalar que la infancia tiene *“derecho a cuidados y asistencia especiales”*; la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 3.1 reconoce que los *“Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar”*; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 19º dispone que todo *“niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”*, etc.

En el ámbito nacional, el artículo 4º de la Constitución peruana, reconoce que la *“comunidad y el Estado protegen especialmente al niño”*. Este principio ha sido desarrollado ampliamente, por el Tribunal Constitucional peruano en reiterada jurisprudencia, así en la sentencia N° 1817-2009-PHC/TC (f.j.7), establece: *“En buena cuenta, en virtud de este principio el niño tiene derecho a disfrutar de una atención y protección especial y a gozar de las oportunidades para desarrollarse de una manera saludable, integral y normal, en condiciones de libertad y de dignidad. Por ello, ningún acto*

legislativo puede desconocer los derechos de los niños ni prever medidas inadecuadas para garantizar su desarrollo integral y armónico, pues en virtud del artículo 4º de la Constitución, el bienestar (físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social) del niño se erige como un objetivo constitucional que tiene que ser realizado por la sociedad, la comunidad, la familia y el Estado”. De ahí que, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte IDH), partiendo de la premisa de que el niño es un sujeto de derecho de protección especial para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, haya destacado que la *“protección de los niños en los instrumentos internacionales tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de aquéllos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos”* (CORTE IDH. Opinión Consultiva OC-17/02/2002)

3.2. El Principio de Interés Superior del Niño

Reconocido en la Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución 1386 del 20 de noviembre de 1959, que establece: *“El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”*. En sentido similar, la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución 44/25 del 20 de noviembre de 1989, ratificada por el Perú mediante Resolución Legislativa 25278, del 3 de agosto de 1990, prescribe: *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*. Este principio, también ha sido regulado en el artículo 16º del Protocolo de San Salvador, el cual establece que todo *“niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad, de la comunidad y del Estado”*.

En el Perú este principio universal ha sido recogido en el artículo 4º de la Constitución vigente y el artículo IX del Título Preliminar

del Código de los Niños y Adolescentes que establece “*En toda medida concerniente al niño y adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considere el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos*”.

El Estado entonces, a través de sus diferentes órganos, asume el deber positivo de adoptar todas las acciones y medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas necesarias y eficaces orientadas a proteger a los niños contra cualquier clase de violencia (abuso físico o mental, descuido, trato negligente, malos tratos o explotación) de que sean víctimas, ya sea éste proveniente de autoridades públicas, de sus familiares o de terceros, tales como el maltrato de uno de los padres o el descuido de los padres para satisfacer sus necesidades sociales básicas; en estos casos, el Estado tiene el deber de intervenir para protegerlos. Este principio también impone que la elaboración, interpretación y aplicación de las normas relacionadas con los niños, así como las políticas públicas y programas sociales, deban estar dirigidas al pleno, armonioso e integral desarrollo de su personalidad en condiciones de libertad, bienestar y dignidad. Así la Corte IDH, ha precisado que para determinar la prevalencia del interés superior del niño y materializar la adopción de atenciones, cuidados y medidas especiales de protección, es preciso “ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se halla el niño”.

El Tribunal Constitucional peruano, en la Sentencia N° 03247-2008-PHC/TC (f.j.8) deja establecido que el principio del interés superior del niño, es la plena satisfacción de sus derechos, los cuales son el contenido del principio, existiendo por tanto, una idea entre el interés y los derechos, así en una interpretación garantista se establece: “*Que frente a esta situación la doctrina de protección integral se asienta en el interés superior del niño (artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño), cuyo fin y forma de interpretación es (...) la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos; interés y derechos, en este caso se identifican. Todo interés superior pasa a estar mediado por referirse estrictamente a lo declarado derecho; por su parte, solo lo que es considerado derecho puede ser interés superior*”

El Derecho a crecer en un ambiente de afecto, de seguridad moral y material. Reconocido en el Principio 6 de la Declaración de los Derechos del Niño, que establece: “*El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad necesita de amor y comprensión. Siempre que sea posible deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre (...)*”. En virtud de este derecho, la familia y, en su defecto, el Estado, la sociedad y la comunidad, asumen la obligación de cuidar, asistir y proteger al niño para procurar que tenga un nivel de vida adecuado y digno para su desarrollo físico, psíquico, afectivo, intelectual, ético, espiritual y social. La eficacia de este derecho pone de relieve la importancia de las relaciones parentales, toda vez que los padres son los primeros en dar protección y amor a sus hijos, así como en satisfacer sus derechos. Por ello, el cuidado y amor que los padres le prodigan y el respeto a sus cualidades, defectos y talentos especiales, aseguran que el derecho del niño a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material sea satisfecho.

Ello no significa que el Estado tenga que imponer a los padres la obligación de convivir o de mantener relaciones conjuntas como único mecanismo de protección del niño; pero sí comporta que, ante la ruptura de la relación entre los padres y a falta de acuerdo entre ellos, resulte necesaria la intervención del Estado para definir la estabilidad familiar del niño, a través de la fijación de la custodia y del régimen de visitas, conforme al proceso establecido para tal efecto. Cuando las relaciones entre los padres generen actos de violencia familiar, la medida más adecuada e idónea a fin de tutelar el interés superior del niño es la separación de los padres, para que el niño pueda desarrollarse en un ambiente armonioso y de afecto; sin embargo, ello no puede impedirle ni restringirle su derecho a mantener de modo regular relaciones personales y contacto directo con el padre separado. En este sentido, el artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que: “*Los Estados Partes tiene el deber de respetar el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño*”. Este derecho ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional

Peruano en la Sentencia N° 02892-2010-PHCT/TC (f.j.4 y 8) establece: *“La importancia de las relaciones parentales está en que los padres son los primeros en dar protección y amor a sus hijos, así como en satisfacer sus derechos (...) En determinados casos la negativa de uno de los padres de dejar ver a sus hijos constituye un acto violatorio de los derechos a tener una familia, crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material e incluso a la integridad personal y otros derechos fundamentales”*.

1.3. El Derecho a tener una familia y no ser separado de ella

Este derecho fundamental se encuentra implícitamente consagrado en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, donde se reconoce que: *“el niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”* y su artículo 9.1 establece que: *“los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos”*. En la legislación peruana este derecho se encuentra reconocido en el artículo 8° del Código de los Niños y Adolescentes, que prescribe *“El niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia”*. En tal sentido se determina que el niño y adolescente tienen la facultad de desarrollarse en su núcleo familiar, con el objeto que alcancen su adecuado desarrollo psicobiológico; y el supuesto que carecieran de su familia natural, tendrá el derecho de vivir en una familia sustituta. Este derecho aparece derivado y/o implícito de aquel dinamismo de derechos fundamentales –dignidad humana– como valores y principios, en esta línea de pensamiento el niño y el adolescente tiene derecho a tener una familia y a vivir con ella, a fin de satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas, debido a que éste es el instituto básico, natural y fundamental de la sociedad, para el desenvolvimiento y bienestar de sus miembros, especialmente los niños y los adolescentes.

El disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia y una manifestación del derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella, que aun cuando los padres estén separados de sus hijos impone que la convivencia familiar deba estar garantizada, salvo que no exista un ambiente

familiar de estabilidad y bienestar; de ahí que la familia debe ser la primera en proporcionar la mejor protección a los niños contra el abuso, el descuido y la explotación, así como en adoptar y ejecutar directamente medidas dirigidas a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y bienestar del niño. Al respecto el Tribunal Constitucional en la Sentencia N° 02892-2010-PHCT/TC (f.j.5) estableció: *“Es de especial relevancia tener en cuenta que la protección a la afectividad a la familia y el derecho de interrelación entre padres e hijos, es irrestricto, no pudiendo ninguna autoridad, funcionario o persona prohibir o limitar su ejercicio, salvo que exista causal grave comprobada para ello, pues el contacto directo y las expresiones de afecto cobran importancia gravitante para la integridad emocional de ambos”*.

Consolidando el desarrollo de los fundamentos jurídicos que justifican el uso del Hábeas Corpus en el Derecho de Familia, el Tribunal Constitucional Peruano en un primer momento ha establecido que no corresponde a la vía constitucional conflictos jurídicos de orden familiar, no le compete a este Colegiado determinar si la tenencia le corresponde a uno u otro padre, o restablecer el régimen de visitas judicialmente impuesto; estimar una demanda así, implicaría una invasión del fuero de la justicia ordinaria (STC N° 05530-2008-PHC/TC. f. j. 4). Posteriormente, el Supremo Intérprete de la Constitución, acepta que en algunos casos excepcionales, relativos a regímenes de visitas, puede pronunciarse sobre el fondo de la controversia. De esta manera reconoce que la vulneración de alguno de los fundamentos jurídicos desarrollados líneas arriba y en los casos en que las posibilidades de respuesta de la jurisdicción ordinaria hayan sido claramente desbordadas, se puede acudir de manera excepcional a la justicia constitucional, así ha resultado sobre el fondo, en la STC Exp. N° 01817-2009-PHC/TC, que declaró FUNDADA la demanda por haberse acreditado la vulneración de los derechos a la libertad individual, a la integridad personal, a tener una familia y no ser separado de ella, a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material y a la efectividad de las resoluciones judiciales. Otras de las sentencias que obtuvo pronunciamiento sobre el fondo son la STC N° 04227-2010-PHC/TC, STC Exp. N° 01905-2012-PHC/TC, STC Exp. N° 05003-2009-PHC/TC, Finalmente STC Exp. N° 05787-2009-PHC/TC.

En tal sentido observamos que el Tribunal Constitucional ha concebido al ser humano como un ser conformado por una serie de factores que hace su unidad, advierte que su equilibrio está constituido no sólo por su cuerpo, sino que es un todo que engloba el físico, la psiquis, así como la parte emocional e ideológica, razón por la que se busca la protección del individuo como un todo, como una unidad, haciendo que el ámbito de protección a través del proceso de Hábeas Corpus no se centre en la parte física sino en todos sus componentes que hacen su unidad, superando la tesis que permitía que el juez constitucional – principalmente – verificar si la demanda afectaba el derecho a la libertad individual o a sus derechos conexos; por ende si Juan Pérez interponía demanda a favor de su menor hijo, en la que denunciaba que a pesar de tener una sentencia judicial a su favor que dispone un régimen de visitas, no se le permite verlo, afectando así el derecho del menor a tener una familia y a no ser separado de ella, así como su derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material, el juez constitucional declaraba la improcedencia de la demanda en atención a que dicha pretensión no incide en forma negativa en el derecho a la libertad del menor, situación que ha sido superada y que con la presente investigación se pretende desterrar tal razonamiento del juez constitucional al resolver casos de hábeas corpus relacionado con instituciones del Derecho de Familia como tenencia y régimen de visitas; por ende al presentarse en la actualidad conflictos dentro del núcleo familiar que afecten no sólo a los padres, sino a la integridad de los hijos menores, la justicia constitucional se encuentra legitimada para intervenir a fin de tutelar tanto los derechos de los padres como de los menores a través del proceso del Hábeas Corpus relacionados con temas de familia.

Por tal razón propongo una modificatoria a la parte in fine del artículo 25º del código Procesal Constitucional en el sentido que debe incluirse en la defensa de los derechos constitucionales conexos con la libertad personal, especialmente cuando se trata del debido proceso, inviolabilidad del domicilio y el principio de protección al vínculo familiar. En tal sentido el texto quedaría así “...*También procede el Hábeas Corpus en defensa de los derechos constitucionales conexos con la libertad individual, especialmente cuando se trata del debido proceso, la inviolabilidad del domicilio y el principio de protección al vínculo familiar*”.

IV. Conclusiones

1. Los fundamentos jurídicos que justifican el uso de la Garantía Constitucional del Hábeas Corpus en el Derecho de Familia, son los principios de protección especial e interés superior del niño; los derechos fundamentales a crecer en un ambiente de afecto de seguridad moral y material, el derecho a tener una familia y no ser separado de ella; encontrándose legitimados los jueces constitucionales para evaluar instituciones jurídicas propias del Derecho de Familia, como la tenencia y régimen de visitas.
2. La concepción restringida que se tenía de los derechos que formaban parte del contenido del derecho a la libertad individual –corporal– protegida por el Hábeas Corpus ha sido ampliada a la esfera subjetiva de la persona humana, gracias a su evolución positiva, dogmática, doctrinaria, jurisprudencial, y a las nuevas concepciones más garantistas de los derechos fundamentales.
3. El Tribunal Constitucional, a partir de una concepción amplia del proceso de Hábeas Corpus, tomando como fundamento “la esfera subjetiva de la libertad de la persona humana”, en aplicación del principio *in dubio pro homine*, ha extendiendo el ámbito de protección al campo del Derecho de Familia, tanto a menores como mayores de edad.
4. El Supremo Interprete de la Constitución desde una concepción amplia de la libertad individual, ha establecido que las restricciones al establecimiento armónico, continuo y solidario de las relaciones familiares, que impiden el vínculo afectivo de todo nexo consanguíneo, que vulneran la integridad personal y el principio de protección a la familia como garantía constitucional, se encuentran dentro del ámbito de protección del Hábeas Corpus.
5. No corresponde al Tribunal Constitucional otorgar la tenencia de los niños y adolescentes a uno de los progenitores, pues ello es competencia de la jurisdicción civil (ordinaria); sin embargo, en cuanto el tema reviste vulneración a los derechos de los menores a contar con un ambiente de afecto y seguridad moral, reconocidos en el Principio 6 de la Declaración de los Derechos del Niño, este tendrá protección constitucional a través del Hábeas Corpus.

V. Lista de referencias

- AGUILAR LL, Benjamín. 2013. Derecho de Familia en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Gaceta Jurídica S.A. Primera Edición. Lima- Perú.
- BERNALES B. Enrique. 1999. La Constitución de 1993- Análisis Comparado. Quinta Edición. Editora Raos S.R.L. Lima- Perú.
- ARRUITERO L. Francisco y H.S. Mesta.2003. Medios de defensa de los Derechos Humanos en el Sistema Internacional. Jurista Editores. Lima- Perú.
- CABALLERO R. Alejandro E. 2002. Guías Metodológicas para los Planes y Tesis de Maestría y Doctorado. Segunda Edición. Lima - Perú.
- CORNEJO CH. Héctor.1999. Derecho Familiar Peruano. Editorial Gaceta Jurídica Décima Edición. Lima- Perú.
- ECO, Humberto. 1983. Cómo se hacer una Tesis. Editorial Gedisa. Barcelona –España.
- ETO C. Gerardo. 2011. El Desarrollo del Derecho Procesal Constitucional a Partir de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano. Editorial ADRUS. Cuarta Edición. Lima- Perú.
- GACETA CONSTITUCIONAL. 2010. Los Derechos Fundamentales: Estudios de los Derechos Constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho. Editorial Gaceta Jurídica S.A. Primera Edición. Lima Perú
- GALLEGOS C. Yolanda. 2008. Manual de Derecho de Familia. Doctrina, Jurisprudencia y Práctica. Jurista Editores, Primera Edición. Lima - Perú.
- HINOSTROZA M. Alberto.1997.Derecho de Familia. Segunda edición, Editorial. FECAT E.I.R.L, Lima-Perú, 1997.
- HINOSTROZA M. Alberto.2012.Procesos Judiciales derivado del Derecho de Familia. Segunda edición, Editorial. Grijley, Lima-Perú.

- LANDA A. César. 2003. Teoría del Derecho Procesal Constitucional. Editorial Palestra, Lima -Perú.
- LINO A. Nicanor. 2013. Instructivo teórico- práctico del diseño y redacción de la Tesis en Derecho. Editorial Grijley. Lima – Perú.
- LINO A. Nicanor.2010. La Investigación Jurídica- Diseño del proyecto de investigación. Estructura y redacción de la tesis. Editorial Grijley. Lima -Perú.
- PLACIDO V. Alex Fernando.2002. Derecho de Familia. Segunda Edición. Gaceta Jurídica. Lima-Perú.
- RAMOS N., Carlos. 2005. Cómo hacer una Tesis de Derecho y no envejecer en el intento. Editorial Gaceta Jurídica. S.A. Tercera Edición. Lima-Perú.
- RAMOS R. Miguel Ángel. 2013 Violencia Familiar, Protección de la víctima frente a las agresiones intrafamiliares. Grupo Editorial Lex & Iuris, Lima-Perú
- RAMOS SUYO, Juan A. 2004. Elabore su Tesis en Derecho: Pre y Post Grado. Primera Edición. Editorial San Marcos. Lima- Perú.
- ROJAS S. Walter Ricardo. 2008. Comentarios al Código de los Niños y Adolescentes y Derecho de Familia. Editora FECAT. E.I.R.L, Tercera Edición. Lima- Perú.
- VARSÍ R. Enrique. 2012. Jurisprudencia Sobre Derecho de Familia. Editorial Gaceta Jurídica. Primera Edición. Lima- Perú.
- VARSÍ R. Enrique. 2012. Tratado de Derecho de Familia: Derecho familiar patrimonial. Relaciones económicas e instituciones supletorias y de amparo familiar. Editorial Gaceta Jurídica. Primera Edición. Tomo III. Lima - Perú.
- VASILACHIS D. G. Irene. 2006. Estrategias de Investigación Cualitativa. Editorial Gedisa S.A. Primera Edición. Barcelona - España.

Influencia de la Declaración de Virginia en la Declaración Francesa de derechos del hombre y del ciudadano

Los enfoques de los derechos

Influence of the declaration of the Virginia declaration of rights of man and of the citizen french rights approaches

SALAZAR SOPLAPUCO, Jorge Luis(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Declaración del buen pueblo de virginia de 1776. III. Declaración francesa de los derechos del hombre. IV. Influencia de las declaraciones. V. Incompatibilidad entre rousseau y la declaración francesa. VI. Modelo historicista de los derechos y la declaración de virginia. VII. Modelo individualista contractualista. VIII.- Modelo Estatalista de los derechos. IX. Conclusiones. X. Lista de referencias.

Resumen: El presente ensayo trata sobre la influencia de la Declaración del Buen Pueblo de Virginia sobre la Declaración Francesa de

(*) Docente de la Universidad Nacional de Cajamarca. Abogado por la Universidad Nacional de Trujillo, Perú. Master en Derecho Público por la Universidad de Bruselas, Bélgica. Doctor en Derecho por la Universidad Privada Antenor Orrego, Trujillo, Doctorando por la Universidad Carlos III, Madrid España.

Derechos del Hombre y Ciudadanos, y los enfoques sobre el origen y las garantías de los derechos humanos. El enfoque individualista, estatalista, historicista de los derechos humanos, teniendo en cuenta las escuelas de la filosofía política con respecto a los derechos naturales y las concepciones sobre el Estado.

Palabras clave: Derechos humanos, Declaración de Virginia, Declaración Francesa sobre Derechos Humanos. Individualismo, colectivismo, derechos humanos.

Abstract: *This essay discusses the influence of the Declaration of the good people of Virginia on the French Declaration of rights of man and citizen, and the approaches on the origin and the guarantees of human rights. The individualistic, statist, historicist approach to human rights, taking into account the schools of political philosophy with respect to the natural rights and the conceptions of the State.*

Key words: *Human rights, Declaration of Virginia, French Declaration on human rights. Individualism, collectivism, human rights.*

I. Introducción

Termine de reescribir este breve ensayo en momentos en que a partir de una supuesta orden de inmovilidad dictada por un órgano de la administración peruana para asegurar un censo nacional, se conmina a la población a no salir de sus casas un día domingo, festivo por naturaleza, desde las 8 de la mañana hasta la 5 de la tarde, so “pena” caso contrario, de ser conducido (eufemismo para la detención) por la policía a la comisaría más cercana hasta las 5 de la tarde, para ser censado. En la práctica se inventaba un nuevo estado de excepción, al margen de lo establecido en la carta constitucional. Muchos criticamos esta decisión administrativa, pues varios derechos fundamentales se verían afectados, tales como la libertad individual de movimiento, la libertad de trabajo, de empresa, entre otros. Sin embargo, otros expresaron su apoyo a esta medida, aduciendo razones de interés del Estado para cumplir con una necesidad práctica, censar a la población, en síntesis justificaban la limitación arbitraria de derechos constitucionales en razón del interés estatal.

Resulta que esta discusión tiene un trasfondo esencial para entender los enfoques sobre los fundamentos de los derechos constitucionales. Algunos pensamos que estos derechos son en su mayoría inherentes a la naturaleza humana y que a raíz de la permanente lucha han sido positivizados en las Constituciones, y por tanto son impuestos al Estado como límites a su poder. En cambio otros, con sutileza, afirman que los derechos constitucionales, provienen de la mera positivización legal de los mismos por parte del Estado. Los efectos prácticos de estos enfoques son opuestos. Ambas posturas coinciden que los derechos constitucionales no son absolutos, que se pueden restringir o limitar. Pero debido al distinto enfoque de su fundamento, se diferencian, pues para los primeros estos límites y restricciones a los derechos se establecen por la propia constitución, en la medida que sin estos límites se pueden afectar otros derechos, y para el otro enfoque, los derechos constituciones se pueden limitar o restringir si el Estado así lo decide, aun invocando necesidades prácticas.

Estos argumentos iusnaturalista y estatalista de los fundamentos de los derechos constitucionales, siempre han existido y han encontrado sus expresiones en la Declaración de Virginia y la Declaración Francesa, como explicaremos más adelante.

Esta breve reflexión pretende contribuir en la tarea de desmitificar la creencia que circula en el ámbito del discurso constitucional, especialmente en el área de los derechos fundamentales, de que la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, tiene sustento en la filosofía política de Rousseau, y de los clásicos europeos y que fue esta Declaración la fuente directa del proceso de positivización de los derechos de la persona.

Se trata de explicar que la fuente de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y por tanto de la constitucionalización de los mismos, se encuentra en la experiencia de la revolución americana, especialmente en la historia y concepción iusfilosófica que sustenta la Declaración de los Derechos del Buen Pueblo de Virginia de 1776.

La larga creencia, de que la Declaración francesa marcó el inicio de la positivización de los derechos de la persona, es tan dispersa y divulga-

da especialmente en el medio universitario que, por ejemplo en el Perú, origina que la enseñanza de la historia de los derechos constitucionales se inicie remarcando el año 1789, como el hito de su positivización y universalización. Esta apreciación, ha influenciado decididamente la educación en derechos humanos, basado en el enfoque estatalista de los mismos.

Por otro lado, discutir sobre la influencia de una Declaración sobre otra, teniendo en cuenta que ha transcurrido más de dos siglos de su aprobación, podría ser considerada de poca utilidad. Sin embargo, en las actuales circunstancias en donde por ejemplo en algunos Estados del continente se reinicia el debate en torno a la reforma de las estructuras políticas y el rediseño de los derechos individuales y sociales, recurrir a la historia nos parece pertinente y muy necesario, pues como diría Jellinek, ésta, la historia, es un mecanismo para desvelar las raíces, los troncos iniciales de las instituciones, las conexiones remotas –o no tanto- de las ideas políticas que luego se plasman en los Códigos y en las Constituciones. (Jellinek, 2000)

II. Declaración del buen pueblo de Virginia de 1776

El 15 de mayo de 1776, hace 241 años, el Congreso de Filadelfia que representaba a las colonias situadas en Norteamérica resueltas a separarse del Reino de Inglaterra, acordaba el llamamiento a todas las colonias inglesas, a darse una Constitución. Esta tendencia a redactar constituciones fue tan masiva e importante en el siglo XVIII que el conocido filósofo inglés Jhon Locke fue llamado para redactar una Constitución para las colonias: la Constitución de los Trece Estados que en al inicio formaban la Unión. Once cumplieron con el llamamiento. Las otras conservaron las Cartas Coloniales que la corona británica les había otorgado, limitándose a darles el carácter de constituciones.

De las Colonias que acataron el llamamiento, Virginia fue la primera. Los independistas de Virginia convocaron a una Convención reunida en Williamsburg desde el 6 de mayo hasta el 29 de junio de 1776, la misma que aprobó una Constitución, la cual llevaba a manera de preámbulo un solemne Bill of Rights, posteriormente llamada

Declaración del Buen Pueblo de Virginia aprobada el 11 de junio. Su autor fue Jorge Mason.

Esta Declaración fue un modelo para todas las Constituciones. Fue fuente directa para la redacción de la Constitución federal por el primer Congreso de los Estados Unidos, el mismo que después de tres semanas, es decir el 4 de julio de 1776, sancionó la independencia de los Estados Unidos de América. Thomas Jefferson la utilizó para redactar la primera parte de la Declaración de Independencia y sirvió de base para las diez primeras enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos.

En los 16 artículos de la Declaración de Virginia se enumeran derechos tales como: la igualdad de todos los hombres, la separación de los poderes legislativo y ejecutivo, la primacía del poder del pueblo y de sus representantes, la libertad de prensa, la subordinación del poder militar al poder civil, el derecho a que se haga justicia y la libertad de culto. En esta Declaración, en definitiva, los derechos de la persona humana son considerados como derechos naturales, que ningún régimen puede menoscabar.

III. Declaración francesa de los derechos del hombre

Aprobada en pleno proceso revolucionario el 26 de agosto de 1789 por la Asamblea Nacional, es uno de los acontecimientos más importantes de la Revolución Francesa. En sus 17 artículos, uno más que la Declaración de Virginia, consagra también los derechos naturales e imprescriptibles de la persona, como a la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión. Asimismo, establece el derecho a la igualdad, el principio de libertad, la separación de los poderes, la primacía de la ley como expresión de la voluntad general, la primacía del poder del pueblo y de sus representantes, la libre comunicación de las ideas, la presunción de inocencia, el derecho a que se haga justicia y la libertad de culto.

Esta Declaración es fuente de la mayoría de constituciones y catálogos de derechos humanos que surgieron en Europa durante el siglo XIX y XX: Alemania, Austria, Suiza, España, entre otros.

IV. Influencia de las declaraciones

A lo largo de la historia del constitucionalismo se ha discutido sobre la relación entre ambas Declaraciones. La doctrina y los historiadores del Derecho Constitucional han consensuado sobre la influencia determinante de la Declaración de Virginia no solo sobre la Declaración Francesa, sino sobre el conjunto de declaraciones efectuados por las ex colonias americanas en su proceso de independencia de la metrópoli inglesa.

Reconocidos juristas tales como Jellinek, Duguit, Posada, Javier de los Ríos, Lucas Verdu, Zamudio, Pedro Sagues, entre otros, coinciden en señalar la presencia determinante de esta Declaración americana de los años 1770, sobre la Declaración francesa del 89. Además el propio historiador francés del Derecho, Janet en su obra *La Enciclopedia de la Ciencia Política*, afirma esta decisiva influencia de la primera Declaración sobre la segunda. Entonces, no hay duda al respecto, y solo nos queda comentarla.

Sin embargo, llama la atención la afirmación de Georg Jellinek, jurista e historiador alemán, quién en 1905, en su trabajo *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, aclaró definitivamente las raíces históricas y conceptuales de tres factores determinantes de esta influencia:

- a) Incompatibilidad entre las tesis del Contrato Social de Rousseau y la Declaración francesa de derechos,
- b) Influencia directa de las Constituciones de las 13 colonias norteamericanas, especialmente de Declaración de Virginia, sobre los contenidos de la Declaración Francesa de 1789.
- c) La concepción de la libertad religiosa en las colonias de Estados Unidos como precedente de la consagración de derechos universales del hombre.

Dado el espacio, me voy a referir a los dos primeros aspectos:

V. Incompatibilidad entre rosseau y la declaracion francesa

Lo primero que Jellinek trata de desmentir la creencia de que el *Contrato Social de Rousseau* inspiró a la Declaración Francesa de Derechos. No pudo haber sido así, coincidimos con Jellinek, debido a que el Contrato Social representa justamente lo contrario a los derechos del individuo, pues,

“los miembros de la comunidad, unidos por el contrato, enajenan a la voluntad general todos sus derechos.

“Estas cláusulas, debidamente entendidas, se reducen a una sola, a saber: la enajenación total de cada asociado con todos sus derechos a toda la humanidad; porque en primer lugar, dándose cada uno por entero, la condición es la misma para todos”.

(Rousseau, 48)

Los principios del contrato social son contrarios a una declaración de derechos, porque del propio supuesto contrato se desprende la omnipotencia de la voluntad general, “jurídicamente sin límites”, pues,

“Este acto -el contrato- produce inmediatamente, en vez de la persona particular de cada contratante, un cuerpo moral y colectivo, compuesto de tantos miembros como votos tiene la asamblea, el cual recibe de este mismo acto su unidad, su yo común, su vida y su voluntad”. Esta persona pública que así se forma, por la unión de todos los demás Que es llamado por sus miembros Estado”.

(Rousseau 49)

El contrato social roussonianiano se resume en una sola cláusula: “la enajenación de todos los derechos del individuo a la sociedad”. El individuo no conserva para él ni un mínimo de derechos desde cuando entra a ser parte del Estado. Lo que le corresponde en materia de derechos lo recibe de la voluntad general, la única que determina sus límites y que no puede ni debe ser restringida jurídicamente por ninguna fuerza. Por ejemplo, la propiedad pertenece a los individuos sólo en virtud de la concesión hecha por el Estado. El contrato social roussonianiano hace al Estado señor de todos los bienes de sus miembros, los cuales continúan poseyendo como depositarios del bien público.

Incluso ciertos derechos de libertad han sido declarados por Rousseau contrarios al Estado. Especialmente la libertad religiosa. El ginebrino afirmaba, por ejemplo, quien no confiese la religión civil cuyos artículos hayan sido fijados por el soberano, puede ser proscrito. Y si la hubiera confesado y se condujera como si no creyese en ella, se le castigará con la muerte. Quién osare decir fuera de la Iglesia no hay salud debe ser echado del Estado. Si Rousseau fue la fuente de la declaración francesa de derechos no se explicaría el contenido del artículo 10 de la misma Declaración: “Nadie puede ser inquietado por sus opiniones, incluso religiosas...” Por otro lado, Rousseau aparece como intolerante al derecho de asociación distinta a aquel ejerce el propio Estado. Por ejemplo afirmaba que: Las asociaciones políticas que dividen al pueblo impiden la expresión de la voluntad general y no debe ser, por tanto, favorecidas.

Si el propio modelo de la sociedad política inspirada por Rousseau no concuerda con el espíritu y contenidos de la Declaración francesa de 1789, es porque ella la Declaración, tiene otras fuentes distintas y distantes de aquellas alimentadas por Rousseau.

El propio Lafayette -hace ver Jellinek- participante directo de la revolución y de la redacción de la Declaración y de la Constitución francesa, afirma en sus memorias que:

“La Declaración de Derechos francesa está tomada en su conjunto de los bills of rights o Declarations of rights. Todos los proyectos de la Declaración francesa, desde contenidos en las actas hasta los veintún proyectos presentados en la Asamblea Nacional, desenvuelven con más o menos amplitud y habilidad las ideas americanas.”

Jellinek no ignora la importante influencia del derecho inglés y afirma que probablemente los antecedentes de las cláusulas de la Declaración de Virginia y de las Constituciones de los Estados Unidos, se encuentren ya en la Magna Charta de 1215, la Petition of Rights de 1628, el Habeas Corpus Act de 1679, el Bill of Rights de 1689. Es decir, existe una continuidad en el desarrollo de los derechos, y la Declaración de Virginia y luego la propia Constitución de los Estados Unidos, es parte de este proceso.

Sin embargo, en esta interpretación lineal y, a veces, un poco interesada, es donde se genera otra confusión al creer que la Declaración francesa, continúa sin más la tradición inglesa de elaborar catálogos de derechos.

Existen diferencias entre los documentos ingleses y los desarrollados por sus colonias en América. Por ejemplo, una diferencia esencial es la relación entre los derechos y la ley. “Según el derecho inglés -sostiene Jellinek- el Parlamento es omnipotente, todas las leyes por él aceptadas o elaboradas tienen igual valor”. La Declaración de Virginia, por el contrario, contiene reglas que están por encima del legislador ordinario. Este punto es relevante porque dará lugar, en Estados Unidos, al surgimiento de un peculiar modelo de control de constitucionalidad de las leyes que no ha sido desarrollado, ni remotamente, en Inglaterra.

Otra diferencia importante entre, la Declaración de Virginia y las efectuadas por los ingleses, es que estas últimas no enumeran derechos sino deberes del Gobierno con respecto a sus ciudadanos, en cambio la Declaración americana enumera derechos y plantea límites al ejercicio del poder.

Pedro Cruz Villalón (1987) apunta que:

“Los derechos en efecto, son americanos, lo cual no quiere decir que sean menos europeos, toda vez que, culturalmente, América no era entonces sino una provincia de Europa algo más alejada geográficamente. En realidad, los derechos son sencillamente iusnaturalistas, y las concepciones en aquella polémica enfrentadas, distintas versiones del iusnaturalismo.”

Ahora bien, en cuanto al desarrollo posterior de los derechos es importante destacar, que la Declaración francesa y norteamericana, comparten los rasgos de la “llamada iusnaturalización, pero no de su constitucionalización”.

Tanto en el caso de las colonias norteamericanas como en la Asamblea Nacional francesa, es obvia la concepción de los derechos como una derivación del contrato social (en las teorías de J. Locke y T Hob-

bes), el cual prefigura no solamente a estos derechos, sino también al resto de la organización social. En ese sentido, la diferencia entre la “parte orgánica” y “parte dogmática” de la Constitución se borra porque los derechos son tan iusnaturales como la existencia y organización misma del Estado.

La manifestación iusnaturalista del pacto social se encuentra claramente establecida, por ejemplo, en el Artículo 1º de la Declaración de Virginia al señalar que “ .. *todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y poseen ciertos derechos inherentes, de los cuales, cuando entren en un estado de sociedad, no pueden privarse o desposeer a su posteridad en virtud de pacto alguno*”. Parecida es la concepción del artículo 2º de la Declaración francesa de 1789 que establece “la finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre”.

Pero, la suerte de los derechos se distingue de Francia y Norteamérica en el momento de la “constitucionalización”, a partir de tres datos fundamentales. En primer término, la Declaración de Derechos americana forma parte de los textos constitucionales mismos, no figuran como un anexo o un preámbulo. En segundo lugar, en EEUU, los derechos se encuentran sujetos al poder de revisión constitucional, pudiendo ser solo modificado a través del procedimiento establecido por los respectivos textos constitucionales, lo cual era impensable en Europa, donde el imperio de la ley se cimenta como la soberanía absoluta del Congreso. Finalmente, el tercero, se encuentra en el control judicial de la constitucionalidad de las leyes, el famoso *judicial review*, que comienza a ser ejercida antes incluso de que se promulgue la Constitución Federal de 1787.

Por otro lado, entre ambas Declaraciones existe diferencias más formales y de contenido. Una de ellas es que en Estados Unidos la Declaración de derechos es una narración de un estado de cosas que ya existía en la medida que los ciudadanos ya tenían asumidos los derechos que luego se formalizan, los llamados derechos naturales; mientras que en Francia, por el contrario, la Declaración aspira a generar un cambio en el funcionamiento del Estado y en las relaciones entre este y los ciudadanos. Tal es la diferencia –sostiene Jelinek– más importante entre la Declaración

de Derechos de Virginia y la de los franceses, pues, entre los primeros, la instituciones precedieron al reconocimiento solemne de los derechos de los individuos, mientras entre los segundos vienen después.

En un análisis de los antecedentes y contenidos de la Declaración de Virginia y la Declaración francesa, se desprenden tres modelos de explicación de las fuentes históricas de los derechos humanos. Para explicarlos muy brevemente, acudiré a la metodología seguida por FIORAVANTI Mauricio (1999). Este profesor italiano, de la escuela histórica de Florencia, ha asumido desde el principio la tarea de reconstruir el constitucionalismo partiendo de sus raíces históricas.

VI. Modelo historicista de los derechos y la declaración de Virginia

La pregunta guía en la reflexión, es la siguiente; si como diría Jelinek los americanos no inventan derechos, sino que reconocen derechos ya existentes, quiere decir esto que la Declaración de Virginia de 1776 es una continuidad del espíritu inglés de la Carta Magna 1215, de la Petitions of Rights 1628, del Habeas Corpus Act 1679 o del Bill of Rights de 1689, o supone otro modelo de desarrollo de los derechos naturales. Aquí una brevísimas pinceladas para responder a esta interrogante.

Pensar históricamente los derechos significa situarlos en el contexto histórico, de este modo sustraerlos, lo más posible, de las intromisiones arbitrarias de los poderes constituidos. En ese sentido, la aproximación histórica tiende inevitablemente a privilegiar las libertades civiles, “las negativas”, las libertades que se traducen en capacidad de obrar, en ausencia de impedimentos o de obligaciones, dentro de una esfera claramente delimitada y autónoma, sobre todo en relación con el poder político, es decir en la libertad personal y en la propiedad privada, con sus poderes de disposición por parte del propietario. No es casual que el país en el que más fuerte es la cultura historicista de las libertades sea el país en el que más fuerte es la tradición de primacía de las libertades civiles, las “negativas”: nos referimos a Inglaterra y al célebre binomio *liberty and property*.

En esta línea explicativa, se pone en primer plano la fuerza imperativa de los derechos adquiridos, los derechos naturales, es decir, de los derechos que el tiempo y el uso ha confirmado, de tal modo que los ha convertido en indisponibles para la voluntad contingente de quienes ostentan el poder político.

La explicación historicista de los derechos privilegia los tiempos históricos largos, y en particular tiende a mantener una relación abierta y problemática entre la edad media y la edad moderna. Por tanto, no agota el tiempo histórico de las libertades en la edad que generalmente se sitúa -precisamente como edad moderna- con el iusnaturalismo del siglo XVII y con los Estados absolutos, y que culmina después con las revoluciones y con las declaraciones de derechos, para entenderse finalmente en las estructuras del Estado de derecho pos-revolucionario.

Limitarse al siglo XVII al XIX, significa circunscribir la doctrina y práctica de los derechos a un limitado horizonte, el de la construcción del Estado moderno, entre Estado absoluto y Estado de derecho; es decir, en el horizonte de un sujeto político que crecientemente se sitúa como titular monopolista de las funciones de *imperium* y de la capacidad normativa, y que como tal pretende definir, con más o menos autoridad, de manera más o menos revolucionaria, las libertades, circunscribiéndolas y tutelándolas con instrumentos normativos diversos. En ese razonamiento es el Estado moderno quien se apodera de los derechos.

En cambio la fascinación por la edad media de parte del modelo historicista de los derechos, es porque en este tiempo está ausente el Estado y, por ello, se trata de ver de cerca cómo en este periodo se logra individualizar situaciones de libertad jurídicamente protegidas. Algo que puede escapar a quienes están habituados a pensar en los derechos y en su tutela exclusivamente en los términos modernos por una norma general y abstracta, de clara naturaleza pública, proveniente del Estado y de su autoridad, la constitución y ley.

En la edad media falta un poder público rígidamente institucionalizado, capaz de ejercitar el monopolio de las funciones de *imperium* y normativas sobre un territorio a él subordinado. El *imperium*, es decir,

el poder de imponerse en las controversias como tercero neutral con autoridad para hacer cumplir la sentencia o como poder para imponer tributos de distinto género y naturaleza, y finalmente, como poder de pedir sacrificio de la vida con el llamado a las armas, está fraccionado y dividido entre un gran número de sujetos de la escala jerárquica: señores feudales de más alto rango hasta cada uno de los caballeros armados, duques, archiduques, marqueses y, luego, vastas zonas de aplicación del mismo imperio estrechamente limitadas: principados, cantones, comarcas, castillos, etc. Todos estos sujetos están ligados por una relación de intercambio, que es la relación de fidelidad y protección.

En este contexto, la reconstrucción historicista de los derechos subraya con fuerza la dimensión contractual de reciprocidad inherente a tal relación. Quien está obligado desde su nacimiento y desde su condición a ser fiel a un señor concreto sabe que éste está obligado a su vez a proteger a él mismo, a sus bienes y a su familia.

Ciertamente, del contrato en sentido moderno faltaría el aspecto de la seguridad de su cumplimiento normativamente prefijado y determinado. En otras palabras, falta -para aquellos que ocupan los grados más bajos de la escala jerárquica- la posibilidad de recurrir, sobre la base de una norma cierta y conocida, a un tercero neutral que juzgue y evalúe la forma cómo ha ejercitado el señor sus poderes de *imperium*, cómo ha cumplido el señor sus deberes de protección. Sin embargo, para la explicación historicista de los derechos esto no implica por sí mismo ausencia de derecho, tal como lo veremos ahora.

El medioevo tenía sin duda su propio modo de garantizar *iura* y *libertates*, por cierto sin norma general y abstracta de garantía, sino más bien la presencia de un derecho objetivo radicado en la costumbre y en la naturaleza de las cosas, que asigna a cada uno su propio lugar. Es decir, los derechos y deberes, comenzando por los más poderosos, los que están en la cúspide de la escala. Se trata del *ius involuntarium* que ningún poder fue capaz de definir y de sistematizar por escrito. Por tanto, si bien es cierto que los poderosos pueden infringir las reglas existentes con mayor facilidad respecto al derecho moderno sin olvidar el riesgo de convertirse en tirano y posibilidad que se ejercite el derecho a

la resistencia, es también cierto que con mucha dificultad estos señores pueden definir con autoridad de manera sistemática el catálogo de derechos y libertades, en una situación que ninguno tiene poder supremo de interpretar los deseos del “pueblo” o de la “nación”, sino que cada uno reclama para sí su esfera de autonomía de sus derechos adquiridos, confirmados y establecidos por el uso y el tiempo, precisamente por la fuerza normativa de la costumbre.

A esto se debe añadir que, en toda Europa a partir del siglo XIII aproximadamente, esta compleja realidad tiende en alguna medida a racionalizarse, a ordenarse en ámbitos territoriales de dominio más vastos y simplificados. En ellos, los señores territoriales ponen por escrito, verdaderos y propios contratos de dominación, como por ejemplo el pactismo aragones, pactismo navarro, catalán, cartas de los reyes ingleses, etc., las normas destinadas a regular, también, bajo el perfil de los derechos y libertades, las relaciones con los estamentos, es decir, con las fuerzas corporativamente organizadas con las fuerzas agentes de la nueva realidad urbana y citadina que comienzan a destacar, en ese momento, del conjunto de relaciones tradicionalmente predominantes en la edad media.

6.1. Los contratos de dominación

Sirven para reforzar las respectivas esferas de dominio, la del señor y la de los estamentos. El primero, por su parte, reuniendo a su alrededor a los representantes de los estamentos, no hace otra cosa que afirmarse como vértice de la organización de las relaciones políticas de un territorio. Aquellos representantes no son otra cosa que la reformulación institucional de la antigua práctica medieval del *consilium y auxiliium*, según la cual quien está políticamente sometido tiene entre sus deberes de fidelidad el de prestar consejo y ayuda al propio dominante.

Así como las relaciones políticas medievales son generalmente contractuales, también los estamentos piensan en poder ganar algo de la operación que les conduce a expresarse en las asambleas políticas institucionalizadas. Los contratos de dominación también suponían con frecuencia la necesidad de consensuar las asambleas representativas para la imposición de tributos extraordinarios que excedían las normales recau-

daciones que el señor realizaba como vértice político de un territorio; y más en general, ofrecen garantías de variado tipo en la tutela de posesión de bienes conformada por el tiempo y la costumbre.

Todos los sujetos, porque tienen derechos fundados en la historia y en el transcurso del tiempo, están dominados por una suerte de orden natural de las cosas que asigna a cada uno su sitio y, con él, un conjunto de derechos sobre la base del nacimiento, del estamento, de la pertenencia a un lugar concreto, o a una tierra.

Por ello, uno de los países claves para la explicación histórica de los derechos de la persona, es Inglaterra, pues funda en buena parte la doctrina de su identidad histórica-política sobre la imagen de la continuidad entre libertades medievales y modernas. La historia constitucional inglesa demuestra la posibilidad de una transición gradual y relativamente indolora para los sectores dominantes del orden medieval al moderno de los derechos, prescindiendo de la presencia de un poder político soberano altamente concentrado, capaz en cuanto tal, de definir con autoridad las esferas de derechos individuales, primero de los súbditos y luego de los ciudadanos. Por ejemplo, en materia de libertades y de su tutela, no hay discontinuidad desde la Magna Carta de 1215 a la Petition of Rights de 1628, al Habeas Corpus Act de 1679, al Bill Of Rights de 1689, hasta llegar a las constitucionales revolucionarias.

En esta explicación historicista de los derechos, la Carta Magna de 1215, es un contrato de dominación tal como lo hemos explicado, pero que introduce garantías que marcan el desarrollo de los derechos humanos. El artículo 39º, por ejemplo, dispone: “Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado, o privado de sus derechos o de sus bienes, o puesto fuera de la ley o exiliado, o privado de su rango de cualquier otro modo, ni usaremos de la fuerza contra él, o enviaremos a otros para que lo hagan, excepto por sentencia judicial de sus pares y según la ley del país”.

Si bien en este artículo no es difícil descubrir la estructura corporativa de la sociedad medieval inglesa: nos da una noción del “hombre libre”, al juicio “entre pares”, fundado sobre un concepto general de jus-

ticia que presupone una división de la sociedad en órdenes y estamentos. Pero, lo que diferencia este contrato con otros, es la noción de la libertad personal. Es una anticipación histórica de una de las principales dimensiones de la libertad en sentido moderno, es la libertad como seguridad de los propios bienes, pero también de la propia persona, sobre todo contra el arresto arbitrario.

6.2. El rol de los jueces en la formulación de Derechos

Para la concepción historicista, la parte muy importante del artículo 39 de la Carta Magna de 1215, es la referencia a lo del *law of the land*, a la ley del país. Ésta es, en el caso inglés, algo bien distinto al orden natural de las cosas estáticamente entendido que ya conocemos. En efecto, el contexto histórico específico inglés introduce un elemento nuevo, esencialmente dinámico: la jurisprudencia. Y que luego, posteriormente, va distinguir su experiencia y sus normas de derechos humanos y por supuesto va distinguir la Declaración de Virginia de la francesa.

Esto último es, en las tradiciones y reconstrucciones de la historia constitucional inglesa, el verdadero factor de unidad: los jueces. Son los jueces y no los príncipes o los legisladores, los que construyen el derecho común inglés –el célebre *common law*– la ley del país a la que hace referencia el art. 39 de la Carta Magna del 1215 y la Declaración de Virginia de 1776 y que no pudo hacerlo la Declaración de Francia del 1789 porque para ellos, sólo la ley y únicamente la ley otorga, prohíbe o sanciona derechos. Por tanto, son los jueces ingleses y luego los jueces norteamericanos, los que van consagrando la idea de que hay derechos naturales adquiridos por el trajín de la historia. Además, la jurisprudencia, como resultado de la decisión de los jueces, es el instrumento principal de elaboración de las reglas de tutela de las libertades, que acompaña en el tiempo –desde la edad media hasta la edad moderna– su gradual evolución desde reglas puramente privadas de garantía del *dominiun*, de bienes, hasta reglas cuasi-constitucionales, de verdadera y propia tutela de las esferas personales, en el sentido moderno de las libertades negativas.

En el modelo historicista el modelo inglés, tal evolución culmina en el siglo XVII, con las grandes figuras de la magistratura de Edgard Coke

(1552-1634), con John Locke (1632-1704), y con la conocida Glorious Revolution de 1689.

Este modelo historicista, tradicional de larga data y en donde las decisiones de los jueces antes de que la decisión de los legisladores, son las que aseguran los derechos de las personas, es lo que también representa la Declaración de Virginia, y esta tradición judicial queda reflejado en el Artículo VIII de la Declaración que, se asemeja al 39 de la Carta Magna (1215), y que dice:

“Que en toda persecución criminal, el hombre tiene el derecho a averiguar la causa y naturaleza de su acusación, a ser careado con los acusadores y testigos, a producir las pruebas a su favor y a ser juzgado rápidamente por un jurado imparcial de doce vecinos, sin cuyo consentimiento unánime no puede ser declarado culpable, que no puede ser compelido a declarar contra sí mismo, que ningún hombre puede ser privado de su libertad sino según la ley del país o el juicio de sus pares”.

Por otro lado, la soberanía parlamentaria inglesa no degenera jamás en soberanía ilimitada. Esto fue impedido bien por la radical convicción de que existe un núcleo duro de derechos fundamentales de los que no puede disponer el poder político y que en todo caso tienen en los jueces su barrera natural. La idea de que los actos irracionales y arbitrarios del legislador no pueden lesionar los derechos adquiridos de los *englishmen* fue tan fuerte que los colonos americanos apelaran a ellos para reivindicar la salvaguarda de sus libertades y propiedades contra el mismo Parlamento inglés.

No es causal que la tradición histórica, encuentra al juez Coke el origen del moderno control constitucional, entendido esencialmente como primacía de las reglas de tutela constitucional de las libertades –el llamado *higher law*– sobre las voluntades contingentes de quienes ostentan el poder político. Aunque en realidad este control constitucional no se ha desarrollado en Inglaterra y la referencia a Coke en la doctrina del *higher law* parezca cuestionable, queda todo el peso de una tradición de *fundamental law* que se ha alimentado tanto de la teoría política como de

la costumbre jurisprudencial británica, y posteriormente conjugado con el sistema de control constitucional inaugurado por la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1780.

Una cuestión que hay que aclarar es la forma de gobierno y de Estado que se impone en la tradición constitucional británica. Se trata de la célebre fórmula de “King in Parlamento”, es decir, de la composición equilibrada, en el Parlamento, de los tres órdenes políticos del reino: la Monarquía, los lords y los comunes. Esta es la clásica estructura liberal del gobierno moderado, que es tal y por no es despótico, porque equilibra en sí mismo las fuerzas políticas y sociales, impidiendo que ninguna de ellas sea plenamente constituyente y defina por sí sola las características del modelo político.

En este contexto institucional, la finalidad principal de la asociación, del complejo encuentro equilibrado de los poderes públicos, es impedir atropellos, defender las posiciones adquiridas por cada uno. Está ausente la posibilidad de retornar a un estado de naturaleza entendido radicalmente, en donde los individuos puedan proyectar ex novo la forma política sobre la base de un acuerdo contractual de voluntades. Una posibilidad de este tipo rechaza el constitucionalismo inglés, que por naturaleza desconfía de la concepción radical del poder constituyente. Aun cuando Locke reconozca el derecho a la resistencia del pueblo frente a la tiranía y la disolución del gobierno, este se concibe como un instrumento de restauración de la legalidad violada y no como medio de proyección de un nuevo y mejor orden político. Incluso el pueblo que se rebela no es sino una fuerza de la historia que reconduce a los gobernantes a la órbita necesaria del gobierno moderado y equilibrado.

Un lugar primordial en este modelo ocupa las libertades civiles, las “negativas” patrimoniales y personales, es decir, la libertad como seguridad. Esto no significa que en tal contexto no se desarrollen también las libertades políticas, las “positivas”, no se debe olvidar que Inglaterra desarrolla una práctica electiva parlamentaria mucho antes que ningún otro país europeo. Sin embargo, es indudable que las libertades políticas son en este modelo accesorias respecto de las civiles: la participación en la formación de la ley está en función del control, del equilibrio de las

fuerzas, de la tutela de los derechos adquiridos.

Es difícil encontrar en el modelo inglés el momento constituyente, entendido como potestad absoluta del pueblo o nación de proyectar un orden constitucional dependiente de la voluntad de los ciudadanos.

VII. El modelo individualista contractualista

Mientras la cultura historicista de los derechos busca en la edad media la gran tradición europea del gobierno moderado y limitado, la cultura individualista tiende por el contrario a enfrentarse con el pasado, a construirse en polémica con él, a fijar la relación entre moderno y medieval en términos de fractura de época. En otras palabras, la edad moderna –desde el iusnaturalismo del siglo XVII a las declaraciones revolucionarias de derechos y, más allá, hasta el Estado de derecho y Estado democrático- es la edad de los derechos individuales y del progresivo perfeccionamiento de su tutela, precisamente porque es la edad de la progresiva destrucción del medioevo y del orden feudal y estamental del gobierno y de la sociedad.

Este modelo parte de dos líneas de razonamiento:

7.1. Orden estatal versus orden individual

La oposición de los modelos se sustancia en una fuerte antítesis entre orden estamental y orden individual del derecho. Por orden estamental del derecho se entiende aquel tipo específico de orden característico medioeval, en el cual los derechos y los deberes son atribuidos a los sujetos según su pertenencia estamental. Tenemos la imposibilidad lógica, además de histórica de los derechos del hombre, o del ciudadano, o de la persona, abstractamente entendidos. Sino también un derecho que concretamente impone regímenes jurídicos distintos según la pertenencia estamental: una propiedad de los nobles, una de los burgueses-ciudadanos y una de los labriegos; un testamento de los primeros, de los segundos y una de los labriegos, distintos entre sí; y así sucesivamente, para todas las formas jurídicas que los sujetos utilizan en su vida de relaciones jurídicamente relevantes.

7.2. El individualismo

La lucha por el derecho moderno se presenta así como la lucha por la progresiva ordenación del derecho en sentido individualista y anti-estamental. La historia de tal lucha se inicia con las primeras instituciones de los filósofos del iusnaturalismo y alcanza una primera y sustancial victoria con las declaraciones revolucionarias de derechos en particular con la francesa de 1789. Esta última, con la referencia abstracta a los derechos del hombre y del ciudadano, no hubiera sido posible si antes el iusnaturalismo no hubiera comenzado a pensar en esos derechos mediante el artificio lógico y argumentativo del estado de naturaleza, prescindiendo de calificar y valorar e identificar a los hombres, según el esquema ordenador de tipo estamental que dominaba la sociedad europea revolucionaria. Bueno, cómo argumentar que todo hombre tiene igual derechos que otros hombres, sin considerar su nobleza, su ubicación social, su nombre, etc, hablando de que antes de estos méritos o situaciones, los hombres todos estuvimos en estado de naturaleza donde todos fuimos iguales, con los mismos derechos. Desde esta manera, el iusnaturalismo se separa violentamente de las raíces medievales –de John Locke– y se proyecta con fuerza en el futuro, en las declaraciones revolucionarias de derechos, especialmente en la de Virginia y luego en la francesa.

En la fundamentación individualista no se preocupa mucho el hecho de que la edad moderna, del siglo XVII en adelante, sea también la edad en la que se construye las más formidable concentración de poder que la historia haya conocido, primero bajo la forma de Estado absoluto y después bajo el amparo del legislador revolucionario interprete de la voluntad general. Ciertamente, uno de los deberes fundamentales de las constituciones modernas será precisamente el de garantizar los derechos y libertades frente al ejercicio arbitrario del poder público estatal. Pero, por otra parte -paradójicamente- es cierto una cultura rigurosamente individualista de las libertades atribuye a este esfuerzo de concentración el mérito histórico de haber sido el instrumento de la progresiva destrucción de la vieja sociedad estamental de privilegios.

Este esfuerzo de concentración de *imperium* sustrae progresivamente a los estamentos y en particular a la nobleza, el ejercicio de las fun-

ciones política –juzgar, recaudar, administrar– y de esa forma, libera al individuo de las antiguas sujeciones, convirtiéndolo así – en cuanto a tal- en titular de derechos. En este sentido, el primer y más elemental derecho del individuo es poder rechazar toda autoridad distinta a la ley del Estado, ahora único titular monopolista del *imperium* y de la capacidad normativa y de coacción.

Para esta perspectiva individualista Inglaterra no ha tenido una verdadera experiencia histórica de Estado absoluto, ni una verdadera revolución con sus correspondientes declaraciones de derechos, sencillamente porque no ha tenido jamás la fuerza para imponer la nueva dimensión individualista moderna al viejo orden feudal y estamental. Francia se convierte así en el guía ya que es el primero con el Estado absoluto y después con la revolución, donde se ha construido el derecho moderno de base individualista más típica y clara: el civil de los códigos y el público constitucional de las declaraciones de derechos.

Ciertamente, como hemos visto, también la aproximación histórica se reconduce al final a la necesidad de tutelar del mejor modo posible la esfera privada individual, según el célebre binomio *liberty and property*, pero afirma la primacía del individuo exclusivamente frente al poder político estatal. En el acercamiento individualista, por el contrario, modelado por el ejemplo francés, que sobre el inglés, la misma primacía del individuo se dirige sobre todo contra los poderes de los estamentos, contra el señor-juez, el señor recaudador, el señor administrador. En síntesis: el modelo historicista sostiene en primer lugar una doctrina y una práctica del gobierno limitado; el individualista sostiene, en primer lugar, una revolución social que elimine los privilegios y el orden estamental que los sostiene.

En definitiva, desde el punto de vista historicista el defecto principal del modelo individualista es que admite en exceso la necesidad de un instrumento colectivo –el Estado, la voluntad general, u otro- que elimine el viejo orden jurídico y social; desde el punto de vista individualista el defecto principal del modelo historicista es ser demasiado tímido y moderado al extender los nuevos valores del individualismo liberal burgués también en dimensión social de lucha contra el privilegio.

En la línea individualista, que se contractualiza, la asociación política existe ya no como producto de los ajustes de la historia –incluido el papel restaurador del pueblo– sino simplemente porque los individuos lo han decidido. No es causal que quien estudie los derechos humanos desde esta perspectiva empiece analizando a Hobbes, en lugar de J. Locke. Hobbes (1588-1687) ciertamente más claro y firme que cualquier otro pensador del siglo XVII subraya la naturaleza artificial, dependiente de la voluntad de los ciudadanos, del poder político.

Las doctrinas individualistas rechazan al pasado medieval. El antiguo régimen, el antiguo orden natural de las cosas, que asigna a cada uno sus propios derechos y deberes, no puede ser reformado o desarrollado gradualmente como fue el caso inglés, debe ser abatido para poder edificar un nuevo orden político que se funde sobre la voluntad de los individuos, sobre el consenso de los ciudadanos. La liberación del individuo de la sujeción a los poderes feudales y señoriales comprende también su liberación de un orden político global, que antes trascendía su voluntad, que ahora no está obligado a sufrir, y que puede y debe ser reinventado a partir de la voluntad individualista con el instrumento del contrato social.

Sin embargo, este modelo tiene un lado, necesariamente estatalista, destruir, derribar un régimen invocando los derechos del hombre, del ciudadano, pero promoviendo a un Estado, quien debe, en última instancia, asegurar, garantizar esos derechos.

7.3. Individualismo y estatalismo

Resumiendo este primer aspecto, el modelo individualista, a diferencia del estatalista, presume la existencia de la sociedad civil de los individuos anterior al Estado. Tal sociedad tienen necesidad del Estado y de su ley para consolidar posesiones y garantizar derechos pero una y otros existen antes del Estado –en el estado de naturaleza, según las argumentaciones del siglo XVII y XVIII–, que intervienen así para perfeccionar la tutela, para delimitar con mayor seguridad las esferas de la libertad de cada uno, para prevenir un posible conflicto radical, pero no para crear derechos y libertades están son reconocidos por el Estado, pero no creados: no se puede crear aquello que ya existe.

Una segunda diferencia es: sobre el poder constituyente, entendido como fundamental y originario poder de los individuos de decidir sobre la forma y sobre el rumbo de la asociación política, del Estado. Este poder será el padre de todas las libertades políticas, ya que en él se contienen la máxima libertad de decidir un cierto y determinado orden político. El poder constituyente es incompatible también con la perspectiva estatalista. En esta, la sociedad de los individuos políticamente activos nace solo y a través del Estado: antes de este momento no existe ningún sujeto políticamente significativo, sino solo una multitud disgregada de individuos que, como tal, no puede decir nada preciso ni es capaz de decidir autónomamente –como pueblo o nación– sobre la identidad de las formas políticas colectivas.

Por tanto, solo desde la visión individualista y contractualista de las libertades políticas, las positivas, se llega a admitir la existencia de un poder constituyente autónomo que precede y determina los poderes estatales constituidos. En concreto, en la perspectiva individualista y contractualista, se sostiene que antes de producirse el *pactum subjectionis* con el que los individuos se someten a una autoridad común existe como acto precedente y distinto, el *pactum societatis* con el cual nace la sociedad civil de los individuos, que es también la sociedad de los individuos políticamente activos –el pueblo o nación de la revolución francesa, como tal autónomamente capaz de ejercer el poder constituyente, de decidir y de fundar un cierto tipo de Estado.

Sin embargo, esta condición no basta para fundar el modelo de derechos. El poder de crear un orden político debe traducirse necesariamente en una Constitución, debe ser poder constituyente en sentido pleno y no mero voluntarismo político, es decir, capacidad indefinida del pueblo soberano de cambiar a su antojo la Constitución existente. En efecto, los individuos confían la protección de sus derechos pre-estatales a la Constitución, en virtud del ejercicio del poder constituyente que precede a los poderes constituidos, de manera que el *imperium* que se delega a estos poderes puede ser limitado como garantía y en nombre de la Constitución. Este dualismo entre poder constituyente y poder constituido entra en crisis cuando el *imperium* es delegado completa e

irrevocablemente a un soberano –como ocurre en el modelo estatalista– sino también cuando el pueblo rechaza sujetar las manifestaciones de su voluntad a formas y procesos– ocurre en la de generación voluntarista.

Desde esta perspectiva, nuevamente resulta difícilmente asimilable a este modelo el pensamiento político de Rousseau, aunque es de matriz radicalmente individualista y contractualista, pues le falta la conceptualización del poder constituyente, de una verdadera y precisa voluntad de producir una constitución como auténtica norma vinculante en efecto para todos, el soberano no puede obligarse así mismo, porque “no existe ni puede existir ninguna clase de ley fundamental obligatoria para el cuerpo del pueblo”. La garantía de los derechos individuales reside exclusivamente en la generalidad y no, en el dualismo entre el poder constituyente y poder constituido. Pero la voluntad general –precisamente porque esta expresado unitariamente por el cuerpo soberano– es necesariamente justa y, por tanto, es inadmisibles un control de constitucionalidad. El disenso puede ser tachado de egoísmo, de incapacidad de trascender los intereses particulares. Se comprende entonces cómo la vulgarización del pensamiento rousseauniano durante la revolución francesa pudo justificar al mismo tiempo los excesos del voluntarismo político y las formas de representación orgánica de claro sentido estatalista, que se sitúan en sus antípodas: paradigmática figura del legislador virtuoso que interpreta la voluntad general.

Por lo tanto, se puede decir que el modelo individualista se diferencia del estatalista porque admite y quiere, al comienzo de la experiencia colectiva, la sociedad de los individuos políticamente activos, con su autonomía subjetiva distinta y precedente al Estado, que impone respectivamente la presunción general de libertad y la presencia de un poder constituyente ya estructurado.

Toda la historia de las libertades en la edad moderna está marcada por la intensa disputa entre individualistas e historicistas sobre la tutela de las libertades civiles, las negativas. Los primeros sostienen –como se ha visto– que el mejor modo de garantizarlas es confiarlas a la autoridad, a la ley del Estado, dentro de los límites –que también se ha visto– rígidamente fijados de la presunción de inocencia y a condición de que el

Estado sea fruto de la voluntad constituyente de los ciudadanos. Los segundos sostienen que no existen garantías serias y estables de dichas libertades una vez que el poder político se ha apoderado de la capacidad de definir y delimitarlas; y se confía, como la mejor forma de tutela, en las virtudes de la jurisprudencia por su naturaleza más prudente, más ligada –sin saltos bruscos– al transcurso natural del tiempo y a la evolución espontánea –no dirigida– de la sociedad.

Pero la diferencia principal y más clara entre los modelos es otra y se refiere a las libertades políticas, las positivas. El modelo historicista propugnaría seguramente una gradual y razonada extensión de las libertades políticas –así el derecho del voto, como demuestra el ejemplo inglés– pero desconfiará siempre de la manifestación intensa y de fuerte participación de la libertad política de decidir de los reunidos en la Asamblea Constituyente. Por eso en la historia asamblea constituyente como las que están presentes en la historia constitucional francesa. En la asamblea constituyente el modelo tradicional historicista ve la peligrosa manifestación de una situación de inestabilidad, en la que la determinación de la forma política escapa de las prudentes leyes de la historia y es remitida a la fluctuante y mutable voluntad de la mayoría de los ciudadanos.

En el momento constituyente así entendido se reconoce, sobre todo una artificiosa y casi antinatural unificación de la sociedad –claramente diferenciada por distintos intereses– en la superioridad de la voluntad política constituyente. Frente a la sociedad de los individuos políticamente activos, bien presente en el modelo individualista y contractualista, la visión historicista privilegia la concreta sociedad civil de los intereses que la constitución y la forma política deben mantener en equilibrio.

VIII. Modelo estatalista de los derechos

Hemos dicho –y reiteramos– que la cultura individualista de las libertades valora positivamente el papel desempeñado por el Estado moderno, como máxima concentración de *imperium*, en la lucha contra sociedad estamental y privilegiada; y reconoce la necesidad de un legislador fuerte y dotado de autoridad que se pueda delimitar y garantizar

con seguridad. Pero todo esto no puede confundirse con una cultura rigurosamente estatalista de las libertades y de los derechos. Para ella la autoridad del Estado es algo más que un instrumento necesario de tutela: es la condición necesaria para que las libertades y los derechos sean considerados reales situaciones jurídicas subjetivas de los individuos.

El hilo conductor de esta historia es el modo mediante el cual el poder estatal afirma y tutela los derechos ya existentes en el estado de naturaleza, bien bajo el perfil de las garantías de las esferas de autonomía personal –las libertades civiles, las negativas-, bien bajo el perfil de la necesaria correspondencia de los poderes públicos con la voluntad expresa de los ciudadanos en sede constituyente gracias al instrumento del contrato social. En la cultura individualista y contractualista existe un *quid* –el derecho natural, los derechos naturales individuales, el poder constituyente de los ciudadanos– que precede al Estado, obligándole por ello a darse una estructura y una identidad política: el derecho natural precede al derecho positivo estatal, las libertades preceden al poder.

Este planteamiento tuvo en las revoluciones de finales del setecientos un éxito eminente. Sin embargo, ya en el curso de la revolución francesa la cultura iusnaturalista, individualista y contractualista, tenderá a combinarse como vemos de manera estable y radical con la cultura estatalista de la que hablaremos a continuación.

Desde este punto de vista la figura de Hobbes asume un lugar central que por otro lado hemos recordado en el modelo individualista, ya que también la doctrina individualista comienza con Hobbes la historia de las libertades y de los derechos en sentido moderno, pero desde una perspectiva completamente distinta. Hobbes suministra con su visión del estado de naturaleza como *bellum omnium* contra omnes (guerra de todos contra todos), una filosofía política radicalmente individualista, que presupone la destrucción de todo orden históricamente dado y, por lo tanto, de la antigua solidaridad medieval de estamento, de grupo de corporación. Ciertamente, el individuo tomado aisladamente en estado de naturaleza, precisamente a causa del incesante *bellum*, difícilmente podrá ser considerado titular de derechos cuya garantía esté asegurada; y sin embargo él es, junto a los otros individuos, el protagonista, con su

voluntad, de la reacción del Estado político organizado, que nace con el intento de tutelar algunos derechos primarios que entre los cuales –precisamente en la lógica de Hobbes– alcanza particular relieve el derecho a la vida y a la seguridad.

La finalidad de la cultura estatalista es precisamente la despojar a Hobbes de este marco conceptual general que ya conocemos, para convertirse en cabeza de un tercer y distinto modelo, el estatalista, que prescinde de toda referencia a un derecho natural de los individuos precedente al derecho impuesto por el Estado. En la lógica estatalista, sostener que el estado de naturaleza es *bellum omnium* contra omnes significa necesariamente sostener que no existe ninguna libertad y ningún derecho individual anterior al Estado, antes de la fuerza imperativa y autoritativa de las normas del Estado, únicas capaces de ordenar la sociedad y de fijar las posiciones jurídicas subjetivas de cada uno.

En concreto, desaparece totalmente la distinción –necesaria como hemos visto para la cultura individualista y contractualista de los derechos naturales- entre *pactum societatis* y *pactum subjectionis*. No existe por lo tanto ninguna sociedad antes del único y decisivo sometimiento de todos a la fuerza imperativa y autoritativa del Estado: la *societas* de los individuos titulares de derechos con el mismo Estado, y sólo a través de su presencia fuerte y con autoridad.

Surge sin embargo otra distinción: la que entre *contract and pact* (contrato y pacto). Para la cultura estatalista también es cierto que el Estado nace de la voluntad de los individuos y, en particular de su necesidad de seguridad. Sin embargo esto no se obtiene ya con un contrato en el que las partes se dan recíprocas ventajas y asumen un compromiso mutuo, sino a través de un *pact*, acto de subordinación unilateral, no negociable, irreversible y total, donde simultáneamente se someten al sujeto investido con el monopolio del *imperium*. Será el soberano, quien con su capacidad de gobierno moderará el conflicto, creando así condiciones de vida asociada más segura, y por ello, también los derechos individuales.

Lo que la cultura estatalista no puede admitir es un poder constituyente entendido como contrato de garantía (*contract*) entre partes

distintas, que ya poseen bienes y derechos y promueven el nacimiento del Estado político para poseer elegir los unos y los otros

Resumiendo, en el modelo estatalista se admite que el Estado nace de la voluntad de los individuos, pero tal voluntad no es representada con el esquema negocial y de carácter privado del contrato entendido como composición de intereses individuales distintos. Para hacer al Estado verdaderamente fuerte y dotado de autoridad, su génesis debe depender del pacto, solamente con el pacto se logra liberar el ejercicio del poder constituyente de toda influencia de carácter privado, situándolo completamente en el plano de la decisión política.

Para la cultura estatalista, la formación del Estado, es una decisión política, los sujetos desesperados necesitados de un orden, que no poseen nada en concreto y definitivo y que precisamente por esto no pueden desear y querer otra cosa sino el Estado políticamente organizado. Para la construcción estatalista, los individuos que deciden someterse a la autoridad del Estado dejan de ser, precisamente por esta decisión y solo a partir de esta decisión, una multitud anárquica y se transforman en pueblo o nación. Por ello la declaración francesa de derechos terminan diciendo: Artículo 3º: “(...) *toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún cuerpo ni individuos pueden ejercer autoridad que no emane expresamente de ella.*”

IX. Conclusiones

- La Declaración del Buen Pueblo de Virginia y la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y el ciudadano, constituyen el inicio del proceso de positivización universal de los derechos humanos.
- La Declaración del Buen Pueblo de Virginia ha ejercido fundamental influencia en la Declaración francesa, sin embargo ambos se sustentan en diferentes fundamentos ius filosóficos.
- Las concepción historicista, individualista, contractualista y estatalista se presentan como fundamentos de las Declaraciones en mención.

X. Lista de referencias

- BEUCHOT, Mauricio (1999): *Derechos Humanos. Historia y Filosofía*. México: Edit. Distribuciones Fontamara SA.
- BOBBIO, Norberto (1991). *El tiempo de los derechos*. Madrid: Edit. Sistema.
- COLLADO CAMPAÑA, Francisco (2005) *Influencia del Puritanismo en la Declaración de Virginia*.
- CRUZ VILLALON, Pedro (1987). *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- FIORAVANTI, Mauricio (1999). *Los Derechos Fundamentales*, Madrid: Edit. Trotta.
- HASSAN DALBAND, Mtro. (2007). *Democracia y Derechos Humanos en Cuba y Estados Unidos*. La Habana, Cuba.
- JELLINEK, Georg (2000). *La Declaración de los Hombre y del Ciudadano*. México: Trad. y Estudio Preliminar Adolfo Posada. Est. intr. Miguel Carbonell, Edit. Universidad Autónoma de México.
- KIRALFY, A.K.R. (1984): *The English Legal System*. Londres: 7ma. Edic, Sweet &Maxwell.
- Revista Española de Derecho Constitucional, Año 7, Nº 19.
- PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio y otros (1998): *Historia de los Derechos Humanos, T.I y T.II*. Madrid: Edit. Dykinson SL, Universidad Carlos III de Madrid.
- MARTINEZ DE PISON, José (1997): *Derechos Humanos: historia, fundamento y realidad*. Madrid: Edit. Egido.
- RODRIGUEZ PANIAGUA, José M. (Enero-Abril 1987). *Derecho Constitucional y Derecho Humanos en la Revolución Norteamericana y en la francesa*. En:

Derecho Civil y Procesal Civil



Naturaleza jurídica de la imposibilidad de hacer vida en común como causal de divorcio

Legal nature of the impossibility of making life in common as causal of divorce

RUIZ BAZÁN, Edgar(*)

SUMARIO: I. Introducción. alcances preliminares- Regulación constitucional y civil. II. Análisis y discusión. 2.1. Carácter teleológico. III. Criterios Doctrinarios Contrapuestos. IV. Posición del autor. V. Conclusiones. VI. Lista de referencias.

Resumen: El autor muestra las implicancias sobre la naturaleza jurídica de una de las causales de Divorcio, ésta es la Imposibilidad de Hacer Vida en Común, regulada en el inc. 11 del art. 333^º del Código Civil, a fin de desvirtuar cualquier apego de la misma a una de divorcio remedio, pues no se encuentran presentes elementos objetivos, los que harán prescindir al juzgador de cualquier análisis de conductas dolosas o culposas que condujeron a la separación. Analizando entonces, la función teleológica de los requisitos de las causales del divorcio, los mismos que se encuentran vinculados a la protección y promoción del matrimonio.

(*) Abogado por la Universidad Nacional de Cajamarca. Docente de Derecho Civil de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca. Ponente, comentarista e Investigador en Derecho Civil. Estudios de Maestría en la Escuela de Post Grado, Mención en Derecho Civil y Comercial.

Palabras Claves: Divorcio, conductas dolosas y culposas, promoción y protección del matrimonio.

Abstract: *The author shows the implications on the status of one of the grounds for divorce, this is the impossibility of making life in common, regulated in the inc. Article 11° 333 of the Civil Code, in order to undermine any attachment thereof to a divorce remedy, therefore are not present objective elements, which would dispense with the judge of any analysis of intentional or negligent conduct which led to the separation. Analyzing then, the teleological function requirements of the grounds for the divorce, which are linked to the protection and promotion of the marriage.*

Key words: *Divorce, intentional and negligent behavior, promotion and protection of the marriage.*

I. Introducción: Regulación Constitucional y Civil

El matrimonio es una institución jurídica que nuestro ordenamiento lo define en el artículo 234° del Código Civil como “La unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este código, a fin de hacer vida en común”, siendo ello a partir del matrimonio surgen deberes y derechos entre los cónyuges y respecto de los hijos, si es que los procrean, dichos deberes son: fidelidad, asistencia, cohabitación.

Sin embargo, cuando se incumplen uno o más deberes mencionados, viéndose de tal forma, frustrada la vida en común; los cónyuges pueden considerar que el vínculo iniciado a través del matrimonio ya no continúe. De este modo, existe en nuestro ordenamiento jurídico dos tipos de alternativas para los aún esposos: la separación de cuerpos, y el divorcio, antes llamado vincular.

Y que este último, a decir del profesor Alex Plácido Vilcachahua se clasifica en dos sistemas: subjetivo, o de culpa de un cónyuge; y, objetivo, basado en la ruptura de la vida matrimonial, constatada a través del mutuo acuerdo de los propios cónyuges o del cese efectivo de la convivencia durante cierto tiempo. (Plácido Vilcachahua. 2008, 16)

El presente trabajo, busca encontrar la naturaleza jurídica de la Imposibilidad de Hacer Vida en Común, como causal de divorcio, regulada en el inc. 11 del art. 33° del Código Civil vigente, vale decir identificar si sus elementos característicos responden a una causal de divorcio sanción o si están direccionados a un divorcio remedio.

II. Análisis y discusión

2.1. Carácter Teleológico

Esta causal solamente exige como requisito temporal para el ejercicio de la acción, el que los hechos que configuran la causal subsistan al momento de la interposición de la demanda, siendo discutida en la doctrina, su naturaleza jurídica, entendiéndose algunos tratadistas que se trata de una de divorcio sanción, otros de divorcio remedio y otros mixta; ello en razón de que no se analizan requisitos objetivos de separación (temporales, de hecho) en su regulación en comparación a las demás causales, contribuyendo a que el acervo probatorio sea simplista y que la valoración quede a discrecionalidad del juzgador.

Lo que parecería ser solamente una discusión doctrinaria, en realidad importa mucho el que una causal tenga un contenido subjetivo de responsabilidad, o llamado divorcio por culpa de uno de los cónyuges, o que tenga requisitos objetivos, que implica la abstención del análisis judicial respecto a factores de culpa, y solamente hay remisión a elementos temporales, existencia de separación, y voluntad de no continuar con el vínculo. Decimos esto, porque un cónyuge culpable puede, patrimonialmente, perder los gananciales que provienen del otro consorte, o, en cuanto a los derechos personales, puede quedar restringido en cuanto a sus derechos personales, ser suspendido de la patria potestad de sus hijos, si los hubiere, y desde el aspecto procesal, ser condenando al pago de costas y costas procesales, o quién tiene legitimidad para obrar activa, entre otras.

Al margen de ello, y no obstante el sistema mixto de divorcio que nos rige, ambos sistemas (sanción y remedio), deben responder a un

criterio teleológico o finalista, y tal sustento lo encontramos en texto constitucional específicamente en el art. 4º que señala:

*“La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También **protegen a la familia y promueven el matrimonio**. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad”.*
(Resaltado nuestro)

Pues, aunque parezca contradictorio tratar el divorcio y citar la norma constitucional de promoción del matrimonio, tal paradoja no existe, ya que tanto el matrimonio como el tratamiento de los requisitos del divorcio apuntan teleológicamente a lo mismo, esto es, el fortalecimiento de la institución del matrimonio, vale decir, que la promoción del matrimonio debe analizarse desde dos dimensiones:

- a) El acceso a la institución del matrimonio
- b) Evitar su indisolubilidad simplista

Siendo la familia la base de la sociedad y la promoción del matrimonio de orden constitucional, es que, a fin de evitar la disolubilidad temprana y simplista es que se han establecido causales, tanto objetivas como subjetivas que revisten cierta complejidad, o por lo menos, no hacen tan fácil la disolubilidad del mismo. Ya sea por una lesión grave a los deberes matrimoniales o a la persona del cónyuge, o ya sea porque los intereses son irreconciliables, debido a una separación razonable, o voluntad de ambos después de un tiempo de unión.

Así, la razón de ser (fundamento teleológico) de los requisitos de las causales de divorcio es el **fortalecimiento del matrimonio**, Alex Plácido, en este sentido, señala: *“Se preconiza que el sistema de divorcio debe tener por objeto reforzar, no debilitar la estabilidad del matrimonio”* (Plácido Vilcachahua. 2008, 8). Esto se advierte en los requisitos tanto subjetivos (divorcio sanción) y objetivos (divorcio remedio) que deben cumplirse para que la unión entre cónyuges sea merecedora de disolución.

Las causales de divorcio remedio exigen no entrar en el análisis de elementos de culpa, sino en factores objetivos temporales y espaciales

que requieren una determinada rigurosidad para no hacer tan sencilla la disolución conyugal, lo que ocurre actualmente en la doctrina y práctica judicial, es la asociación de la causal de Imposibilidad de Hacer Vida en Común a una de divorcio remedio, pero al no tener elementos objetivos bien delimitados para su exigibilidad, hace muy simple el proceso de divorcio por la endeble probanza.

III. Criterios doctrinarios contrapuestos

En este orden de ideas, por la práctica jurídica, hemos advertido la existencia de una causal que ha sido poco tratada por los doctrinarios a nivel nacional y cuyo exiguo desarrollo normativo, han conllevado a que los autoridades jurisdiccionales, declaren fundadas o infundadas, demandas, teniendo en cuenta medios de prueba que se refieren a otras causales, o que han sido, desde nuestro punto de vista, insuficientes para poder disolver el vínculo matrimonial; además de haber decisiones contrarias respecto a la naturaleza de la causal, puesto que algunos magistrados y doctrinarios la consideran como sanción y otros como remedio, nos referimos a la causal de IMPOSIBILIDAD DE HACER VIDA EN COMÚN, que se encuentra en el inc. 11 del art. 333º del código civil.

De esta forma, el Dr. Enrique Varsi Rospigliosi, expresa en alusión a esta causal: *“... esta causal pertenece al sistema objetivo, no inculpatorio. La corriente que impulsa esta causal la coloca en la teoría del divorcio remedio. Los factores que la componen no son exclusivamente de uno de los cónyuges, sino de la pareja y afecta la continuidad de vida cuando ésta se torna insoportable o inmanejable, trayendo consigo la desarmonía conyugal”* (Varsi Rospigliosi. 2011, 350)

Por el contrario, el Dr. Alex Plácido, aduce: *“...se trata de una nueva causal inculpatoria. En consecuencia, se deben analizar los motivos que originan la imposibilidad de hacer vida en común y quién los provocó, a fin de atribuir los efectos de la separación de cuerpos o del divorcio al cónyuge culpable o inocente, según corresponda.... La imposibilidad de hacer vida en común, importa gravedad en la intensidad y trascendencia de los hechos producidos que hace imposible al cónyuge ofendido el mantenimiento de la convivencia y su imputabilidad al otro consorte”.*

Lo cierto es que hasta ahora hay mucha confusión en la naturaleza jurídica de esta causal, sin embargo, aquellos que la consideran dentro del divorcio remedio, hasta el momento no pueden identificar cuáles serían los factores objetivos que se cumplirían para su aplicación, pues necesariamente tienen que existir, así como las causales de separación de hecho y separación convencional y posterior divorcio.

IV. Posición del autor

El ser considerada dentro del divorcio remedio, al margen de las consecuencias jurídicas para ambos cónyuges, está la lesión que puede sufrir la institución misma del matrimonio, ya que no se establece cuáles son los elementos objetivos que se tienen que cumplir, además de qué comportamientos que no se encuentren inmersos en las otras causales, son los que significarían la aplicación de una causal de este tipo. En fin, esta inestabilidad de la naturaleza jurídica, hace que sea una causal endeble, poco garantista, y hasta sería una puerta abierta para quienes no hicieron uso de causales de culpa, o, en el otro sentido, no desean esperar el espacio temporal que caracterizan a las causales de divorcio remedio.

Nuestro punto de vista refiere que, al tener que verificar necesariamente factores de culpa, se está adentrado al ámbito de los factores de atribución subjetivos, siendo necesario establecer cuáles son éstos, en atención a que los fundamentos de la naturaleza jurídica responden a un divorcio sanción y no remedio.

V. Conclusiones

Los fundamentos jurídicos para considerar a la causal de Imposibilidad de hacer vida en común como divorcio- sanción y no como remedio son:

- a. No existen factores objetivos para su configuración como divorcio remedio.
- b. El juez necesita encontrar factores eminentemente subjetivos o de culpa para advertir que la vida en común es imposible.

- c. Si se la considera como una causal de divorcio sanción, este criterio no garantiza ni fortalece la institución del matrimonio (cuya promoción se regula en el art. 4º de la Constitución Política del Estado), pues facilita que la disolución del mismo sea sencilla.
- d. Permite el respeto a los plazos de separación que caracterizan a las causales de divorcio remedio.

Existe la necesidad de establecer los hechos o requisitos que deben cumplir aquellos cónyuges que acuden a esta causal para la disolución matrimonial, los mismos que deben diferir con las demás causales de divorcio sanción.

VI. Lista de referencias

- ACEDO PENCO, Ángel. *“El Divorcio en el Derecho Iberoamericano”* Editoriales: Zavalía- Argentina, Temis- Colombia, Ubijus- México, Reus- España. España 2009.
- CABELLO, María Julia. *“Cincuenta años de Divorcio en el Perú”* Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Primera Edición. Lima- Perú. 1987.
- HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. *“Procesos de Separación de Cuerpos y Divorcio”* en: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Gaceta Jurídica. Primera Edición. Lima 2007
- MORALES HERVIAS, Rómulo. *“Resarcimiento del daño moral y del daño a la persona vs. Indemnización del desequilibrio económico a favor del cónyuge débil en el tercer Pleno Casatorio”* en: *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año XVI, N° 153, Gaceta Jurídica, Lima 2011
- PLÁCIDO VILCACHAHUA, Alex. *“Las causales de Divorcio y Separación de cuerpos en la Jurisprudencia Civil”* en: *Diálogo con la Jurisprudencia*, Gaceta Jurídica, Lima 2008
- SÁNCHEZ ZORRILLA, Manuel. *“Guía para elaborar Tesis”*. Editorial de la Universidad Nacional de Cajamarca. Primer Edición. Cajamarca, Perú 2006.

Los *punitive damages* como instrumento disuasorio de conductas dañosas y de prevención de daños: algunos fundamentos para una responsabilidad civil renovada en el derecho civil peruano

The punitive damages as a deterrent instrument damage prevention and harmful behaviors: some fundamentals for civil liability in the peruvian civil law

DE LA CRUZ CHALÁN, Abelardo(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Enfoque individualista, social y económico de la responsabilidad civil. III. Bases históricas de los punitive damages. IV. Definición de los daños punitivos. V. Problemática de la función punitiva en el civil law: una mirada a la doctrina civilista y a la reciente normativa latinoamericana. VI. Naturaleza jurídica de los daños punitivos. VII. Presupuestos para la admisión de la función punitiva en la responsabilidad civil peruana. 7.1. Adecuación de la responsabilidad civil a una sociedad dinámica: fundamento social y económico. 7.2. Algunos fundamentos jurídicos: el cumplimiento de los requisitos

(*) Bachiller en Derecho por la Universidad Nacional de Cajamarca. Miembro de la Asociación "Lex Civilis".

en estricto. VIII. Criterio económico a considerarse para imponer el castigo al dañador. IX. Alcances sobre el destino de la imposición punitiva. X. ¿A petición de parte? XI. Objetivos alcanzables de los daños punitivos. XII. Novedad de la aplicación de los daños punitivos en el Perú. XIII. Conclusiones. XIV. Lista referencias.

Resumen: El presente ensayo discute la factibilidad de introducir en el Derecho Civil peruano de una figura jurídica de raíz extranjera que ha sido calificada como *punitive damages* (“daños punitivos”); en el sentido que la responsabilidad civil en el ordenamiento civil además cuenta con una finalidad punitiva ante la comisión de eventos dañosos. Habrá que tener en cuenta que la función de sanción o punición corresponde asimismo al Derecho Administrativo y, desde luego, el Derecho Penal no es ajeno a esta finalidad, sin embargo la doctrina viene insistiendo que el Derecho Civil también pueda castigar conductas dentro de una responsabilidad civil moderna.

Palabras clave: Derecho Civil, daños punitivos, responsabilidad civil, sanción.

Abstract: *This essay discusses the feasibility of introducing in the Peruvian Civil law of a legal figure of foreign root that has been described as punitive damages (“punitive damages”); in the sense that the civil liability in the civil law also count with a punitive purpose the Committee of harmful events. We will have to take into account that the function of sanction or punishment corresponds also to the administrative law and criminal law is certainly no stranger to this purpose, however the doctrine comes insisting that Civil law can also punish conduct within a modern civil responsibility.*

Key words: *Civil law, punitive damages, liability, penalty.*

I. Introducción

En la actualidad, como consecuencia del constante dinamismo de la sociedad, la producción de daños cada vez se masifican, y esta situación da surgimiento a que una de las instituciones del Derecho Privado, precisamente la responsabilidad civil de la cultura jurídica del *civil law*, sea el centro de discusión en sede doctrinaria latinoamericana. Y la controversia es, en términos generales, acerca de los fundamentos de la responsabilidad civil sobre las que fue concebida desde los principales

Códigos Civiles del Derecho Europeo Continental como, por ejemplo, el Código Civil francés de 1804 del que se inspiraron gran parte de las legislaciones civiles hispanas.

Dentro de tal contexto, nuestra atención es ver si es factible la introducción en el Derecho Civil peruano de una figura jurídica de raíz extranjera que ha sido calificada como *punitive damages* (“daños punitivos”); es decir, que la responsabilidad civil en el ordenamiento civil también tenga una finalidad punitiva ante la comisión de eventos dañosos. No obstante, como es de conocimiento por los profesionales del Derecho, la función de sanción o punición corresponde asimismo al Derecho Administrativo y, desde luego, el Derecho Penal no es ajeno a esta finalidad, pero poco se pretende que el Derecho Civil también pueda castigar conductas dentro de una responsabilidad civil modernizada para los tiempos de hoy.

Esto es el dilema jurídico que merece un estudio que, al menos, nos acerque a tener una visión más clara en torno a la figura. Y, por este motivo, en las siguientes páginas abordaremos los principales aspectos teóricos que circunscriben los daños punitivos, haciendo una revisión desde sus bases históricas hasta su avance en el modelo jurídico norteamericano, y cuya noción adquiere evidente aceptación en Latinoamérica. Todo ello con la intención de encontrar argumentos que nos conduzcan a defender la postura de que cabe la posibilidad de su inserción como parte de una responsabilidad civil renovada en el ordenamiento civil peruano, de tal manera que esta institución jurídica garantice con más firmeza los intereses jurídicos que no escapan de ser lesionados por ciertos comportamientos ilícitos.

II. Enfoque Individualista, Social Y Económico De La Responsabilidad Civil

La responsabilidad civil introducida en el *civil law* es, sin duda, una institución apoyada sobre un enfoque individualista, ya que solamente se concentra en el daño que sufre un determinado sujeto. Sin embargo, se acuerdo con Aguirre Garabito & Sibaja López (2011) el daño no sola-

mente afecta un interés individual, sino también puede afectar a un sector mayoritario, en general a la sociedad en donde prima el capitalismo y la industria (pp.131-132).

En efecto, esta institución jurídica se ve en la obligación de tener una tendencia más moderna y novedosa; y, por ende, una connotación más *lata*, esto es, el de ser una institución que pase a una nueva etapa en donde también se preocupe por el bienestar del país, pues vivimos en una sociedad expuesta a los riesgos, a pesar de que el desarrollo económico no es igual al de otros países. También sobre el enfoque clásico de la responsabilidad civil, se ha manifestado que “...bajo una perspectiva típicamente ‘ochocentista’, la responsabilidad civil sólo cabía ser enfocada desde una óptica intersubjetiva...” (Fernández Cruz, 2001, p.235).

Entonces, esta noción antigua o como aquí preferimos llamarlo “individualista” de la responsabilidad civil —en el sentido de que se centra solamente en la víctima y no en la sociedad— no basta para corregir ciertas conductas dañosas de los sujetos. Por esta razón tiene que crear mecanismos para castigar conductas que influyen de manera negativa en el bienestar social. Aquí, pues, los daños punitivos pueden ser una salida para controlar este tipo de situaciones que no hacen más que interferir en la calidad de vida de las personas.

III. Bases históricas de los punitive damages

En la historia jurídica universal esta figura tiene procedencia precisa y, desde luego, trascendental evolución en países en donde predomina el Derecho Anglosajón. En la literatura jurídica comparada ha mencionado Aristizábal Velásquez (2010) que los daños punitivos tiene su base histórica en el Código de Hammurabi (p.180)⁽²⁸⁾. Empero, de acuerdo con Guanzioli (2012) tal figura es aplicada posteriormente por los tribunales ingleses durante el Siglo XVIII, y luego en Norteamérica (“Breve reseña histórica”, párr. 2). Ahora, si recurrimos al mismo basamento clásico, se verifica que el Código de Hammurabi establecía lo siguiente:

⁽²⁸⁾ El autor también hace referencia al Código de Hammurabi.

“Ley 120: Si uno ha depositado su trigo para la guarda de la casa de otro y hubo una merma, sea que el dueño de la casa abrió el granero y robó el trigo, sea que haya disputado sobre la cantidad de trigo que había almacenada en su casa, el dueño del trigo declarará su trigo ante dios, y el dueño de la casa doblará el trigo que ha tomado y lo dará al dueño del trigo”⁽²⁹⁾. (El subrayado es nuestro).

Así pues, como es manifiesto, la categoría jurídica extranjera que en la actualidad se denomina como daños punitivos tiene origen en la cultura antigua mesopotámica. No es una figura que ha nacido en nuestros días dentro del modelo jurídico del Derecho Europeo Continental. No obstante, es indudable afirmar que tiene considerable repercusión en el Derecho Anglosajón, y es allí en donde ha adquirido relevancia y se ha perfeccionado con el transcurrir del tiempo con la aplicación por parte de los tribunales de justicia en los casos de daños y conductas graves.

Ahora, si bien esta figura no es propia de la experiencia cultural jurídica tradicional; sin embargo, de acuerdo con Aristizábal Velásquez (2010) de alguna u otra manera hay evidencias de su aplicación en el Derecho Romano, y esto sucedía siempre que la víctima sufría ofensas de naturaleza grave (p.181). En efecto, la tradición del derecho romanista no es del todo distanciada del aporte extranjero de los daños punitivos, al menos eso nos enseña la literatura jurídica. Empero, no se puede desmentir que hoy en día tiene significativo apogeo en una cultura jurídica, económica y social diferente a la realidad sudamericana.

Posteriormente, con el devenir histórico los daños punitivos se irrumpen en la cultura jurídica de los Estados Unidos de América, ganando terreno y desarrollo en el ámbito judicial. Y, al respecto, de acuerdo con lo manifestado por Aristizábal Velásquez (2010) en dicho país surge en un contexto coyuntural “socio-política” ante los actos discriminatorios. Pero, precisamente, es en 1972 en el caso *Grimshaw Vs. Ford Motor Company* en donde la justicia norteamericana falla imponiendo un monto por daños punitivos (p.182). Por lo tanto, es a partir de allí que

⁽²⁹⁾ Ver el Código de Hammurabi. La Fundación El Libro Total. (Sic) Editorial http://www.ellibro-total.com/ltotal/?t=1&d=9002_8613_1_1_9002 (Consultado el 01 de agosto de 2017).

esta categoría o modo de salvaguardar los intereses jurídicos, adquiere cada vez fundamental interés en el terreno doctrinario de países del Derecho Continental, como sucede en Argentina, Colombia y Perú.

IV. Definición de los daños punitivos

En la literatura jurídica de países del Derecho Continental, las posiciones a propósito de la definición de los daños punitivos son, en sí, uniformes; esto significa que las opiniones guardan estrecha coincidencia al hacer referencia que por esta figura jurídica se castiga al responsable con un monto superior al del resarcimiento que necesariamente corresponde por el daño que ha sufrido la víctima. De ahí que, como se evidencia, no estamos ante el discurso similar que se le da a la responsabilidad civil visto desde el panorama resarcitorio que viene a ser la función base de esta institución jurídica y cuyo funcionamiento se da cuando hay un daño a los intereses jurídicos.

Ahora, de acuerdo con Racimo (2005) los daños punitivos vienen a ser “multas privadas” que los jueces imponen a los dañadores por su particular conducta dañosa, y para que en el futuro tal conducta no se reitere (p.8). Esto es, precisamente siguiendo a otra doctrina, que los *punitive damages* “...son una pena privada que se impone, en un proceso civil y al causante doloso o gravemente negligente de un daño, por un importe varias –a veces, muchas– veces superior al de la indemnización puramente compensatoria” (Salvador Coderch, 2000, p.140). Por tanto, es el juez quién tiene la autoridad para imponer un castigo al dañador, y lo hace con la intención de que no vuelva a ocasionar daños a intereses tutelados. Esto, de alguna u otra manera, influye para que la conducta que se dirige a la comisión de eventos dañosos se controle; porque si el sujeto sabe que si causa un daño no solamente será responsable con el resarcimiento valorado; sino, además, con un castigo punitivo. En efecto, el potencial dañador repensará si producir un daño o, más bien, llevar a cabo determinada actividad con las garantías necesarias.

También cuando se ha hecho alusión a las funciones de la responsabilidad civil, en la doctrina civil italiana se ha sostenido que esta institución jurídica tiene “la función de reafirmar el poder sancionador (o

“punitivo”) del Estado” (Alpa, 2006, p.198). Por lo que sigue, en la responsabilidad civil contemporánea la función punitiva puede ser importada y aplicada, aunque no con el mismo rigor que se le da en el Derecho Americano. Y solamente así el Estado podrá intervenir como barrera para los comportamientos ilícitos de los sujetos que han quebrantado intereses jurídicos con repercusión social.

Ahora bien, lo novedoso es que los daños punitivos adquieren cada vez más reconocimiento en Latinoamérica. Así, como se ha sostenido en el campo doctrinario argentino, “...la noción de ‘pena civil’ sirve para censurar conductas, como en los daños ambientales, los causados por productos elaborados, y en general, en los daños masivos” (Lorenzetti, 2006, p. 494). Por ende, la institución de la responsabilidad civil, visto de esta perspectiva, ya no sigue teniendo la misma connotación antigua introducida desde los Códigos Civiles europeos, sino va adquiriendo otras orientaciones de acuerdo con los nuevos desafíos de una sociedad globalizada en donde la generación de daños son, en muchos casos, incontables.

Otro punto de fundamental importancia, es respecto a su denominación; pues, si bien, se ha difundido en la literatura jurídica como “daños punitivos”, pero esto no es del todo aceptado por la comunidad jurídica; por ejemplo, en el Derecho argentino, precisamente en los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial, se ha establecido que “Esta expresión es equívoca: por un lado el daño se repara y no tiene una finalidad punitiva, y por el otro, la punibilidad que se aplica no tiene una relación de equivalencia con el daño sufrido por la víctima, sino con la conducta del dañador. Para evitar estos problemas, y luego de muchas discusiones, se adoptó el nombre de ‘sanción pecuniaria disuasiva’”⁽³⁰⁾.

Por último, si bien la responsabilidad civil adoptada en la tradición jurídica clásica cumple su función con el resarcimiento a la víctima. Sin embargo, hay conductas no tolerables por el ordenamiento jurídico que

⁽³⁰⁾ Ver los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, en el Libro Tercero: Derecho Personales; Título V: “Otras fuentes de las obligaciones”, Capítulo 1. Responsabilidad civil. <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf> (Consultado el 10 de agosto de 2017).

se caracterizan, básicamente, porque trascienden a la sociedad por su gravedad y por sus consecuencias negativas para el bienestar humano, y es aquí el campo de aterrizaje de la figura de los daños punitivos, ya que con la aplicación de las reglas tradicionales de la responsabilidad no es suficiente para hacer frente a conductas de esta índole.

V. Problemática de la función punitiva en el civil law: una mirada a la doctrina civilista y a la reciente normativa latinoamericana

La tradición jurídica a la cual pertenece el Derecho Civil peruano es al Derecho Continental, como sucede con los demás ordenamientos latinoamericanos. Pero, por otro lado, está el Derecho Anglosajón cuya experiencia jurídica es ajena al modelo de sistema vigente en esta parte del continente; pero es, precisamente, el Derecho Anglosajón el acogedor de los *punitive damages*, y los juristas del *civil law* vienen importado sus fundamentos para darle un nuevo enfoque a la responsabilidad civil antigua. Así pues, se ha difundido por Tobar Torres (2011) que la aparición de los daños punitivos es debido al dinamismo de la institución jurídica de la responsabilidad civil, y hoy en día algunos ordenamientos vienen dándole mayor aprobación (p.156). De manera que, al menos normativamente, no podemos negar que mantenemos todavía una responsabilidad civil cuyos fundamentos están en transformación y siendo revisados; y, de este modo, adecuarlo para afrontar otros daños que tienen alcance social.

Ahora, el problema se concibe cuando se quiere abrir un camino para una posible aplicación de los daños punitivos en el Derecho Civil peruano; en otras palabras, que la institución de la responsabilidad civil tenga tal orientación, y que la figura sea parte de sus fundamentos contemporáneos; y, por lo tanto, sea aplicado cuando se presenten situaciones de especial relevancia. Empero, es necesario hacer mención a las principales discrepancias que han surgido en el espacio doctrinario de la región, porque este asunto no es del todo uniforme cuando se pretende adoptarlo, ya que no es lo mismo que la clásica función de la responsabilidad civil todavía vigente en los ordenamientos civiles.

Entrando a la discusión sobre este instituto jurídico extranjero, de acuerdo con Kemelmajer de Carlucci (2013) la discusión en sede doctrinal se centra en ver si la función punitiva es parte del contenido de la responsabilidad civil; y, frente a esto, es la ley la que debe resolver la cuestión (p.18). En efecto, la mayoría de los ordenamientos civiles de Latinoamérica aún no han reconocido la categoría de los daños punitivos, y una muestra de ello es el Código Civil peruano de 1984 que se mantiene dentro de la línea clásica de responsabilidad civil reparadora de daños.

También enseña Salvador Coderch (2000) que en un proceso de responsabilidad civil los órganos jurisdiccionales representados por los jueces pueden sin inconveniente imponer un monto resarcitorio por el daño, pero no cabe la posibilidad de sancionar (p.139). Por eso, qué duda cabe, los *punitive damages* no escapan de tener opiniones discrepantes para importarlo al Derecho Continental, precisamente a la responsabilidad civil, porque esta institución desde siempre se ha mantenido con la finalidad única del resarcimiento y no otra como la punitiva.

Por otro lado, hay que resaltar que en la República Argentina se constata mayor interés por estudiar los daños punitivos, aunque no siguiendo la misma denominación. Así pues, la aceptación en dicho país se verifica en la normativa de la Ley de Defensa del Consumidor (Ley N° 24.240), precisamente en el artículo 52 bis⁽³¹⁾; además, dicha figura se propuso en el Proyecto de Código Civil y Comercial argentino⁽³²⁾. Por eso, si bien hay opiniones desfavorables para la admisión y aplicación en la responsabilidad civil, también hay otras a favor. Al respecto, enseña Racimo (2005) que si bien el ordenamiento civil argentino se acoge a la

(31) "ARTICULO 52 bis: Daño Punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley".

(32) "ARTÍCULO 1708.- Funciones de la responsabilidad. Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño, a su reparación, y a los supuestos en que sea admisible la sanción pecuniaria disuasiva". (El subrayado es nuestro).

tradición civil, pero hoy en día hay corrientes defensoras sobre la aplicación de los daños punitivos en el sistema de responsabilidad civil (p.7). Entonces, de alguna u otra manera este instituto se viene implementando en los ordenamientos de países latinoamericanos de corte continental o sistema jurídico clásico; esto significa que el legislador va por la ruta correcta de darle un espacio normativo para su vigencia, aunque la revisión a este instituto todavía no se ha realizado completamente.

Ahora, otra opinión defendida por Tobar Torres (2011) refiere que en el derecho colombiano, al igual que en los demás países de Latinoamérica, hay fidelidad a la tradición civil, y por tal razón existe discrepancia en cuanto a la posibilidad de que esta figura pueda aplicarse (p.163). Esto, por cierto, es visible en los ordenamientos, y la clara ilustración es el Derecho Civil peruano, porque en cuanto a la responsabilidad civil extracontractual no encontramos una normativa que diseñe la estructura de la función punitiva.

Por otro lado, en sede jurisprudencial la Corte Constitucional de Colombia, se ha pronunciado mencionando que “El resarcimiento del perjuicio, debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado, mas no puede superar ese límite”⁽³³⁾. Es manifiesto, pues, que este criterio jurisprudencial aún respalda la perspectiva tradicional de la responsabilidad civil, por lo que la víctima del daño recibe según el monto fijado por el órgano jurisdiccional, más no por otra causa que haga superior al pago materializado con el resarcimiento.

Ahora bien, algo importante que también debemos destacar es que en el Derecho Colombiano, precisamente en el ordenamiento civil, como ha sostenido Aristizábal Velásquez (2010) el legislador ha introducido la figura de los daños punitivos, y esto es posible corroborarlo en el artículo 997⁽³⁴⁾ (p.191). Por consiguiente, no es del todo verdadero

⁽³³⁾ Esto se establece en la Sentencia N° . C-197/93, de la Corte Constitucional de Colombia. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-197-93.htm> (Consultado el 09 de agosto de 2017).

⁽³⁴⁾ Código Civil colombiano: “Artículo 997.- Siempre que de las aguas de que se sirve un predio, por negligencia del dueño en darles salida sin daño de sus vecinos, se derramen sobre otro predio, el dueño de éste tendrá derecho para que se le resarza el perjuicio sufrido, y para que en caso de reincidencia se le pague el doble de lo que el perjuicio le importare”.

que el enfoque punitivo sea ajeno al modelo jurídico del *civil law*. Sin bien la aplicación en los ordenamientos no se ha dado con la mayor fuerza; pero, en realidad, ordenamientos como el de Colombia y Argentina no están distanciados de este instituto, aunque con diferente grado de tratamiento. Esto nos conduce a decir que en el futuro vaya perfeccionándose normativamente y teniendo éxito en los ordenamientos latinoamericanos.

Igualmente otra doctrina autorizada ha sostenido lo siguiente:

...la figura de los daños punitivos es ajena a los ordenamientos de corte europeo continental y que hay poderosas razones para ello. Si se quiere castigar y se está autorizado para castigar, no parece justo ni equitativo proporcionar a quien sufrió un daño sumas que sean superiores a este daño, porque en tal caso se le está enriqueciendo. (Díez-Picazo, 1999, p. 46).

Entonces, se observa que las posiciones a favor o en contra son diversas en la doctrina del Derecho Continental. Asimismo ha referido Tobar Torres (2011) que es posible imponer una sanción al dañador, pero no hay razón para que sea asignado al afectado, pues se estaría beneficiando sin tener “título suficiente” (p.165). Así, el asunto va teniendo importante debate y abriendo posibilidades para ser introducido en la responsabilidad civil. Pero, a pesar de ello, lo que se pretende es buscar todas las salidas posibles a fin de que los daños punitivos no sean aplicados de manera arbitraria perjudicando al dañador, al afectado por el daño y a la sociedad.

Por consiguiente, si bien “...la opinión dominante en el *civil law* es negar la admisibilidad y pertinencia de la función punitiva o penal de la responsabilidad civil, que es más bien propia del derecho penal o del derecho administrativo sancionador” (Fernández Cruz, 2001, p. 263). No obstante, es necesario que esta figura tenga mayor posicionamiento y se adecúe a la experiencia del Derecho Continental, haciendo que el sistema jurídico sea un todo en cuanto al control de ciertas conductas dañosas que son negativas para el bienestar de los consumidores y, en general, para la sociedad.

VI. Naturaleza jurídica de los daños punitivos

En principio, todas las áreas jurídicas tienen determinada función, por ejemplo, el Derecho Civil lo hace dentro de su espacio y, principalmente, se caracteriza porque tiene que ver con las relaciones intersubjetivas de los particulares, pero también regula lo referente al patrimonio (por ejemplo, la normativa de los derechos reales). Por lo tanto, dicha área tiene autoridad solamente en ese sector, y no puede entrar a terrenos cuyo protagonismo corresponde a otras áreas. Pero, por otro lado, en el vasto campo del Derecho, está inmerso el Derecho Penal que, exactamente, se encarga de punir conductas calificadas como delitos, y este rol es distinto a lo que el Derecho Civil realiza. En definitiva, visto de este plano, ambas áreas tienen funciones claras dentro de su jurisdicción y una no puede ser invasora de la otra.

Entonces, lo antes anotado es, al menos, la regla que prima en el ordenamiento jurídico, y desde siempre cada área jurídica ha realizado su papel que realmente le corresponde. Empero, es sabido que la realidad, y más aún en la sociedad contemporánea en la que vivimos, siempre modifica las bases del Derecho, y no cabe duda que por esta razón las funciones correspondientes a determinada área también puedan ser objeto de transformaciones. Pero las modificaciones que se dan no son estrictamente para desterrar las bases jurídicas, sino de modo particular y excepcional, siempre que haya razones justificadas para hacerlo, como sucede con los daños punitivos, aunque de igual manera hay argumentos para su inadmisibilidad.

Ahora, dentro de este contexto una de las cuestiones esenciales en las que hay discrepancia, es respecto a la naturaleza jurídica de los daños punitivos. Precisamente, la discusión es ver si sería aplicable en el Derecho Privado; o, más bien, corresponde exclusivamente al Derecho Penal o al Derecho Administrativo. Allí está el dilema del asunto, y hay argumentos para lo uno y lo otro. Así, ha sostenido Álvarez (s.f.) que todas las funciones del ordenamiento jurídico no pueden ser cumplidas por el Derecho Civil (“Constitucionalidad de los daños punitivos”, párr.2). Nosotros consideramos que hay sustentos jurídicos y de carácter social, incluso de tipo

económicos que enriquecen la importación de este instituto, de tal manera que la responsabilidad civil, en casos excepcionales, también tenga una finalidad punitiva o de sanción de conductas dañosas.

De esta manera, autorizada doctrina extranjera ha defendido la postura que refiere que “la función punitiva la cumplen exclusivamente las normas penales, acompañadas a veces por lo que se ha llamado el Derecho administrativo sancionador” (Díez-Picazo, 1999, p.44). En efecto, bajo este argumento la responsabilidad civil sería ajena a este tipo de función que se le quiere otorgar en la actualidad; por lo tanto, darle un enfoque punitivo sería desnaturalizar, en principio, el Derecho Civil y, desde luego, el propósito de la responsabilidad civil tradicional que se ha mantenido (y aún en vigencia) en la reparación del daño.

Por otro lado, ha difundido Brodsky (2012) que hay opiniones que defienden que la imposición de los daños punitivos pertenece al Derecho Penal; siendo pues ajena a la responsabilidad civil; pero también se ha sostenido sobre la inconstitucionalidad de esta figura (p.278). Esto es, en sí, la discusión en torno a la naturaleza de este instituto. No obstante, no se trata de que el Derecho Civil realice funciones que compente a otras áreas, sino, más bien, que el ordenamiento jurídico en su conjunto cree mecanismos de control de conductas ilícitas. Esto significa que si determinada área jurídica no es suficiente para lograr un objetivo que beneficie a la sociedad, debe operar también otras áreas a modo de reforzamiento.

Por nuestra parte, somos de la opinión de que con esta figura no se pretende desnaturalizar la institución de la responsabilidad civil, pero si se daría la posibilidad de aplicarlo, el ordenamiento no debe hacerlo teniendo en cuenta tal como está el diseño proveniente del extranjero, sino de acuerdo con la experiencia jurídica, social y económica de nuestro medio. Por ejemplo, se iniciaría repensando en cuanto a la expresión de “daños punitivos”, y con la ayuda de la doctrina latinoamericana, como la Argentina, es factible tener una denominación acertada y así sobre vigencia en el sistema jurídico.

VII. Presupuestos para la admisión de la función punitiva en la responsabilidad civil peruana

Partimos anotando que el Código Civil peruano de 1984 en cuanto a la responsabilidad civil extracontractual, acoge estrictamente un sistema que se fundamenta en la indemnización o reparación del daño, y esto se demuestra en el artículo 1969 que señala que el responsable del daño está obligado a la indemnización⁽³⁵⁾; y también el artículo 1970 hace referencia a la reparación del daño causado por bienes riesgosos o actividades riesgosas⁽³⁶⁾. Estos dos artículos del ordenamiento civil constituyen, en sí, la base de la responsabilidad civil extracontractual, y en ambos se estipula que el dañador se responsabiliza por el daño que ha producido, ya sea teniendo en cuenta la regla subjetivista u objetivista; por ende, este cuerpo normativo no refiere otra causa reparadora ajena al daño, haciendo que el agente pueda pagar un monto distinto a ello.

Ahora, si bien la función del resarcimiento opera cuando se ha producido el daño, y quien causó esa situación dañosa pagará a la víctima por su interés lesionado, pero con ello no se garantiza que en el futuro el dañador no vuelva a producir daños. Por eso, al menos hasta ahora, no hay un diseño de responsabilidad civil que pueda asegurar a la sociedad una mínima probabilidad de ocurrencia de eventos dañosos, y más cuando muchas veces el monto del resarcimiento no corresponde a lo que realmente ha sufrido la víctima.

Entonces, considerando las cuestiones teóricas, en el Derecho Civil peruano cabe la posibilidad de que la función punitiva forme parte del sistema de responsabilidad civil, pero es indispensable, antes de ello, precisar algunos aspectos a tener en cuenta para su incorporación y aplicación, esto a fin de no desnaturalizar la esencia de esta institución del Derecho Privado, sino de adaptarlo a los tiempos actuales en donde los daños que sufren los sujetos son, desde luego, un problema

⁽³⁵⁾ “Artículo 1969º.- Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor”.

⁽³⁶⁾ “Artículo 1970º.- Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo”.

más que afronta la sociedad y el Estado. Por eso, frente a esta situación el Derecho peruano tiene una tarea urgente de tutelar de manera seria los intereses jurídicos adecuando las figuras jurídicas clásicas y creando mecanismos legales acorde con un mundo globalizado; ya no estamos en una época en donde los daños tenían, quizá, mínimas consecuencias sociales y económicas.

Dicho ello, la necesidad de que la función punitiva sea parte de la responsabilidad civil extracontractual en el ordenamiento civil peruano, básicamente encuentra su apoyo en los argumentos y presupuestos que a continuación pasamos a detallar.

a. Adecuación de la responsabilidad civil a una sociedad dinámica: fundamento social y económico

Es imprescindible que la responsabilidad civil clásica se adecúe a los cambios actuales de la sociedad peruana, a fin de que sea una institución jurídica que verdaderamente salvaguarde los intereses jurídicos de los sujetos. En efecto, esta institución no puede seguir operando de la misma manera desde su concepción en los ordenamientos de tradición continental. La sociedad de hoy se ve amenazada por el cambio social, pues para el ser humano cada vez es imposible controlar eventos dañosos en un mundo de altos riesgos, y por eso es fundamental actuar desde las instituciones jurídicas básicas para que operen como barreras de situaciones dañosas calificadas como trascendentales. Sin embargo, con ello no se busca desterrar por completo el modelo jurídico histórico, sino darle una tendencia actualizada.

Ahora bien, el argumento que también nos conduce a la aceptación de los daños punitivos, de acuerdo con García Matamoros & Herrera Lozano (2003) esta figura tiene como propósito el de punir una conducta grave, también el de prevenir futuros daños y, además, se pretende tranquilizar las emociones del perjudicado por el daño (p.215). En tal sentido, si la sociedad y el Estado claman a viva voz que disminuyan los daños y las víctimas, pues de alguna manera los daños punitivos cumplen una finalidad social, y esto sirve para que la responsabilidad civil sea más completa protegiendo al ser humano; y, en general, a los intereses jurí-

dicos, porque cuando la sociedad soporta daños graves se afecta directa o indirectamente el bienestar de los individuos.

Este asunto de los daños punitivos tiene asimismo fundamentos económicos⁽³⁷⁾. Si bien este instituto puede no ser del todo favorable para una sociedad como la nuestra en donde la realidad social, económica y cultural es distinta a la americana o del derecho estadounidense; pero si hay un castigo al dañador, definitivamente realizará sus actividades económicas con la seguridad necesaria. Además consideramos que esta figura funciona como instrumento para corregir prácticas dañosas en el mercado de las transacciones, por ejemplo, con ello los productores tendrían mayor diligencia cuando oferten sus productos y servicios a los consumidores, pues si no hay ello el bienestar de la sociedad está en riesgo.

Finalmente, y a modo de complemento del párrafo anterior, la Constitución Política de 1993, señala: “Artículo 59º.- *El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades*”. (La cursiva es nuestra). Este artículo sirve para analizar la función punitiva desde el punto de vista económico. Si se castiga al dañador que realiza una actividad económica bajo nuestro modelo económico⁽³⁸⁾, entonces procurará que tal actividad sea mejor y no perjudicial para la sociedad. Visto de este modo, el beneficio no es solamente para el empresario o productor, sino para el país.

⁽³⁷⁾ Pueden haber varios fundamentos económicos, en especial dentro del Análisis Económico del Derecho; sin embargo, solamente mencionamos algunos aspectos generales, pues esto merece un estudio más detenido desde la misma literatura jurídica americana.

⁽³⁸⁾ Constitución Política de 1993: “Artículo 58.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura”.

b. Algunos fundamentos jurídicos: el cumplimiento de los requisitos en estricto

El presente fundamento se concentra específicamente en cómo debería ser el funcionamiento de los daños punitivos en la responsabilidad civil de la cultura jurídica del *civil law* para que en la sociedad de hoy se controlen la generación de eventos dañosos, pero con ello no pretender su desnaturalización como institución. Aquí es indispensable tener presente los presupuestos que la doctrina y el derecho latinoamericano han venido proponiendo para su vigencia.

b.1 Daño resarcible

Al respecto, como se ha señalado en Argentina, “Es prudente establecer como requisito de admisibilidad de las condenaciones punitivas la existencia de un daño resarcible individual o colectivo causado por el sancionado” (XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, 1999, p.27). Entonces, este requisito es imprescindible para tal finalidad, porque no puede haber una sanción punitiva si el daño no se encuadra como resarcible; y, por lo tanto, no hayan concurrido los presupuestos para ser calificado como tal. También en la doctrina han defendido Cornet & Rubio (1997) que debe haberse producido un daño injusto, por lo que no es admisible su aplicación en la responsabilidad civil si no hay víctima (p.32).

Sobre este asunto, en la doctrina de Argentina ha sustentado Moisés (2008) que no debe tratarse de cualquier daño, sino es necesario que sea de naturaleza grave y, además, que repercuta socialmente (p.279). Por lo tanto, la figura de los daños punitivos debe ser aplicada no a los eventos dañosos cuyas consecuencias negativas para las personas sean de menor gravedad, porque para estos casos están las reglas tradicionales de la responsabilidad civil.

Si bien el daño, en general, tiene que ser perjudicial a los intereses colectivos. Sin embargo, puede presentarse algún supuesto en el que se lesione un interés individual, pero que sea grave y reprochado por la sociedad, por ejemplo en el caso de que el médico olvide un instrumento quirúrgico (pinza quirúrgica, gasa médica, etc.) en el cuerpo del

paciente. Esta conducta es grave y no es aceptada por la sociedad; por lo tanto, puede operar los daños punitivos para que en el futuro la conducta no siga siendo negligente y los pacientes estén más seguros cuando se sometan a tratamientos u operaciones médicas.

Ahora bien, la razón para que esta figura no entre en el terreno de conductas menos graves, es que traería consigo consecuencias no enriquecedoras para la institución jurídica de la responsabilidad civil. Por ejemplo, una persona en un proceso judicial podría reclamar resarcimiento por un daño sufrido; pero, además, un monto adicional, a pesar de que dicho daño quizá no sea grave o de trascendencia social. En otros términos, conduciría a que la víctima de cualquier daño pueda obtener arbitrariamente una posición económica ventajosa; asimismo las reglas de la responsabilidad civil clásica se verían invadidas con la aplicación de la punición a cualquier daño. Esa es nuestra opinión para que no funcione en este tipo de conductas, pues para eso está la responsabilidad civil normada bajo la noción antigua del resarcimiento.

Por otro lado, en Argentina se ha defendido que “Conviene limitar la aplicación de penas privadas a casos de particular gravedad, caracterizados principalmente por el menosprecio a los derechos del damnificado o a intereses de incidencia colectiva y a los supuestos de ilícitos lucrativos” (XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, 1999, p.26). En efecto, el discurso extranjero se inclina a defender que cabe su aplicación solamente a ciertas conductas dañosas, dejando de lado las que no tengan repercusión para la sociedad en su conjunto. No sería lo mismo aplicarlo en los casos de daños ambientales, daños a los consumidores, entre otros, en comparación con una lesión o un accidente por conducir un bien riesgoso.

b.2 Conducta grave

Un segundo requisito a tener presente es, en términos generales, la “conducta grave” del dañador. No obstante, esto de “conducta grave” no es del todo clarificado, o sea, qué conductas son calificadas como “graves”. Al respecto, siguiendo los aportes de Moisés (2008) debe tratarse de una conducta dolosa, conducta de malicia del dañador para cau-

sar daños que es mucho más que una conducta de “mera negligencia” (p.279). En efecto, no cualquier conducta puede ser el fundamento de los daños punitivos, sino debe ser una actuar negligente manifiesto del demandado o responsable.

Anotado ello, creemos que es factible la admisión de los daños punitivos, porque cumple un rol dentro del sistema jurídico y en la sociedad, y más aún cuando en la actualidad no solamente somos testigos de daños menores, sino es recurrente la producción de daños graves que merecen un tratamiento diferente por la responsabilidad civil. Solamente así la responsabilidad civil habrá alcanzado un objetivo protector con mayor firmeza de los intereses sociales o derechos en juego de un grupo mayoritario.

VIII. Criterio económico a considerarse para imponer el castigo al dañador

Cuando se apliquen las sanciones civiles es indispensable, además de examinar el cumplimiento de los requisitos, evaluar el factor económico del agente del daño. Nuestro argumento, en este caso, se apoya en el sentido de que vivimos en una sociedad poco desarrollada y con posibilidades económicas mínimas de los sujetos⁽³⁹⁾; esto es, en otras palabras, que la posición o ventaja económica de los privados no es igual. Por tal razón es imprescindible tener en consideración las posibilidades económicas del dañador, antes de ser castigado con un monto adicional que podría ser excesivo. Asimismo se debe tener en cuenta minuciosamente la conducta dañosa al interés jurídico. No es lo mismo, por ejemplo, que una pequeña fábrica origine un daño colectivo, en comparación con una empresa dedicada a la actividad minera que cause daños ambientales. En ambos supuestos puede haber daños punitivos, pero al momento de hacerlo efectivo, definitivamente el criterio para su imposición tiene que ser distinto, porque la capacidad económica de una será superior al de la otra.

⁽³⁹⁾ Vivimos en una sociedad aún con pobreza. Por eso, quizá, desde este punto de vista, los daños punitivos no sea, pues, una figura favorable para quienes tienen pocos recursos en comparación con otros que están en mejor posición económica.

Al respecto, en el Derecho argentino, precisamente en el Proyecto de Código Civil y Comercial, se ha expresado lo siguiente:

“ARTÍCULO 1714.- Sanción pecuniaria disuasiva. [...] Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañado, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. [...]”⁽⁴⁰⁾. (El subrayado es nuestro).

Como es evidente, se ha propuesto en el derecho comparado que para imponer una “sanción pecuniaria disuasiva”⁽⁴¹⁾, es importante considerar, entre otros aspectos que la norma estipula, el patrimonio del causante de la situación dañosa. Creemos que esto es así, porque tampoco se trata de que el castigo o la sanción sea un mecanismo para disminuir la riqueza de los dañadores, porque si esto ocurre podría tener repercusión negativa macroeconómica en el sentido de que si no se toma en cuenta su patrimonio o su riqueza, conduce a que el dañado no tenga condiciones económicas óptimas para satisfacer otras necesidades urgentes; y, de igual manera, puede ser perjudicial para la sociedad, por ejemplo en el caso peruano, cuando el responsable ejerce actividad económica en el marco de la “económica social de mercado”⁽⁴²⁾. Entonces, esa es la razón para no dejar de lado el análisis del factor patrimonial del agente dañado.

IX. Alcances sobre el destino de la imposición punitiva

Otro aspecto fundamental que encierra este tipo de sanción –y que de igual manera es discutible–, es respecto al destino de la imposición propiamente dicha; esto es, si el monto que se impone al responsable

⁽⁴⁰⁾ Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. (Argentina)

⁽⁴¹⁾ Ver el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. (Argentina).

⁽⁴²⁾ Constitución Política de 1993: “Artículo 58.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura”.

debe destinarse a la víctima o no. Ahora, la esencia de esta categoría jurídica es que ciertos daños causados se reduzcan y no darle más terreno para su constante acaecimiento. Entonces, si bien la víctima ha sufrido un daño porque su interés ha sido lesionado o menoscabado por una conducta grave, pero si por las reglas de la responsabilidad civil logra el resarcimiento, ya no debe haber un beneficio adicional asignado exclusivamente a ella, porque ya no tendría razón justificada o suficiente para ser beneficiada. Sin embargo, esto no significa que debe dejarse de lado su aplicación y el responsable no sea castigado por haber generado un daño; porque si esto es así, simplemente, dicho instituto no cumpliría su función.

En el Derecho argentino se han propuesto algunos criterios a tener en cuenta, y que fue introducido en el Proyecto de Código Civil y Comercial, bajo el siguiente texto:

“ARTÍCULO 1714.- Sanción pecuniaria disuasiva. El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva. Pueden peticionarla los legitimados para defender dichos derechos. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañado, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas.

La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada”⁽⁴³⁾. (El subrayado es nuestro).

Como es notorio en la parte última del artículo del citado Proyecto, se deja a criterio del juez para que destine el monto de la sanción. No nos menciona de ninguna manera que el beneficio corresponderá a la víctima o, incluso, darle una finalidad diferente. No obstante, si comparamos el discurso doctrinario argentino, ha expresado Urruti (2013) que hay posibilidades de que pueda destinarse a organizaciones encargadas

⁽⁴³⁾ Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. (Argentina).

de proteger derechos colectivos, a la víctima en sí o, también, a ‘entidades de bien común’” (pp.65-66).

En suma, si bien pueden haber opiniones diferentes en la doctrina; sin embargo, nosotros compartimos lo que se indica en los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial argentino, al señalar que no debe destinarse a quien lo pide, pues esta figura es aplicable cuando se lesionan derechos de alcance colectivo, los mismos que tienen ciertas características y “no dan lugar a derechos subjetivos”⁽⁴⁴⁾. En efecto, la imposición de la multa debe asignarse para fines en los cuales la sociedad pueda beneficiarse; pero no hay inconveniente que también sean grupos o colectivos encargados de prevenir daños los beneficiados. Y el argumento de que no vaya a manos de la víctima, es que ya ha sido reparada por el daño sufrido con la aplicación de las reglas del resarcimiento, en efecto, no habría causa alguna para recibir un adicional. De esta manera, por más que no vaya a la víctima, el propósito es que cuando se aplique la multa o sanción, los daños graves sean mínimos.

X. ¿A petición de parte?

Aquí el tratamiento de los daños punitivos ya se introduce en el sector judicial. Y lo que se pretende aclarar es si puede ser a pedido de parte o, más bien, debe operar de oficio. Al respecto, en la doctrina de

⁽⁴⁴⁾ En los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial, se establece: “Desde el punto de vista dogmático, si la sanción se aplica sólo a los derechos de incidencia colectiva, que son indivisibles y no dan lugar a derechos subjetivos, no es admisible que el peticionante cobre. No tiene un derecho subjetivo; actúa como un legitimado extraordinario. Por esta razón es que el dinero va a un patrimonio de afectación. El Juez puede darle un destino mediante resolución fundada, pero ese destino es siempre en defensa del bien colectivo, ya que no podría, fundadamente, dársele a quien no tiene un derecho subjetivo. Los diferentes destinos tienen relación con la experiencia de otros países, como Brasil, en los que, mediante otros institutos, se ha logrado mejorar bienes públicos: creación de fundaciones, campañas de educación, patrimonios de afectación para la promoción de un bien afectado, etcétera”. Ver los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, en el Libro Tercero: Derecho Personales; Título V: “Otras fuentes de las obligaciones”, Capítulo 1. Responsabilidad civil. <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf> (Consultado el 10 de agosto de 2017).

la Argentina ha expuesto Urruti (2013) que no procede de oficio, sino, más bien, la legitimación corresponde a las organizaciones o a los entes colectivos pertinentes, también a los afectados; en general, a la sociedad (p.67). Entonces, como hemos indicado en el punto anterior, si bien la víctima no debe ser beneficiada, esto no quiere decir que no está legitimada para pedirlo. Pues, si por medio de esta figura se castigan ciertas conductas que lesionen derechos de alcance social, en efecto, consideramos que entra en funcionamiento el **deber** de todo ciudadano de poder hacerlo; y, de esta manera, formar parte, en el sentido de cooperación, para que tales conductas sean castigadas y que los eventos dañosos de naturaleza grave se minimicen en la sociedad.

Sobre el particular, en la doctrina colombiana han expresado García Matamoros & Herrera Lozano (2003) que debe ser la víctima quien incluya en su pretensión; y, de acuerdo a ello, ser evaluado por el órgano jurisdiccional (pp.215-216). Definitivamente, la regla es que debe operar cuando la víctima lo haya pedido. Pero, como indicamos *supra*, la posibilidad de quienes pueden hacerlo va más allá de ello. Si embargo, puede suceder que nadie pida la sanción al dañador; entonces, en este caso, el deber corresponde al aplicador del Derecho.

Mencionado ello, nuestra opinión se inclina a defender la regla general que proclama que debe ser pedido por la víctima. El afectado por la conducta grave es el protagonista pasivo del hecho dañoso; y, además, está en mejor posición de hacerlo y ofrecer todo el material probatorio. Empero, en el caso de que nadie lo haya planteado, creemos que el juez tiene el deber sancionar, siempre que observe que el daño y la conducta cumplan con los requisitos para que opere los daños punitivos; si evalúa que el daño ha sido grave y hay una conducta reprochable, tiene el deber de castigar dicha conducta a fin de que haya un control y no se repitan. Si no es pedido por el afectado, no sería correcto que la conducta pase desapercibida por el juez, porque se estaría incentivando a generar daños futuros de la misma índole y seguir con la misma conducta. Aquí se trata de proteger a los consumidores y, en general, a la sociedad.

XI. Objetivos alcanzables de los daños punitivos

Como hemos podido verificar, con la aplicación de este tipo de condenas se pretende, en el fondo, la prevención de daños a los intereses jurídicos (en especial de carácter social). En ese sentido, de acuerdo con Racimo (2005) los daños punitivos, en primer término, tienen un objetivo de castigar al sujeto responsable con el monto adicional distinto a la reparación (p.9). En efecto, como hemos señalado, no estamos en el supuesto reparador de daños que, fácilmente, puede hacerse efectivo aplicando las reglas generales de la responsabilidad civil extracontractual, ya sea bajo el criterio subjetivo u objetivo.

Pero no es la única finalidad que se pretende alcanzar con este instituto, sino también es lograr que los agentes del daño no vuelvan a cometer conductas ilícitas; es decir, como ha defendido autorizada doctrina nacional:

...se les disuade (a dichos culpables) de la posible intención de reiterar en el futuro sus conductas y se les advierte, además, a los demás integrantes de la comunidad que se sintieran tentados a imitar esas conductas, de sus graves consecuencias, disuadiéndolos también de su realización en el futuro. (Fernández Cruz, 2001, p. 264).

En consecuencia, la importancia para su aceptación radica, estrictamente, en el **objetivo** que se consigue con ello. Si la responsabilidad civil en el *civil law* procura minimizar los daños que se producen en la sociedad, y con las reglas clásicas no es suficiente para ello, es fundamental la importación de esta figura jurídica, pero aplicarlo de acuerdo con la cultura social peruana.

XII. Novedad de la aplicación de los daños punitivos en el Perú

Si bien la figura de los daños punitivos tiene prevalencia en la práctica anglosajona. No obstante, como hemos indicado, su aceptación se refleja de modo relativo en países de tradición continental, tal es el caso de Argentina. No obstante, en la experiencia jurídica nacional, precisa-

mente en el ámbito jurisprudencial laboral, el particular es aún más novedoso pues recientemente se ha establecido que “...*los daños punitivos tienen como propósito castigar a quien produce un daño y disuadir tanto al causante del perjuicio como a otros posibles infractores de repetir la misma acción dañina*”⁽⁴⁵⁾. (La cursiva es nuestra). Esto es una muestra de que cada vez el Derecho peruano se preocupa con mayor fuerza en la protección de los intereses jurídicos, en este caso en el sector laboral; y, como se ha señalado en el V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional, son aplicables en los casos de “despido fraudulento” y “despido incausado”⁽⁴⁶⁾.

XIII. Conclusiones

Si bien la expansión de los daños punitivos se ha dado con mayor realce en la experiencia del derecho angloamericano, pero también hay evidencias clásicas en el Derecho romanista. Y este instituto jurídico en la actualidad viene teniendo acogida en el contexto doctrinario y legislativo de los ordenamientos cuya cultura jurídica pertenece a la tradición civil, como es el caso del tratamiento que se le da en el Derecho argentino y en su variada doctrina.

La mayor parte de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, como lo es el Derecho Civil peruano, son ajenos a los daños punitivos de origen anglosajón, y esto ha originado que en el discurso de los juristas las opiniones acerca de su admisibilidad para una renovada responsabilidad civil sean diversas. Sin embargo, hay que reconocer que en otros campos del Derecho peruano –tal es el caso del Derecho Laboral– la jurisprudencia reciente está centrando su atención en este instituto jurídico.

Si la institución de la responsabilidad civil busca que haya menos daños, es primordial que adecúe sus bases históricas conforme con las nuevas realidades, y no solamente considerar el daño que sufre un su-

⁽⁴⁵⁾ V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional. Publicado en el Diario Oficial el Peruano, el viernes 4 de agosto de 2017.

⁽⁴⁶⁾ Ver sentencia del pleno en mención.

jeto, sino la sociedad en su conjunto. Por consiguiente, esta institución del Derecho Privado no debe seguir con el mismo tratamiento clásico, porque la sociedad exige que el ordenamiento jurídico sea el mayor protector de los intereses jurídicos ante los diversos daños con repercusión jurídica y social que, inevitablemente, afecta el bienestar de todos.

Para la admisión y aplicación de los daños punitivos en el ordenamiento civil peruano, es elemental que se consideren los fundamentos sociales y económicos que posee; y, además, los presupuestos básicos planteados por la doctrina extranjera hispanoamericana, de tal manera que la responsabilidad civil no sea vista como injusta al momento de la imposición punitiva al dañador que, por su conducta grave, ha lesionado un interés ajeno o colectivo.

De todo lo anotado, estimamos que es posible la importación de los daños punitivos para una responsabilidad civil moderna, pero debe hacerse teniendo presente la sociedad en la que vivimos. No estamos, pues, dentro de la experiencia americana para introducirlo como tal, sino adecuarlo al derecho peruano que regula conductas en una sociedad distinta. Solamente así la responsabilidad civil podrá afrontar ciertas conductas lesivas a los intereses jurídicos.

Dejamos que esta figura siga desarrollándose con más detenimiento, porque presenta un contenido complejo difundido en el sector doctrinario.

XIV LISTA DE REFERENCIAS

- AGUIRRE GARABITO, A., & SIBAJA LÓPEZ, I. (Setiembre de 2011). El daño social: su conceptualización y posibles aplicaciones. *Revista Judicial*(Nº 101), 129-160. Recuperado el 20 de Agosto de 2017, de https://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos/documentos/revs_juds/revista%20101/pdf/010_da%C3%B1osocial.pdf
- ALPA, G. (2006). *Nuevo Tratado de la Responsabilidad Civil*. (L. León, Trad.) Lima: Jurista Editores.
- ÁLVAREZ, A. (s.f.). Repensando la incorporación de los daños punitivos. *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*. Recupe-

do el 15 de Agosto de 2016, de <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/repensando-la-incorporacion-de-los-danos-punitivos?searchterm=da%C3%B1os+puni>

- ARISTIZÁBAL VELÁSQUEZ, D. (Enero-Junio de 2010). Apuntes sobre el Daño Punitivo en la Responsabilidad Patrimonial Colombiana. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol.40(Nº 112), 175-201. Recuperado el 11 de Agosto de 2017, de <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/1035/933>
- BRODSKY, J. (2012). Daño punitivo: prevención y justicia en el derecho de los consumidores. *Lecciones y Ensayos*(Nº 90), 277-298. Recuperado el 20 de Setiembre de 2017, de <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/90/brodsky.pdf>
- CORNET, M., & RUBIO, G. (1997). Daños punitivos. *Anuario de Derecho Civil*, Vol.3, 31-45. Recuperado el 12 de Agosto de 2017, de <http://revistas.bibdigital.uccor.edu.ar/index.php/ADC/article/view/234/136>
- DÍEZ-PICAZO, L. (1999). *Derecho de Daños*. Madrid: Civitas.
- FERNÁNDEZ CRUZ, G. (2001). Las transformaciones funcionales en la responsabilidad civil: La óptica sistémica (Análisis de las funciones de incentivación o desincentivación y preventiva de la responsabilidad civil en los sistemas del civil law). En *Estudios sobre la Responsabilidad Civil* (L. León, Trad.). Lima: ARA Editores.
- GARCÍA MATAMOROS, L. V., & Herrera Lozano, M. C. (2003). El concepto de los daños punitivos o punitive damages. (U. d. Rosario, Ed.) *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Vol.5(Nº 1), 211-229. Recuperado el 05 de Setiembre de 2017, de <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/88>
- GUANZIROLI, J. (2012). Reflexiones sobre la posibilidad de introducir la figura de los daños punitivos en el derecho ambiental argentino. *Medio Ambiente & Derecho. Revista Electrónica de Derecho Ambiental*(Nº 23). Recuperado el 05 de Agosto de 2016, de <http://huespedes.cica.es/gimadus/>

- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (2013). Lineamientos de la parte general de la responsabilidad civil en el proyecto de Código Civil y Comercial de 2012. *Revista Jurídica*(Nº 17), 7-37. Recuperado el 22 de Setiembre de 2017, de http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/2138/Lineamientos_Kemelmajer-Carlucchi.pdf?sequence=1
- LORENZETTI, R. (2006). La Responsabilidad Civil. En *Responsabilidad Civil Derecho de Daños. Teoría general de la Responsabilidad Civil* (Vol. 4). Lima: Grijley.
- MOISÁ, B. (2008). Los llamados “daños punitivos” en la reforma a la ley 24.240. *Revista Oficial del Poder Judicial*(Año 2, Nº 2), 269-284. Recuperado el 15 de Setiembre de 2017, de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/93815e8043eb7bbaa8a8eb4684c6236a/18.+Doctrina+Internacional++Benjam%C3%ADn+Mois%C3%A1.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=93815e8043eb7bbaa8a8eb4684c6236a>
- RACIMO, F. (Octubre de 2005). En el intervalo: un estudio acerca de la eventual traslación de los daños punitivos al sistema normativo argentino. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*(Año 6, Nº 1), 7-38. Recuperado el 07 de Agosto de 2016, de http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n6N1-October2005/061Juridica01.pdf
- SALVADOR CODERCH, P. (2000). Punitive damages. *AFDUAM, Anuario de la Facultad de Derecho*(Nº 4), 139-152. Recuperado el 15 de Agosto de 2017, de <https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/4/Punitive%20Damages%20Pablo%20Salvador%20Coderch.pdf>
- TOBAR TORRES, J. A. (Julio-Diciembre de 2011). Los daños punitivos y las oportunidades de aplicación en Colombia. *Revista Republicana*(Nº 11), 155-167. Recuperado el 06 de Agosto de 2016, de <http://ojs.urepublicana.edu.co/index.php/revistarepublicana/article/view-File/55/50>
- URRUTI, L. (2013). Los daños punitivos en el proyecto de reformas. *Revista de Derecho UNS*(AÑO II, Nº II), 53-72. Recuperado el 14 de Agosto de 2017, de <http://www.derechouns.com.ar/wp-content/>

[uploads/2016/08/Revista-Derecho-UNS-Num2-2013.pdf](http://www.derechouns.com.ar/wp-content/uploads/2016/08/Revista-Derecho-UNS-Num2-2013.pdf)

Jurisprudencias.

V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional. Publicando en el Diario Oficial el Peruano, el viernes 4 de agosto de 2017. Recuperado de <http://busquedas.elperuano.com.pe/download/url/v-pleno-jurisdiccional-supremo-en-materia-laboral-y-previsio-separata-especial-v-pleno-jurisdiccional-supremo-laboral-y-previsional-1550981-1>

Sentencia Nº . C-197/93. Corte Constitucional de Colombia. Recuperado el 09 de Agosto de 2017, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-197-93.htm>

Legislación peruana

Código Civil de 1984. Recuperado de <http://spij.minjus.gob.pe/>

Constitución Política de 1993. Recuperado de <http://spij.minjus.gob.pe/>

Legislación extranjera

Código Civil colombiano. Recuperado de https://www.oas.org/dil/esp/codigo_Civil_Colombia.pdf

Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Recuperado el 10 de Agosto de 2017, de <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>

Ley de Defensa del Consumidor (Ley Nº 24.240). Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/638/textact.htm>

Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. (2012). Buenos Aires: Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Recuperado el 5 de Agosto de 2017, de http://www.saij.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/codigo_civil_comercial.pdf

Otros documentos

XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil. (1999). Recuperado el 15 de Setiembre de 2017, de <http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2014/01/Ed-anteriores-21-XVII-Jornadas-1999.pdf>

El Código de Hammurabi. La Fundación El Libro Total. (Sic) Editorial. Recuperado el 01 de Agosto de 2017, de <http://www.llibrototal.com/ltotal/ficha.jsp?idLibro=9002>

La remisión, problemática frente a su reinención

XXX
XXXX

AMAYA VALDERRAMA, Marfa Jesús(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Alcances conceptuales. 2.1. Referencia del surgimiento del sistema de justicia juvenil restaurativa. 2.2. Principios de la justicia restaurativa. III. La remisión, 3.1. Concepto 3.2. La remisión en la legislación nacional y supranacional 3.3. Objetivo de la remisión. 3.4. Efectos jurídicos de la remisión. IV. Problemática de la remisión en el código de los niños y adolescentes. V. Reto en la reinención de la remisión en el Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes. VI. Conclusiones. VII. Lista de referencias.

Resumen: En el presente artículo se busca abordar a la remisión, figura del derecho por la cual los adolescentes que comenten una infracción de menor gravedad, pueden recibir un tratamiento especializado que busque recuperarlos y evitar un tránsito innecesario por un proceso judicial, como parte del modelo de Justicia Juvenil Restaurativa;

(*) María Jesús Amaya Valderrama, abogada egresada de la Universidad Nacional de Cajamarca, con estudios de maestría y doctorado en la misma universidad, actualmente Juez del Segundo Juzgado Especializado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca. maria.amaya@gmail.com

se expone cuál es su naturaleza y objetivo, asimismo las deficiencias que a consecuencia de la falta de programas de restauración han ocasionado la infructuosidad de la medida bajo su regulación en el Código de los Niños y Adolescentes, y las exigencias para su efectividad en la reinención que propone el Código de Responsabilidad Penal de adolescentes, de próxima vigencia en el territorio nacional.

Palabras claves: Adolescentes, niños, justicia restaurativa, Reinención, remisión.

Abstract: *This article looks for addressing remission, a figure of right by which adolescents who have committed a minor offense, can receive a special treatment that recovers and protects them from an unnecessary traffic of judicial process, as part of the model of Juvenile Restorative Justice; it is exposed not only the nature and purpose of the program, but also the deficiencies that, due to the lack of restoration programs, have led to the failure of the measure under its regulation in the Code of Children and Adolescents. Furthermore, the requirements for its effectiveness in reinventing which are proposed in the Code of Criminal Responsibility for Adolescents, that will be effective in the national territory.*

Key words: *Adolescents, enfants, la justice réparatrice, réinvention, remise.*

I. Introducción

Ante hechos antisociales cometidos por adolescentes, el Código de los Niños y Adolescentes, posibilita al fiscal y juez aplicar la remisión, siempre que éste no revista de mayor gravedad y exista un compromiso de los padres del menor involucrado en reorientar a su hijo así como cumplir con un programa que lo mejore y rehabilite. La remisión se reviste de importancia no sólo porque significa evitar un proceso judicial perjudicial para el menor o porque significa ahorrar gastos en el sistema de administración de justicia, sino porque implica generar una oportunidad para el menor y logre enmendar su comportamiento buscando evitar se vuelva inmiscuir en hechos de la misma naturaleza, dada la propiedad rehabilitadora que traer consigo.

Expuesto el escenario, en esta primera parte abordaremos al sistema de administración de justicia de menores y la justicia juvenil, sobre todo los principios que rigen este sistema especializado, lo que nos ser-

virá de base para poder más adelante abordar a la remisión como figura congruente con los postulados modernos de la justicia restaurativa, conocer sus características, objetivos y finalidades; para luego, en la parte final reflexionar acerca del tratamiento local de la remisión y su problemática en la reinención planteada en el Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes.

II. Alcances conceptuales

1.1 Referencias del Surgimiento del Sistema de Justicia Juvenil Restaurativa

El Derecho de Menores no es de reciente creación, sin embargo tuvieron que transcurrir muchos años para se expida el primer documento que reconoce derechos a los menores de carácter sistemático, así después de la Declaración de Ginebra de 1924, y en 1959 la Declaración de los Derechos del Niño, el 20 de noviembre de 1989, se firmó en la ONU la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual es una norma internacional suscrita por casi todos los estados del mundo, cuya importancia radica en reconocer a los niños como sujetos de derecho.

Ahora bien, durante el tránsito de la antigüedad hasta la actual concepción del Derecho de Menores, se ha llegado a establecer una doctrina clara acorde a los postulados desarrollados por Convención sobre los Derechos del Niño, referida al tratamiento del menor en casos de comisión de infracciones lesivas de bienes jurídico importantes y penalmente sancionados en la sociedad, así ha surgido la denominada Justicia Penal de Menores o simplemente Justicia Juvenil, la que a su vez ha pasado por una serie de cambios según el modelo en el cual se desarrolló, así podemos mencionar los siguientes: la denominada Justicia Penal Retributiva, que fuera aplicada a fines del siglo XIX, orientada hacia la incriminación temprana del adolescentes infractor; la Justicia Tutelar por el cual se intenta excluir al menor del sistema penal, protegerlo y ampararlo desde el Estado; seguidamente el modelo trazado de acuerdo al enfoque que le otorga al derecho de menores la promulgación de la Convención sobre los Derechos del Niño, modelo garantista donde se reconoce al menor como un sujeto de derecho. Bajo este último esque-

ma encontramos dos modelos **neo retributivo** y el de la denominada justicia **restaurativa o reparadora**, cuyo objetivo es la integración del menor a la sociedad, la reparación del daño, y el restablecimiento de la relación comunitaria dañada por la infracción.

1.2. Principios de la Justicia Restaurativa

El sistema de Justicia Restaurativa está estructurado en principios específicos que le dotan de características especiales que no se asemejan al tratamiento ordinario de las infracciones, basado todos en la especial atención que merece el menor, en este caso adolescente como persona en estructuración de su personalidad, respecto de la cual el Estado tiene obligación de proteger, dentro de los más resaltantes principios referidos a los menores podemos destacar:

- **Derecho al debido proceso:** Según este enunciado los adolescentes que se ven inmersos en investigaciones por infracción a la ley penal, tiene derecho a gozar de garantías básicas dentro del proceso, aplicables desde la investigación, juzgamiento y ejecución de la medidas socioeducativa. Monroy Cabra (2008, 753) al respecto refiere que dentro de estas garantías podemos encontrar: la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las imputaciones, derecho de defensa y contradicción, derecho a ser asesorado, derecho a la presencia de los padres o tutores, derecho a guardar silencio, a la apelación, etc.
- **Principio de intervención mínima:** Este es uno de los principios fundamentales de la justicia juvenil restaurativa, por el cual se exige que la intervención del Estado sea la mínima en los casos referidos a infracciones cometidas por los menores, lo cual no significa que se deba dejar pasar por alto los hechos que perjudican bienes jurídicos protegidos, cuando estos sean cometidos por menores, sino que se deberá evitar que el menor atraviese innecesarios procesos judiciales, en tal sentido la legislación dota a los organismos estatales de mecanismos alternativos al sistema judicial tradicional. Alex Placido (2005) comentando este principio señala que “*Conlleva a dar prioridad a los procesos de desjudicialización, especialmente de media-*

ción, y a disponer de intervenciones penales variadas de diferente intensidad socioeducativas, llevadas a cabo fundamentalmente en el entorno del joven, dejando la internación como última posibilidad”; las referidas medidas de desjudicialización pueden ser “la remisión y la conciliación entre autor y víctima” (Tiffer 2000,07).

- **Principio de Confidencialidad y Reserva del Proceso:** Recogido en el artículo 190 del Código de los Niños y Adolescentes, según el cual “*Son confidenciales los datos sobre hechos cometidos por los adolescentes infractores sometidos a proceso*”, entendemos que la razón de esta estipulación normativa radica en la protección integral que se merece el menor ya sea de su imagen, reputación, libertad, honor, etc. como elementos que garantizan de su libre desarrollo. Monroy Cabra (2008, 754) sostiene que las actuaciones solo podrán ser conocidas por la partes, sus apoderados y los organismos de control, seguidamente, es claro en enfatizar que la identidad del procesado gozará de reserva.
- **Principio de rehabilitación:** Este principio expresa el objetivo primordial del Sistema de Justicia Juvenil en el Perú, y está contenido en la Convención de los Derechos del Niño, artículo 40 inciso 4, el cual prescribe que el fin del sistema de administración de justicia penal de menores es conseguir su rehabilitación. A diferencia del sistema penal de adultos que entre sus finalidades busca castigar al responsable de un delito con una sanción (pena), el sistema de Justicia Juvenil busca la rehabilitación del menor infractor, no sólo mediante la imposición de una medida socioeducativa sino también a partir de la adopción de los mecanismos más adecuados para la recuperación del menor que haya infringido la ley, garantizando al mismo tiempo su normal desarrollo dentro de la sociedad. Monroy Cabra (2008, 759) explicando la finalidad de las “*sanciones*” del sistema de responsabilidad penal de adolescentes de su país, afirma que ésta “*tiene una finalidad protectora, educativa y restaurativa, y se aplicará con el apoyo de la familia y de especialistas*”.
- **Principio de legalidad:** Por este principio “*ningún adolescente podrá ser investigado, acusado, ni juzgado por acto u omisión, al momento de la*

comisión del delito que no esté previamente definido en la penal vigente, de manera expresa e inequívocos.” (Monroy Cabra 2008, 753). Vemos que la exigencia radica en la previa tipificación de la conducta dañosa, a fin de que si se encuadra el comportamiento del agente sea posible recurrir a la consecuencia; al respecto Rojas (2010, 208), sostiene que “(...) si no existe previamente expresado el tipo legal correspondientes, no será viable ni legal que se le impute a un adolescente infractor al autoría o participación de un evento”.

III. La remisión

Concepto:

El modelo de justicia en menores que sigue nuestro país, y que es recogido por el vigente Código de los Niños y Adolescentes, obliga a los estados a adoptar figuras jurídicas que hagan efectivo el principio de “Intervención Mínima”, siendo la remisión uno de estos mecanismos que facilita la reeducación del adolescente sin necesidad de seguir un proceso judicial (desjudicialización) y logrando este objetivo en lugares diferentes a un establecimiento juvenil, que implica consecuencias dañosa como el alejamiento del menor de su entorno familiar.

La remisión es una facultad por la cual el fiscal y el juez pueden optar, en casos que la infracción no revista gravedad, por programa especializado para el tratamiento del adolescente que parte de la aceptación de su responsabilidad respecto del hecho cometido, de la puesta en práctica de actividades tendentes a reeducar y afianzar aquellos aspectos de su conducta que han ocasionado el comportamiento infractor, así como reparar el daño ocasionado. Para su efectivo funcionamiento se requiere del concurso activo de todos los involucrados estado (fiscal, juez, y equipo de tratamiento), el adolescente investigado, sus padres, e incluso el agraviado. Destacada doctrina apunta que la remisión “*Consiste en la separación de un adolescente del proceso judicial, con el objeto de eliminar sus efectos negativos, siempre que la infracción no revista gravedad y teniendo en cuenta los antecedentes del menor infractor y su medio familiar*” (Ciurlizza y Silva 2001, 08). En el mismo sentido autores como Tiffer (2000, 10) sos-

tienen que “*la remisión entraña la supresión del procedimiento ante la justicia penal y con frecuencia la reordenación hacia servicios apoyados por la comunidad de la práctica habitualmente en muchos sistemas jurídicos con carácter oficial u oficiosos*”. En resumen esta medida separa el caso del sistema judicial formal, y busca su atención mediante un tratamiento diferenciado.

Consideramos que esta figura es una muestra clara de la preocupación por parte del Estado de buscar otro tipo de soluciones diferentes a las tradicionales, que en la mayor parte de casos no han surtido los efectos esperados, asimismo privilegiar el bienestar del adolescente, por cuanto éste se verá separado de un proceso judicial, pasando a cumplir actividades programadas provechosas para su formación que le permitan desarrollarse y alejarse de la comisión de actos de infracción a las leyes penales, sin descuidar la necesaria reparación del daño que debe ver realizada la víctima, que puede pasar a ser desde el perdón hacia el adolescente hasta un pago dinerario que cubran los daños en los que se hubiera incurrido.

La Remisión en la Legislación Nacional y Supranacional:

De manera inicial, encontramos a la remisión dentro de las Reglas de Beijing para la Administración de la Justicia de Menores, la que prescribe en el numeral 11.1 la posibilidad de ocuparse de los menores infractores sin la necesidad de recurrir a las autoridades competentes, asimismo de manera textual prevé “*11.3 Toda remisión que signifique poner al menor a disposición de las instituciones pertinentes de la comunidad o de otro tipo estará supeditada al consentimiento del menor o al de sus padres o su tutor; sin embargo, la decisión relativa a la remisión del caso se someterá al examen de una autoridad competente, cuando así se solicite*”. Por su parte la Convención sobre los Derechos del Niño, en cuyo artículo 40, apartado 3, señala la preferencia de la adopción de medidas de tratamiento especializado para los menores sin recurrir a procedimientos judiciales, en este sentido el apartado 4 del mismo artículo dice que se dispondrán medidas como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional.

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico nacional encontramos a la remisión prevista en el aún vigente Artículo 206 del Código de los Niños y Adolescentes, según el cual se exige que sea aplicada al caso que no revistan mayor gravedad, donde el adolescente y sus padres se hayan comprometidos a seguir programas de orientación, y se haya procurado el resarcimiento del daño causado.

La remisión también está prevista en el nuevo Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes, recientemente promulgado, esta norma desarrolla a la remisión dentro de las salidas alternativas al proceso, a partir del artículo 129 y siguientes, donde se prescribe que la remisión *“Consiste en promover la abstención del ejercicio de la acción penal o la separación del proceso del adolescente que ha cometido una infracción que no reviste mayor gravedad, procurando brindarle orientación especializada, dirigida a lograr su rehabilitación y reinserción social por medio de aplicación de programas de orientación con enfoque restaurativo, cuya duración o exceda los 12 meses”*. Analizando este y los otros artículos referidos a este punto, podemos advertir que existe un mejor tratamiento a esta figura, en relación con el Código de los Niños Adolescente por cuanto hay un desarrollo sustentado en presupuestos claros para su aplicación como lo es la existencia de un informe del equipo multidisciplinario, la expresión clara y precisa de los alcances y efecto de la salida a adoptar, el asentimiento informado y expreso del adolescente, al determinación del tiempo de duración de programa, las obligaciones y condiciones, e incluso posibilidad de revocación del beneficio; del mismo modo se ha regulado el trámite de la remisión en las diferentes etapas del proceso, por lo que consideramos se ha actualizado el tratamiento de la remisión.

Objetivo de la Remisión

Como se ha venido sosteniendo uno de los objetivos del Sistema de Justicia Restaurativa es el resolver la mayor cantidad de conflictos que puedan tener los menores en un fuero distinto al judicial, en tal sentido la remisión es una figura que calza perfectamente dentro de ese objetivo, además de posibilitar la rehabilitación del adolescente y su bienestar al garantizar la no incriminación de los menores y no se vean estigmati-

zados por haber seguido un proceso judicial. De otra parte, y en relación al derecho a la supervivencia y desarrollo, la remisión consigue que el adolescente beneficiado vea garantizado su desarrollo en el seno familiar, evitando sea apartado de este con la imposición de alguna medida que implique su internamiento en algún establecimiento de menores. Otro aspecto que no se debe descuidar y que resulta relevante en esta figura es que mediante su empleo, también se conseguirá procurar el resarcimiento del daño inferido a la víctima de la infracción a la ley penal.

Efectos Jurídicos de la Remisión

El Comité de los Derechos del Niño, ha sostenido en el numeral 27 de la Observación General No. 10, que la remisión sólo deberá utilizarse Cuando *“se disponga de pruebas fehacientes de que el niño ha cometido el delito del que se le acusa, de que ha admitido libre y voluntariamente su responsabilidad, de no se ha ejercido intimidación o presión sobre él para obtener esa admisión y, por último, de que admisión no se utiliza contra él en ningún procedimiento legal ulterior”*, por lo tanto sólo en esos casos surtirá su efecto principal que es que el adolescente quede excluido o apartado de un proceso judicial. En consecuencia el fiscal renuncia a su facultad de promover el trámite ante el juzgado, o en su caso el juez ordena la separación del adolescente del trámite ya instaurado, disponiendo en su lugar que el adolescente siga actividades que lo rehabiliten y no lo lleven a volver a cometer hechos similares, siendo en tal caso que la remisión implica el *“cierre definitivo”* del caso o investigación, o archivo definitivo del proceso.

IV. Problemática de la remisión en el código de los niños y adolescentes

Como se sabe los delitos de bagatela o “de poca monta” son los de mayor incidencia y los que causan mayor preocupación en el ciudadano común, o quizás nosotros mismos hemos sido alguna vez víctima de estos hechos, siendo que en más de un caso se ha identificado como sus autores a adolescentes; contra este tipo de infracciones opera la remisión. Así la remisión viene siendo aplicada desde ya buen tiempo por estar prevista en el Código de los Niños y Adolescentes, sin embargo no

se han logrado los efectos esperados, pues se ha verificado en muchos casos que los adolescentes a quienes se le aplicó la remisión volvieron a cometer en corto tiempo infracciones. Seguidamente vamos a abordar no quizás no el único problema que ha tenido la remisión pero sí el más saltante. Pensemos en un caso atendido bajo los alcances del Código de los Niños y Adolescentes, donde un adolescente ha cometido una infracción sin mayor gravedad por el cual el operador de justicia considere la necesidad de la remisión antes del proceso judicial. Dispuesta la medida su ejecución exige de la existencia de un equipo de tratamiento a cargo de un órgano competente del estado que asegure un control y seguimiento del proceso restaurativo; este órgano de apoyo, en el caso local no existe, por lo que emerge la inmediatas preguntas: ¿cómo se han venido dado la remisión hasta este tiempo?, ¿quién ha estado a cargo del proceso restaurativo de nuestros adolescentes?, sin temor a equivocarnos, durante la vigencia del código en mención y por espacio de ya casi diecisiete años, no ha existido mayor preocupación por esta deficiencia, pues no es que la remisión no se haya aplicado, sino que esta ha terminado siendo infructuosa frente a lo que pareciera olvido del estado.

El Código de los Niños y Adolescentes, aún vigente el articulado pertinente, prescribe que es condición para que se disponga la remisión de un adolescente que éste y sus padres se comprometan seguir un programa de orientación; y en qué consiste este programa, al respecto no existe desarrollo legal dentro del Código de los Niños y Adolescentes sin embargo, en la legislación nacional D.S. No. 008-2006-MINDES, establece en su artículo 8 que *“Los programas de orientación para adolescentes a quienes se les haya otorgado Remisión Fiscal, deben estar fundamentados en un diagnóstico de aptitudes que posibilite orientar su perfil ocupacional y organizar un proyecto de vida, a fin de integrarlo a su medio socio-familiar”*, en este sentido los programas en cuestión son actividades dirigidas a promover la participación e integración social de los adolescentes y prevenir la incidencia en comisión de infracciones, a través de actividades educativas, culturales, deportivas y sobre todo de apoyo familiar. Sin embargo conforme lo expuesto es claro que este programa y quienes deben estar a cargo han sido fantasmas en las remisiones dictadas ya sea en sede fiscal o a nivel judicial.

Esta premisa nos lleva a colegir la postergación que ha tenido no sólo la remisión, sino en todo lo que respecta al tratamiento del adolescente en conflicto con la ley penal en nuestro país. Esta realidad apremiante y la existencia de significativos hechos antisociales cometidos por adolescentes en estos últimos tiempos han motivado intentos infructuosos de parte del estado, así en diciembre del 2013, se ha presentado el Plan Nacional de Prevención y Tratamiento del Adolescente en Conflicto con la Ley Penal (2013-2018), el que compromete la intervención de las diversas instituciones que se relacionan con esta problemática, así como la participación de otras organizaciones como fundaciones y organizaciones no gubernamentales que pueden contribuir con el objetivo.

Este plan ha previsto en su texto abordar de manera directa la problemática del adolescente involucrado en conflicto con la ley penal y apunta a su disminución, entre las que encontramos la implementación de un programa presupuestal con enfoque de resultados en el tratamiento de los adolescente en conflicto con la ley penal; la sensibilización de la comunidad en el tratamiento de los adolescentes en conflicto con la ley penal; la implementación del tratamiento por medio abierto en la Resocialización/Restauración Social del adolescente en conflicto con la ley penal (propuesta dentro de cual ubicaríamos a la remisión como alternativa); la vigilancia de que las acciones en relación a los adolescentes en conflicto con la ley penal sea sobre base de evidencia y experiencias beneficiosas para ellos; la modificación de la normatividad relacionada al tema acorde a las tendencia actuales; el desarrollo de capacidades en los operadores donde primen las medidas prejudiciales o de medio abierto (nuevamente encontramos aquí a la remisión como alternativa); sin embargo de ello, en nuestro medio no se ha visto nada, habiendo sido el tiempo el principal expositor de los logros obtenidos.

V. Reto en la reinención de la remisión en el código de responsabilidad penal de adolescentes

Hoy en día, frente a la preocupación del incremento de los índices de infracciones cometidas por adolescente, el estado se presenta con una nueva norma bajo el brazo, así se ha expedido el Decreto Legisla-

tivo No. 1348 de fecha 07 de enero del año en curso, mediante la cual se aprueba el ya mencionado Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes, el cual en su estructura general apuesta por un cambio bajo las actuales tendencias en el tratamiento de la responsabilidad penal de los adolescente. Esta nueva, pero aún no vigente normativa, recoge y se desarrolla dentro de los principios rectores el Principio de Desjudicialización o Mínima intervención, el que como hemos referidos en puntos precedentes, forma parte del modelo en boga de justicia restaurativa, así el Artículo VI del título preliminar desarrolla que *“De acuerdo a las disposiciones del presente código y en tanto se considere necesario, deben adoptarse medidas que eviten someter al adolescente a un proceso judicial o se ponga término al mismo sin necesidad de recurrir al juicio oral. (...)”*. Lo transcrito muestra la imperiosa necesidad de revalorar figuras jurídicas que no siendo nuevas, exigen mayor interés por entenderlas y decisión para apostar por ellas.

Como se ha dicho esta nueva normatividad aborda de manera clara la figura de la remisión y al programa de recuperación al que nos hemos referido anteriormente, lo denomina Programa de Justicia Juvenil Restaurativa, nombre propio que pone en nivel de evidencia que lo que se busca es el acompañamiento al adolescente con un programa moderno que desde el enfoque restaurativo haga realidad el trabajo del que hemos hablado: recuperar al adolescente.

Sin embargo advertimos que existe una gran omisión nuevamente, respecto de precisar quien está a cargo de ese programa, quienes lo conforman, y como trabajarán, por lo que a fin de no caer en el mismo problema del Código de los Niño y Adolescentes, es oportuno que se regule ese extremo pues sabidas son la ventajas que trae la remisión correctamente aplicada, no sólo para el estado mismo que verá disminuida su inversión en la atención de casos o procesos en los que se puede aplicar esta salida alternativa, así como por los efectos que a mediano plazo se van a lograr en temas de seguridad ciudadana, sino también por la necesidad de proteger a nuestros adolescentes mediante tratamientos asertivos de sus problemas.

Consideramos que la existencia de un buen equipo es lo que va a repercutir en el éxito o el fracaso de este sistema, y si bien se ha pulido

muchos detalles relacionados a la remisión y su regulación, se debe reconocer la necesaria existencia de equipos profesionales que acompañen este proceso y conviertan a esta medida en la verdadera protagonista del proceso restaurativo de los adolescentes en conflicto con la ley penal.

La verdad es que la remisión hasta hace poco, ha sido sólo una formalidad, casi podríamos decir letra muerta, y no por deficiencia en el trabajo de fiscales y jueces, sino por deficiencia en el sistema que ha olvidado implementar las norma con los medios necesarios para su efectividad. Conservamos la esperanza de que con la reinvencción de la remisión en el Código de Responsabilidad Penal de los Adolescente, y con sugerencias que aporten los entendidos de la materia, y lo que se pueda modestamente rescatar de los comentario vertidos desde esta tribuna, den pie al necesario cambio que a la fecha es oportuno se regule, pues aún estamos a tiempo por la *vacatio legis* del nuevo código.

De otro lado, es justo reconocer, que en nuestro medio en estos últimos tiempos se han producido iniciativas válidas, que han buscado suplir las deficiencias con impulso propio, como es el caso del Ministerio Público que tiene desarrollado un plan piloto de Justicia Restaurativa, promovido a iniciativa de sus actores, los propios fiscales. Sin embargo este algo se hace poco cuando tenemos enfrente una tamaña necesidad por atender, y que exige el compromiso de las autoridades y en específico del equipo de implementación de este código, quienes están obligados a evitar “que la historia se repita”.

VI. Conclusiones

Concluimos que la remisión es una figura jurídica que aporta indiscutiblemente al tratamiento de adolescentes en conflicto con la ley penal, es innovadora y útil al proceso de rehabilitación, que es fin en la justicia penal de adolescentes.

Como tal la remisión no es una novedad, ha existido en nuestro medio regulada por el Código de Niños y Adolescente, hace casi diecisiete años, pero sus resultados no ha sido los esperados. El principal problema por el que ha atravesado la remisión en este tiempo, ha sido la

falta de implementación por parte del Estado de programas de abordaje integral a la situación del adolescente en conflicto con la ley penal, que efectivicen su recuperación.

La remisión, quizás olvidada por la comunidad jurídica, hoy reactualizada por el Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes, más que nunca requiere una adecuada implementación.

VII. Lista de referencias

- CIURLIZZA CONTRERAS, Javier y SILVA HASEMBANK, Susana. 2001. Niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley: Definición, principios y administración de justicia. Lima: Editorial Acción por los niños.
- CHUNGA LAMONJA, Fermín G. 2007. El adolescente infractor y la ley penal, Lima: Editorial GRIJLEY.
- MONROY CABRA, Marco Gerardo. 2008. Derecho de Familia de la infancia y de la adolescencia. Bogotá: Librería ediciones del profesional.
- PLÁCIDO, Alex (2005). Principios, garantías y derechos del adolescente que incurre en infracción de la ley penal; tomado de: www.amag.edu.pe/files/Jus_Penal_Juv.ppt
- Observación General N° 10. 2007. Comité de los derechos del niño, Naciones Unidas, Ginebra 15 de enero a 02 de febrero del 2007
- ROJAS SARAPURA, Walter. 2009. El código de los Niños y Adolescentes – Comentado. Lima: Edit. Fecat.
- SILVA SERNAQUÉ, Santos Alfonso. 2005. Derechos humanos de los niños y adolescentes y la legislación internacional. Lima: Fondo editorial de la Universidad Mayor de San Marcos.
- TIFFER SOTOMAYOR, Carlos. 2000. Justicia juvenil instrumentos internacionales de las Naciones Unidas y la experiencia de Costa Rica. México: Serie de documentos de trabajo (número 02), UNICEF.

Propuesta para un sistema de protección por responsabilidad civil en las prestaciones de servicios de los abogados

Proposal for a system of protection for civil liability in the performance of services of lawyers

PIMENTEL TELLO, María Isabel(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Premisa. III. Principio de reparación integral de la víctima. IV. Responsabilidad civil plena por los daños y perjuicios ocasionados por el prestador de servicios de abogado. V. Resarcimiento por la inejecución, cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación. VI. Cumplimiento de los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe en el desempeño profesional del abogado y las consecuencias de su incumplimiento. VII. Vigencia del sistema de protección al consumidor de los servicios legales del abogado. VIII. promoción de la practica profesional. IX. Obligaciones generadas como parte de la prestación de servicios del abogado. X. Sistema de protección por responsabilidad civil contractual. XI. Conclusiones. XII. Lista de referencias.

(*) Abogada por la Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco, Maestra en Ciencias y Doctora en Ciencias por la Universidad Nacional de Cajamarca, Arbitro, Conciliadora, Docente de la Universidad Nacional de Cajamarca. E-mail: marisa_pimentel@hotmail.com

RESUMEN: Ante la indefensión de los usuarios de los servicios legales, se propone la necesidad de contar con un sistema de protección que confiera una indemnización por daños patrimoniales sufridos a consecuencia de una mala defensa o de una defensa deficiente, la misma que sea asumida bajo un sistema de seguro que cubra contingencias referidas al ejercicio profesional del abogado sujeto a un contrato de prestación de servicios. Se identifican casos en que los litigantes sufren las consecuencias patrimoniales de una deficiente defensa, a través de las resoluciones judiciales o administrativas que han sancionado efectivamente la práctica defectuosa de la profesión de abogado, así como se compara el comportamiento de las legislaciones de otros países al respecto.

Palabras clave: Usuarios de los servicios de los abogados, sistema de seguros, resarcimiento por indefensión.

Abstract: *This work proposes the possibility of having a protection system that confers compensation for financial losses suffered as a result of poor defense or poor users of legal services of defense lawyers; it is assumed that under a system of insurance relating to occupation coverage attorney subject to a contingency provision of services. Cases were identified in which the litigants suffer the financial consequences of poor defense, through judicial or administrative decisions that have effectively banned the faulty practice of the legal profession, as well as to compare the behavior of the laws of other countries to respect. In Here, we present some cases, through judicial or administrative sanctions, professionals have highlighted deficiencies that caused damage to users and on which we rely to propose a viable solution through an insurance system that protects users address this problem which is still unresolved.*

Keywords: *Users of the services of lawyers, insurance system, compensation for helplessness.*

I. Introducción

De lo dispuesto por el artículo 1762 del Código Civil, relativo a contratos de prestación de servicios (para el caso, de los profesionales), se establece que aquellos que incumplan con sus obligaciones contractuales, asumen responsabilidad sólo en caso de que dicho incumplimiento se haya debido al dolo o culpa inexcusable; o sea, que responden única-

mente por los daños y perjuicios derivados de una intención manifiesta de incumplir sus obligaciones o en el caso de un descuido gravísimo; quedando por tanto a descubierto, el supuesto de responsabilidad ante los daños producidos por el incumplimiento del profesional en el que hubiese existido culpa leve.

Esta disposición se manifiesta como una excepción al sistema general de responsabilidad contractual contemplado en el Código Civil, de acuerdo al cual, el deudor que incumple sus obligaciones responde por los daños y perjuicios resultantes, siempre que ellos sean consecuencia de dolo, culpa inexcusable o culpa leve; de esta manera, se aprecia que el acreedor de un deudor común se encuentra mejor protegido que el acreedor de un deudor profesional.

Aun así, al observar los sistemas modernos adoptados por la realidad comparada, se aprecia más bien que la tendencia es la de objetivar la culpa al imponer la obligación de la adquisición de seguros profesionales que cubran los riesgos devenidos de las relaciones contractuales de servicios profesionales, los mismos que tienden a garantizar el resarcimiento de las consecuencias negativas surgidas de la práctica profesional deficiente, posibles negligencias o descuidos, que para el caso de los abogados, se aplica en los supuestos de una deficiente defensa o un patrocinio negligente.

En nuestro país resulta evidente, ante la realidad de las relaciones jurídicas profesionales, la necesidad imperiosa de la implementación de un sistema de protección que cubra a los usuarios de los servicios legales de los abogados por la inejecución o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de las prestaciones, el mismo que permita asumir los efectos negativos surgidos de las relaciones profesionales de los abogados y sus usuarios, el mismo que sostenemos, debe implementarse con la finalidad de atender a los requerimientos indemnizatorios de los afectados, así como para proteger a los abogados frente a las eventuales demandas que con tal motivo pudieran plantearseles.

Sustentamos tanto la necesidad como la viabilidad de nuestra propuesta, la misma que ha sido analizada desde el punto de vista contractual, social y constitucional. Asimismo, incluimos información sobre la

realidad comparada, siendo éste un aspecto importante para considerar, ya que, en otros países, como se tiene mencionado, se considera como una carga obligatoria para los profesionales la adquisición de seguros, encontrándose normado y organizado como un eficiente sistema de protección frente a las diversas contingencias que se presentan en las relaciones surgidas del ejercicio profesional.

II. Premisa

Las prestaciones de los servicios de defensa por parte de los abogados, en su mayoría están regulados por lo dispuesto en el artículo 1762 del Código Civil⁽⁴⁷⁾; sin embargo, en la práctica esta disposición no se plasma de manera explícita y concreta en un documento donde ambas partes –el abogado patrocinante y el cliente–, se comprometan a cumplir deberes y obligaciones; por tal motivo, muchas veces los abogados no dan cumplimiento a lo establecido en el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Decreto Supremo 017-93-JUS) en relación a sus deberes.

A esto se suma que los profesionales, al incumplir con tales obligaciones, no son pasibles de sanción alguna, pues la ley delimita responsabilidades en el incumplimiento de la prestación de servicios a casos concretos, por lo que en la mayoría de los casos, solo se les impone una multa que asciende a una Unidad de Referencia Procesal, basándose para ello en los artículos 288, inciso 8 y 292 de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁽⁴⁸⁾; por ello consideramos que existen suficientes fundamentos

⁽⁴⁷⁾ Responsabilidad por prestación de servicios profesionales o técnicos

Artículo 1762°.- Si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios no responde por los daños y perjuicios, sino en caso de dolo o culpa inexcusable.

⁽⁴⁸⁾ **Deberes del abogado**

Artículo 288.- Son deberes del Abogado Patrocinante:

1. Actuar como servidor de la Justicia y como colaborador de los Magistrados;
2. Patrocinar con sujeción a los principios de lealtad, probidad, veracidad, honradez y buena fe;
3. Defender con sujeción a las leyes, la verdad de los hechos y las normas del Código de Ética Profesional;
4. Guardar el secreto profesional;

jurídicos para la implementación de un sistema de protección por la inejecución, cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de las prestaciones de los abogados como son:

III. Principio de reparación integral de la víctima

Entendemos a este principio, como aquel se establece que el perjuicio sea el límite de la reparación del daño, es decir, se indemniza todo el perjuicio, pero nada más que éste. Este principio forma parte del sistema de responsabilidad civil y más propiamente del sistema general de reparación del daño (Ninamanco Córdova, 2014).

5. Actuar con moderación y guardar el debido respeto en sus intervenciones y en los escritos que autorice;
6. Desempeñar diligentemente el cargo de defensor de oficio, herencia y ausentes, para el que se le ha designado;
7. Instruir y exhortar a sus clientes para que acaten las indicaciones de los Magistrados y guarden el debido respeto a los mismos y a todas las personas que intervengan en el proceso;
8. Cumplir fielmente las obligaciones asumidas con su cliente;
9. Abstenerse de promover la difusión pública de aspectos reservados del proceso aún no resuelto, en que intervenga;
10. Consignar en todos los escritos que presenten en un proceso su nombre en caracteres legibles y el número de su registro en el Colegio de Abogados, y su firma en los originales, sin cuyos requisitos no se acepta el escrito;
11. Denunciar a las personas que incurran en el ejercicio ilegal de la abogacía; y,
12. Ejercer obligatoriamente, cuando menos una defensa gratuita al año, según el reporte que realizase el respectivo Colegio de Abogados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 289 de esta ley.

Sanción disciplinaria a abogados.

Artículo 292.- Los Magistrados sancionan a los abogados que formulen pedidos maliciosos o manifiestamente ilegales, falseen a sabiendas la verdad de los hechos, o no cumplan los deberes indicados en los incisos 1), 2), 3), 5), 7), 9), 11), y 12) del artículo 288. Las sanciones pueden ser de amonestación y multa no menor de una (01) ni mayor de veinte (20) Unidades de Referencia Procesal, así como suspensión en el ejercicio de la profesión hasta por seis meses.

Las resoluciones que impongan sanción de multa superior a dos (02) Unidades de Referencia Procesal o de suspensión, son apelables en efecto suspensivo, formándose el cuaderno respectivo. Las demás sanciones son apelables sin efecto suspensivo.

Las sanciones son comunicadas a la Presidencia de la Corte Superior y al Colegio de Abogados del Distrito Judicial respectivo.

Este principio establece limitaciones en los supuestos en que la indemnización no alcanza la integridad del perjuicio sufrido, el principio de reparación integral está sujeto siempre, en su aplicación concreta, al tema de la evaluación del daño, la misma que en la mayoría de casos, queda librada al arbitrio de los jueces y carece de un sistema que permita una uniformidad en la reparación. Esta limitante se pone de manifiesto fundamentalmente cuando en la evaluación de los daños se establece una reparación no satisfactoria frente a la dicha entidad, igualmente es evidente que no todas las víctimas por iguales daños reciben igual reparación y todo depende, como se ha mencionado, del evaluador nato (el Juez), y no ofrece ningún parámetro objetivo de evaluación del daño (Osterling, 2013, pp. 10-11).

Sería ideal que todo daño fuese reparado en su integridad, pero la indemnización supone un peso económico para quien debe soportar la carga de reparación; sin embargo, las limitaciones al principio en comentario no cuestionan, de manera alguna, la existencia del daño.

IV. Responsabilidad civil plena por los daños y perjuicios ocasionados por el prestador de servicios de abogado

El artículo 1762 del Código Civil, como ya se ha indicado, señala que: “Si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios no responde por los daños y perjuicios, sino en caso de dolo o culpa inexcusable”, por lo que a la luz de este precepto corresponden algunas reflexiones.

La actividad del profesional, útil y necesaria para el desarrollo de la sociedad, la misma que en muchos casos es loada y satirizada en otros (como nos sucede a los abogados), se ha convertido en fuente de responsabilidad penal, civil y administrativa cuando, en el ejercicio de la misma, se ocasionan daños a los usuarios. De la relación contractual adquirida tanto por profesional como por usuario se derivan una serie de derechos y obligaciones, y en el caso de incumplimiento, surge el derecho del usuario a reclamar una reparación por los daños ocasionados (Espinoza Espinoza, 1991, p. 234).

En el ejercicio de las profesiones actualmente, como consecuencia de la interacción de factores diversos, evidentemente se advierten nuevas profesiones y entre estas nuevas especialidades, estableciéndose la necesidad de una definición de los roles profesionales que permitan apreciar la función del profesional, ya no como se le veía tradicionalmente, sino que se hace necesario apreciarlo particularmente, de acuerdo al tipo de profesión que ejerce; es decir, desde el ingeniero al médico, desde el arquitecto al psicólogo, desde el abogado al contador, desde el notario hasta el asesor. Tal fenómeno de fragmentación de la figura del “profesional” en los diferentes tipos profesionales, que inevitablemente reclama la especificidad de las diversas realidades profesionales ya existentes o emergentes, lleva igualmente consigo una suerte de sectorialización de las individuales responsabilidades al interior de las competencias específicas.

Esto se debe tener en cuenta en la reconstrucción de las orientaciones jurisprudenciales, con la finalidad de individualizar las reglas elaboradas y ejecutadas por nuestros jueces al respecto de cada tipo profesional”. (De Matteis, 1999, pp. 591-592).

El incumplimiento de la obligación de cualquier profesional debe tener como origen un contrato de prestación de servicios a su cliente, el sujeto de la relación obligacional de hacer alguna cosa propia de la profesión de quien presta el servicio.

Es innegable que nuestro Código Civil asume que la responsabilidad profesional merece un tratamiento diferenciado del resto de supuestos de la responsabilidad civil; tanto así que la corriente de opinión que acepta la diferenciación tiene en el plano operativo mucho sustento efectivamente.

El artículo 1762 ha sido catalogado por algunos de anacrónico, ya que el privilegio que esta norma otorga a los profesionales, solo encontraría alguna justificación en un contexto social que considera al profesional como portador de un estatus especial dentro de la comunidad (De Trazegnies, 2006, p. 359)

V. Resarcimiento por la inejecución, cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación

Este fundamento encuentra su sustento en lo dispuesto por el artículo 1321 del Código Civil, el mismo que establece que “Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. El resarcimiento por la inejecución, cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución. Si ésta, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída”.

Esta norma no registra antecedentes en el proyecto de Código Civil Peruano; sin embargo, concuerdan con este artículo las legislaciones extranjeras como son: los Códigos Civiles uruguayo (artículo 1345)⁽⁴⁹⁾, ecuatoriano (artículos 1572)⁽⁵⁰⁾ y mexicano (artículo 2110).

Este último cuerpo normativo establece que “los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse”.

⁽⁴⁹⁾ 1345. Los daños y perjuicios debidos al acreedor, a no ser de los fijados por la ley o convenidos por los contratantes, son en general, de la pérdida que ha sufrido y del lucro de que se le ha privado, con las modificaciones de los artículos siguientes. 1346. El deudor no responde sino de los daños y perjuicios que se han previsto o podido prever al tiempo del contrato, cuando no ha provenido de dolo suyo la falta de cumplimiento de la obligación. Aun en el caso de que la falta de cumplimiento provenga de dolo del deudor, los daños y perjuicios que no están fijados por la ley o convenidos por los contratantes, no deben comprender, respecto de la pérdida sufrida por el acreedor y el lucro de que se le ha privado, sino lo que ha sido consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento.

⁽⁵⁰⁾ Art. 1572.- La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptúense los casos en que la ley la limita al daño emergente.

También hay concordancia con los códigos chileno (artículos 1556 y 1558, segundo y tercer párrafos, respectivamente)⁽⁵¹⁾, y paraguay de 1987 (artículo 421)⁽⁵²⁾, que es similar al primer párrafo del artículo 1321 peruano)

En Europa, hemos podido verificar que el Código Civil francés en sus artículos 1141, 1149, 1150 y 1151, establece que “los daños y perjuicios debidos al acreedor comprenden, en general, la pérdida que ha sufrido y la ganancia de que ha sido privado, salvo las excepciones y modificaciones que le siguen”, “el deudor solo está obligado por varios perjuicios que hayan sido previstos o se haya podido prever al hacer el contrato, cuando no se deba a su dolo el que la obligación se incumpla” e “incluso en el caso de que el incumplimiento de la convención resulte del dolo del deudor, los daños y perjuicios no deben comprender, con respecto a la pérdida sufrida por el acreedor, y a la ganancia de que haya sido privado, sino aquéllos que sean consecuencia inmediata y directa del incumplimiento de la convención”.

El contenido de este articulado, se encuentra íntimamente vinculado con lo analizado en torno a la relación de causalidad en la responsabilidad civil, ya que El Código Civil peruano no se limita a señalar qué se entiende por dolo, por culpa inexcusable y por culpa leve; sino que además

⁽⁵¹⁾ Art. 1556. La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptúense los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente.

Art. 1558. Si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron una consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento. La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios. Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas.

⁽⁵²⁾ Artículo 421.- El deudor responderá por los daños y perjuicios que su dolo o su culpa irrogare al acreedor en el cumplimiento de la obligación. Habrá culpa cuando se omitieren aquellas diligencias exigidas por la naturaleza de la obligación y que correspondan a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar. La responsabilidad por dolo no podrá ser dispensada de antemano.

establece las consecuencias jurídicas que se derivan del incumplimiento o del cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de las obligaciones.

El daño que interesa, a efectos de la responsabilidad civil, es el daño reparable por presentarse como daño jurídicamente relevante. Siguiendo la doctrina general sobre esta materia, enunciaremos a continuación las diversas categorías en que suele dividirse el daño (Osterling, 2013, pp. 130-149):

- a. En función al bien afectado por el daño, éste puede ser material (patrimonial) o moral.
- b. Teniendo en cuenta la fuente que da origen al daño, éste puede ser contractual o extracontractual.
- c. En consideración a la causa, los daños pueden ser moratorios o compensatorios.
- d. En atención al tipo de relación que exista entre el daño y el acto u omisión que lo ha provocado, si se trata de una relación inmediata o directa, será daño directo o inmediato, y si se trata de una relación mediata o indirecta, el daño será mediato o indirecto.
- e. Considerando el momento de producción el daño puede clasificarse en actual y futuro.
- f. También la doctrina se refiere a los daños previstos y no previstos, y atendiendo a lo que se denomina “responsabilidad in contrahendo” emergente antes de la celebración de un contrato, hace una diferenciación entre el daño al interés positivo del contrato y el daño al interés negativo del mismo.

Existe una marcada orientación en nuestro medio a considerar que el contrato sólo es capaz de crear obligaciones, o de regularlas, modificarlas o extinguirlas; con la contribución de la doctrina de Italia, de cuyo código el legislador peruano ha tomado, sólo con leves modificaciones, la definición de contrato. Messineo, citado por Gunter Gonzales, explica, por ejemplo, que en atención a que el artículo 1321 del Código Italiano (u otra norma) no lo dice, no puede sostenerse más que el con-

trato sea estipulado con el ánimo *contrahendae obligationis*, y que puede decirse ahora que del contrato nacen deberes y pretensiones, cuando no surge directamente un derecho real; y concluye que, por lo tanto, es actual y fundada en la ley la distinción entre contrato obligatorio y contrato con efectos reales.⁽⁵³⁾

VI. Cumplimiento de los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe en el desempeño profesional del abogado y las consecuencias de su incumplimiento

Las normas vigentes establecen la obligación de todos los que intervienen en un proceso judicial deben comportarse con lealtad, probidad, veracidad y buena fe; además señala que los Magistrados deben sancionar toda contravención de los deberes procesales, así como la mala fe o temeridad procesal, es el caso del artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que determina la obligación para los abogados de conducirse dentro del proceso guardando los mismos principios (lealtad, probidad, veracidad y buena fe), ya que estos deben aplicarse tanto a la conducta *intra* proceso, como entre los sujetos procesales intervinientes; igualmente se atribuye a los Jueces la facultad de llamar la atención o sancionar con apercibimientos, multas, pedidos de suspensión o destitución, o solicitar la sanción para las personas que se conduzcan de modo inapropiado, actúen de mala fe, planteen solicitudes dilatorias o maliciosas y en general, cuando falten a los deberes procesales o cuando incumplan sus mandatos. Esta facultad se ejerce también frente a los abogados, quienes en la mayoría de los casos son los responsables de la conducta de sus patrocinados ya que asesoran, recomiendan e incluso son quienes redactan los escritos que son presentados ante los órganos jurisdiccionales de modo malicioso, con intenciones dilatorias o de mala fe.

Artículo 288 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece las obligaciones elementales de veracidad y de evitar ventajas indebidas de

⁽⁵³⁾ Cfr. en: El contrato con efectos reales. Disponible en la web: [http://www.gunthergonzalesb.com/doc/art_juridicos/Contrato_con_efectos_reales\[1\].pdf](http://www.gunthergonzalesb.com/doc/art_juridicos/Contrato_con_efectos_reales[1].pdf) Consulta 24 de julio de 2017.

la defensa, prohibiendo falsear la información en el proceso; esto con la finalidad de evitar la temeridad de ciertos profesionales en el ejercicio de la defensa y/o patrocinio.

Hay que tener en cuenta que la doctrina de la responsabilidad extracontractual, en este caso, es objetiva, de tal modo que todo daño o lesión sufrida debe ser indemnizada, sólo en algunos casos la culpa de la víctima exonera de responsabilidad al que se le imputa el daño, en otros la culpa de la víctima no es suficiente para liberar de responsabilidad, sino que motiva la concurrencia de culpa y la coparticipación en el importe de la valoración del daño causado.

VII. Vigencia del sistema de protección al consumidor de los servicios legales del abogado

Los usuarios de los servicios legales de los abogados no son ajenos al sistema de protección del consumidor, ya que el propio Decreto Supremo 006-2009-PCM en el Texto único ordenado de la Ley de Protección al Consumidor (Título Primero – Disposiciones Generarles), establece el ámbito protector de quienes entablan relaciones prestacionales con los profesionales del derecho; en tal sentido, propendiendo a la vigencia del sistema tuitivo de los consumidores, nuestra propuesta alcanza mayor asidero.

VIII. Promoción de la práctica profesional responsable y ética del abogado

De implementarse un sistema de protección para las prestaciones de servicios de los abogados, se procuraría que los usuarios de estos servicios no queden en desamparo frente a eventuales perjuicios sufridos por una defensa deficiente; sin embargo, éste, como cualquier otro sistema de seguros, no podría asumir el resarcimiento total de los daños, por lo que, en lo que quepa, el profesional asumiría la responsabilidad frente al aspecto del daño no cubierto. De esta manera, se procuraría el desempeño más diligente de los profesionales y una práctica ética de la profesión.

IX. Obligaciones generadas como parte de la prestación de servicios del abogado

Se encuentran establecidas por el artículo 288 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que impone a los abogados a actuar con veracidad y no obtener indebidas ventajas al ejercer la defensa falseando hechos que coloquen en situación de indefensión a la parte contraria, de esta manera se establece un límite frente a la temeridad que manifiestan algunos profesionales en sus actuaciones procesales.

En la práctica profesional se observa que en la mayoría de los casos las personas acuden a solicitar los servicios de los abogados cuando sus circunstancias personales y patrimoniales son verdaderamente catastróficas, con situaciones límite, producto de una total dejadez; no acuden al profesional hasta la fase terminal de su situación, sólo cuando el asunto está a punto de no tener solución; por lo que esperan ser atendidos con verdadera diligencia y que el profesional le brinde una solución o lo que más se acerque a ella; de lo contrario, sería recomendable que los abogados actúen con lealtad no generando falsas expectativas sobre el resultado de los procesos, sin magnificar ni minimizar la situación procesal.

X. Sistemas de protección por responsabilidad civil contractual

La Ley Orgánica del Poder Judicial impone al abogado la obligación de la actuación diligente, siendo el fundamento de la responsabilidad del abogado el mismo que el de cualquier otra responsabilidad contractual, al imponerse la obligación del cumplimiento cabal de sus deberes, utilizando con pericia, aquellos conocimientos que por razón de su preparación profesional se presupone que posee, lo que constituye la esencia del contrato celebrado con sus clientes, es decir el abogado debe utilizar con experticia todos sus conocimientos en los procesos, vías, instancias y trámites que se hayan sustanciado hasta la completa resolución del encargo.

El usuario de los servicios legales de los abogados espera de ellos el mejor desempeño, el pleno conocimiento de las normas e instituciones jurídicas que lo puedan ayudar a enfrentar el proceso en el que se encuentra inmerso; confía plenamente en que el profesional escogido posee todas las aptitudes y capacidades para ejercer su defensa y/o patrocinio de manera idónea, por lo que un resultado negativo atribuible a la falta de cualquiera de estos elementos, ocasiona en el que lo sufre, además, una afectación emocional al verse defraudado por aquella persona en la que depositó su confianza, dejándolo en una posición muchas veces irrecurrible.

Las eventuales sanciones impuestas a los profesionales del derecho por los órganos jurisdiccionales o el Colegio de Abogados, evidentemente no tienen carácter resarcitorio a favor del afectado, tanto más si las multas impuestas no se aplican en favor de las víctimas sino a favor de las instituciones sancionadoras. Entonces, en caso de la existencia de un sistema de protección como el propuesto, los afectados en los procesos podrían ser compensados económicamente, como parte de la aplicación del sistema de protección.

XI. Conclusiones

- a. El servicio de defensa se ve afectado por deficiencias, tanto por el actuar negligente o doloso de algunos profesionales, como por la falta de regulación de la relación contractual que se establece para la prestación de estos servicios; esto se traduce en que el incumplimiento de los deberes profesionales de ciertos abogados; lo que ocasiona un evidente perjuicio y desconfianza en los usuarios de los servicios legales.
- b. La vigencia efectiva del principio de reparación integral de la víctima; la responsabilidad civil plena por los daños y perjuicios ocasionados por el prestador de servicios profesionales del Derecho; el resarcimiento por la inejecución, cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación; el cumplimiento de los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe en el desempeño profesional de los abogados; así como la vigencia del sistema de protección

al consumidor de los servicios legales de los abogados y la promoción de la práctica profesional responsable y ética de los abogados, se constituyen como los fundamentos jurídicos suficientes para la implementación de un sistema de protección por la inejecución, cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de las prestaciones.

- c. Las acciones o quejas contra los abogados, debidas a la reclamación por daños derivados de una práctica profesional negligente o intencionalmente dolosa, se están encaminando hacia la responsabilidad del profesional poco cuidadoso, lo que genera la necesidad de implantar un sistema de protección que procure el resarcimiento de los daños generados; además, las sanciones impuestas a los profesionales del derecho, debidas a su práctica negligente o dolosa; no tienen por finalidad el resarcimiento de los daños producidos al usuario, ya que no se traducen en un beneficio concreto hacia los afectados.
- d. La indefensión de los usuarios de los servicios legales, a falta de un adecuado sistema de protección para la inejecución, cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de las prestaciones en los servicios de los abogados, provoca que ante los daños producidos por el actuar negligente o doloso de su defensor, solo obtengan, en el mejor de los casos, una sanción gremial nimia o una pecuniaria en favor del Estado para los causantes del daño, las mismas que no redundan en el resarcimiento de la afectación producida.

XII. Lista de referencias

- ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. 1991. Luces y sombras del Código Civil, Tomo II, Studium, Lima.
- DE ÁNGEL YAGEZ, Ricardo. Responsabilidad civil del abogado. En Indret, Revista para el análisis del Derecho. En: http://www.indret.com/pdf/521_es.pdf. Consulta 24 de julio de 2017.
- DE MATTEIS. 1999. Casualità e danno nella responsabilità professionale, en I fatti illeciti, III Casualità e danno a cura de VISINTINI CEDAM. Padova.

DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando.

1997. La evaporación de la responsabilidad profesional, en Revista del Magíster en Derecho Civil, Escuela de Graduados, Fondo Editorial, PUCP, Vol. 1, Lima, p. 67.

2006. La responsabilidad profesional no existe. En: AAVV. Instituciones de Derecho Privado. Vol. 5. Responsabilidad civil. Derecho de daños. Grijley, Lima, p. 359.

ESPINOZA, Juan. 1991. Reflexiones en torno a la unificación de los regímenes de la responsabilidad civil contractual y extracontractual, en Revista de Derecho y Ciencias Políticas, Vol. 48, Lima.

GONZALES BARRÓN, Gunther. El contrato con efectos reales. Disponible en la web: [http://www.gunthergonzalesb.com/doc/art_juridicos/Cotrato_con_efectos_reales\[1\].pdf](http://www.gunthergonzalesb.com/doc/art_juridicos/Cotrato_con_efectos_reales[1].pdf) Consulta 24 de julio de 2017.

NINAMANCO CÓRDOVA, Fort. 2016. Un supuesto de inaplicabilidad del artículo 1762 del Código Civil en materia de responsabilidad civil médica. Un nuevo enfoque de la responsabilidad civil de los profesionales. Actualidad Jurídica N° 229.

OSTERLING PARODI, Felipe.

1986. Exposición de motivos y comentarios al Libro VI del Código Civil: Las Obligaciones. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

2013. El Dolo. En: <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Art%201318%201319%201320%201321.pdf> Pág. 10-11

La necesidad de regular el cese unilateral de la unión de hecho propia

The need to regulate the unilateral ceasefire in fact own union

COLORADO HUAMÁN, William(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Ideas previas. III. La unión de hecho en el ordenamiento jurídico nacional. IV. La declaración de la unión de hecho –judicial o notarial. V. Ese de la unión de hecho. VI. Problemática del cese unilateral de la unión de hecho propia reconocida notarialmente. VII. Conclusiones. VIII. Lista referencias.

Resumen: en el presente artículo, nos avocamos a resaltar el reconocimiento constitucional y el desarrollo normativo de la institución jurídica, como es la unión de hecho; la misma que, salvaguarda los derechos de los ciudadanos que deciden formar una familia, a partir de una fuente diferente al matrimonio. En ese sentido, se estudia de forma pormenorizada el reconocimiento notarial de la unión de hecho propia; lo cual permite, la finalización de la misma relación a través del “cese voluntario”; sin embargo, se advierte un vacío normativo, cuando él o la conviviente, dado sus intereses, decide finalizar su relación y no encuentra consenso en su pareja; deficiencia, que

(*) Abogado por la Universidad Nacional de Cajamarca. Conciliador Extrajudicial.

genera incertidumbre e inseguridad jurídica; por lo que, es necesaria su regulación dentro del Ordenamiento Jurídico Peruano.

Palabras claves: Familia, Unión de Hecho, Reconocimiento de la unión de hecho, Cese unilateral de la unión de hecho.

Abstract: *In this article, we strive to highlight the constitutional recognition and normative development of the legal institution, such as union de facto; which safeguards the rights of citizens who decide to form a family, different from marriage; In that sense, the notary's recognition of the de facto union is studied in detail; which allows, the end of the same relationship, through the "voluntary cessation"; however, a normative void is noticed, when he or her partner, given their interests, decides to end their relationship and does not find consensus in their partner; deficiency, which generates uncertainty and legal insecurity for people; reason why, it is considered necessary its regulation within the Peruvian Juridical Order.*

Key words: *Family, Union of Fact, Recognition of the union of fact, Unilateral termination of the union of fact.*

I. Introducción

La familia comenzó a formarse a través de las relaciones humanas, donde el dominio del más fuerte o el poder que ostentaba una persona, eran sus elementos principales; con el devenir del tiempo y dada la influencia de posturas sociales, políticas, religiosas y morales, generó su protección, pero identificándola con un determinado modelo nuclear, basado en el vínculo formal, como es el *matrimonio*.

Pero, ante los cambios económicos, sociales y tecnológicos, otras formas familiares distintas al modelo tradicional, han sido reconocidas y por ende codificadas. Nos estamos refiriendo a las *uniones de hecho*; situación que ha conllevado el garantizar, la libertad de cada individuo en elegir entre el "*matrimonio*" o la "*convivencia*".

En el Perú, no hemos sido ajenos a ello, pues el artículo 5 de la Constitución Política de 1993, como el artículo 326 del Código Civil de 1984, regulan aquella unión de un hombre y una mujer, que de manera estable y duradera, mantienen un vínculo de afectividad y realizan

vida en común; generando derechos y obligaciones para sus integrantes; atributos y/o potestades que para ser ejercidos y protegidos, necesariamente están condicionados a la declaración previa que realice el Juez o el Notario Público.

En ese sentido, bajo el reconocimiento notarial, advertimos la deficiencia legal, sobre los pasos que tendría que realizar el integrante de la unión de hecho propia, para encaminar de forma unilateral y/o personal, el *cese* –o la *finalización*– de su convivencia que fue reconocida, frente a la resistencia de disolución de su pareja.

Ante la problemática expuesta, se hace necesario, esbozar los siguientes conceptos.

II. Ideas previas

El hombre dada su característica de ente social, necesitaba reunirse con otros seres humanos, a fin de poder satisfacer sus propias necesidades que iba presentando; en ese contexto, formó y fortaleció sus propios vínculos, donde poco a poco, internalizó que dentro del grupo desarrollaría sus mejores destrezas y brindaría protección a otros.

De esta manera, se ha constituido lo que conocemos hoy por *familia*; la misma que en cada periodo histórico del hombre, ha sido tomada y moldeada bajo la influencia de concepciones religiosas, políticas, sociales y morales (VARSI ROSPIGLIOSI, 2011, p. 11); surgiendo –dentro del derecho– las figuras del matrimonio religioso con efectos civiles, el matrimonio civil y las uniones estables; sin embargo, no todo ha sido pacífico, ya que en un momento determinado, solamente un modelo de familia –*la nuclear*–, prevaleció, marginando a las que eran ajenas a ella, por no cumplir con la formalidad establecida.

Pero, gracias a los diversos cambios sociales, económicos y tecnológicos, presentes en las últimas décadas (HARO BOCANEGRA, 2013, p. 03), ha conllevado que se deje de lado aquellas formas o arreglos familiares que eran distintos al modelo consagrado y se proceda a regular

otro tipo de uniones de carácter estable⁽⁵⁴⁾, conocidas como *uniones de hecho*⁽⁵⁵⁾; a raíz de ello, se da un enorme paso; pues, se garantiza que una persona, pueda desarrollarse libremente en la sociedad⁽⁵⁶⁾, al permitirle elegir ente el *matrimonio* y la *convivencia*.

III. La unión de hecho en el ordenamiento jurídico nacional

En el Perú y en gran parte del mundo, el fenómeno de las *uniones de hecho*, constituye una realidad que ha venido siendo cada vez más frecuente y que sin embargo, ha carecido –durante mucho tiempo- de una regulación sobre los efectos personales y económicos que esta produce en sus miembros (CASTILLO FREYRE y TORRES MALDONADO, 2014, p.13).

Ante ello, y por primera vez, el artículo 09 de la Constitución Política de 1979, la recoge, con el tenor siguiente:

“La unión estable de una varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho por el tiempo y en las condiciones que señala la ley, da lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto es aplicable”.

Manifestando nuestra doctrina, que por intermedio de dicho precepto constitucional, se otorgaba a la convivencia, efectos legales simila-

⁽⁵⁴⁾ Para el profesor Marco Torres Maldonado (2016: 197), “las uniones de hecho son una modalidad de convivencia plenamente aceptada que no solo conforma una alternativa al matrimonio, sino que en muchas ocasiones, según García Rubio, lo precede a modo de matrimonio de prueba (*trial marriage*) o se intercala como modo de vida entre dos matrimonios de una persona”.

⁽⁵⁵⁾ Nuestra legislación equipara los conceptos de “Concubinato” y “Unión de Hecho” (artículos 326 y 402, inciso 3).

⁽⁵⁶⁾ Consagrado en el inciso 01 del artículo 02 de la Constitución Política. Por su parte, el Tribunal Constitucional, en el Expediente N° 2868-2004-AA/TC. Fundamento 14, ha indicado: “El derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con dada 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 [...]”.

res y/o semejantes a los del matrimonio, en el tema patrimonial (2013, p. 05); ello a fin de resguardar los bienes que habían sido adquiridos por los convivientes, bajo el denominado régimen de sociedad de bienes⁽⁵⁷⁾.

Para complementar la regulación constitucional, el Código Civil de 1984, dentro del Capítulo de Sociedades de Gananciales, en el Título correspondiente al Régimen Patrimonial del Libro de Derecho de Familia, creó el artículo 326º, el mismo, que señala:

“La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuera aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos. [...] tratándose de la unión de hecho que no reúna las condiciones señaladas en este artículo, el interesado tiene expedita, en su caso, la acción de enriquecimiento indebido [...]”.

Apreciando, del precepto sustantivo, que existen dos situaciones, la primera de ellas, es el “*concubinato propiamente dicho*”, que da lugar a un régimen de bienes similares a la sociedad de gananciales; y, la segunda, es el “*concubinato impropio*”, que permite al concubino en su caso el poder accionar, ante un enriquecimiento indebido.

En ese orden de ideas, es necesario brindar más detalles, sobre cada uno de los supuestos consagrados en la normatividad infra – constitucional; así, tenemos, que para la configuración de la unión de hecho propia, se debe cumplir con ciertos requisitos, como son:

- a) *La unión sexual debe ser libre y voluntaria entre un varón y una mujer*; ello implica, que la convivencia no debe ser forzada, sino que debe surgir de la espontaneidad, conocimiento y libre albedrío de la pareja; además la relación que está compuesta por personas de diferente sexo, descartándose las parejas homosexuales (VEGA MERE, 2010, p. 303).

⁽⁵⁷⁾ Ello por cuanto, se presentaba en la realidad, situaciones en la cuales uno de los convivientes se apropiaba ilícitamente de los bienes generados o adquiridos durante el periodo convivencial, en desmedro del otro integrante.

- b) *Los integrantes de la relación, deben estar libres de todo impedimento matrimonial*; es decir, las personas que conforman la unión de hecho, no deben estar inmersas en los impedimentos matrimoniales establecidos por los artículos 241, 242 y 243 del Código Civil.
- c) *La unión debe alcanzar y cumplir deberes semejantes al matrimonio*; lo cual no es otra cosa, que hacer vida como pareja; esto es, compartir la habitación, lecho y techo.
- d) *La convivencia debe durar dos años continuos*; supone la habitualidad y la permanencia en el tiempo, en el cual los concubinos se comportan tanto como marido y mujer.
- e) *Debe ser pública y notoria*; es decir, que la convivencia debe ser conocida por terceros, por parientes, vecinos y por aquellos relacionados con la pareja.

Mención aparte, merece señalar, que aquella pareja, que no reúna los requisitos descritos, estará inmersa en lo que se conoce como *unión de hecho impropia*, la cual no tiene mayor protección.

Por su parte, nuestra actual Constitución, también ha reconocido el estado convivencial, en el artículo 5, dentro del rubro de Derechos Sociales y Económicos, al señalar:

“La unión estable de un varón y una mujer, libre de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable”.

De esta forma, podemos colegir, que dentro del Estado Peruano, hay un reconocimiento constitucional y un desarrollo sustantivo sobre las uniones de hecho, la misma que salvaguarda los derechos de los ciudadanos que generan una familia, pero que han decidido no formalizar su vínculo a través del matrimonio, ello en función a diversas razones que pueden ser económicas, culturales, sociales, legales e ideológicas.

IV. La declaración de la unión de hecho –judicial o notarial

Teniendo en cuenta lo antes esbozado, en estos momentos, podemos concebir (2014, p.13) a la *unión de hecho*, como aquella que está referida a aquellas parejas heterosexuales, que pudiendo casarse no lo hacen, pero que conviven de manera estable y duradera manteniendo un vínculo de afectividad y realizando una vida en común.

Por su parte nuestro Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N° 06572-2006-PA/TC, fundamento 16, ha indicado: [la unión de hecho] es la unión monogámica heterosexual, con vocación de habitualidad y permanencia, que conforma un hogar de hecho. Efecto de esta situación jurídica es que [...] se reconozca una comunidad de bienes concubinarios, que deberá sujetarse a la regulación de la sociedad de gananciales.

Ahora bien, la doctora Maribel Fernández (2016, p. 184-185), señala que un aspecto problemático, ha sido el hecho de demostrar –o no la existencia de la convivencia, para poder gozar y proteger los efectos legales (derechos y obligaciones) de la misma.

Para tal efecto, debemos indicar, que los convivientes al momento de cumplir con los requisitos o condiciones que establece el artículo 326 del Código Civil, automáticamente están gozando de los derechos y obviamente también deben cumplir con las obligaciones que le son inherentes. Hasta aquí, podríamos decir, que sería algo intrascendente o irrelevante, la declaración de reconocimiento del concubinato por parte de la autoridad; ya que al cumplirse con las condiciones que exige la respectiva normal legal, cada conviviente ya contaría con las atribuciones propias de su relación.

Pero, el asunto no es tan fácil como parece; pues, es necesario distinguir, que una cosa es *la adquisición de derechos y su goce*, y otra muy distinta, es *la exigencia y protección de sus mismos derechos*.

Ahora, para que los miembros de la unión de hecho, puedan exigirse mutuamente y cautelen también los derechos que adquirieron du-

rante su convivencia frente a ellos y a terceros; es imprescindible y necesario, que dicha convivencia sea probada ante el Juez o ante un Notario Público, y que estos la declaren como tal⁽⁵⁸⁾.

En ese contexto, nuestra legislación en un inicio ha reconocido como única vía, el acudir al ente judicial (sentencia judicial); sin embargo, al promulgarse y publicarse la Ley N° 26662⁽⁵⁹⁾, la cual fue modificada por la Ley N° 29560⁽⁶⁰⁾; se está autorizando a través de la competencia notarial en asunto no contenciosos, que los Notarios Públicos, puedan también declarar⁽⁶¹⁾ una unión de hecho (acta notarial) siempre que reúnan o cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 326 del Código Civil.

En tal virtud, el artículo 01 de la Ley N° 26662, indica que los interesados pueden recurrir indistintamente ante el poder judicial o ante el notario para tramitar según corresponda, el reconocimiento de la unión de hecho. Y, cuando se opte por la vía notarial, la pareja deberá presentar una solicitud, que contenga el reconocimiento expreso de su convivencia no menor a dos años, que esta sea de manera continua, que se encuentren libres de impedimento matrimonial y que ninguno tenga vida en común con otro varón o mujer; asimismo, se requiere la declaración de dos testigos, quienes indicaran si la pareja ha convivido dos años –continuos–; sin perjuicio de otros documentos que acrediten que la unión de hecho tiene el periodo dos años (artículo 46).

⁽⁵⁸⁾ Dado el razonamiento expuesto, se concibe que la decisión judicial o notarial, es meramente declarativa, ya que los derechos y obligaciones no nacen con la declaración, sino desde el instante en que dicha convivencia cumple con las condiciones legales; motivo por el cual, la declaración tiene efectos retroactivos.

⁽⁵⁹⁾ 20 de setiembre del año 1996.

⁽⁶⁰⁾ 15 de julio del año 2010.

⁽⁶¹⁾ Sobre el termino declaración o reconocimiento, compartimos la opinión dada por Iván Manuel HARO BOCANEGRA (p. 05), al manifestar que el notario no “reconoce” la unión de hecho, sino que se limita a “declarar” un estado convivencial ya existente reconocido por los propios convivientes amparados en el reconocimiento que otorga la Constitución y quienes acuden al notario para que este declare el reconocimiento, en tanto cumple con los requisitos que la ley exige.

Así, transcurridos 15 días útiles desde la última publicación del extracto de la solicitud, sin que se haya presentado alguna oposición, el notario procede a extender la escritura pública con la declaración del reconocimiento de la unión de hecho (artículo 48), la misma, que luego, es remitida a Registros Públicos, con el objetivo de inscribir en el registro personal de cada uno de los convivientes (artículo 49).

De esta manera, los integrantes de la unión de hecho propia, pueden cautelar sus derechos patrimoniales, como, extra-patrimoniales frente a los terceros.

V. Cese de la unión de hecho

En lo que concierne al tema del cese de la convivencia; en primer lugar, debemos manifestar, que no es otra cosa que la ruptura, la disolución o el término de la convivencia; en segundo lugar, esta circunstancia viene a representar la garantía de la libertad que tienen los convivientes; ya que si ellos en su oportunidad la constituyeron, ellos mismos, en cualquier momento, también la pueden finiquitar o terminar.

En ese contexto, nuestro legislador, ha regulado en el artículo 52, de la Ley N° 26662, el “*cese de la unión de hecho*”, expresando que si los convivientes desean dejar constancia de haber puesto fin a su estado de convivencia, podrán hacerlo mediante escritura pública, en la cual, podrán liquidar el patrimonio social, no necesitando hacer publicaciones; siendo que el reconocimiento del cese debe también inscribirse en el Registro Personal de cada miembro.

Supuesto que es coherente, con el artículo 326 del Código Sustantivo, pues recordemos que allí, se regula que la unión de hecho *termina* por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o *decisión unilateral*.

En tal virtud, no cabe la menor duda, que dentro del Ordenamiento Jurídico Peruano, se ha garantizado a los convivientes el poder formar, como también el poder finalizar su respectiva convivencia cuando ellos lo crean conveniente a sus intereses.

VI. Problemática del cese unilateral de la unión de hecho propia reconocida notarialmente

Como puede advertirse, hasta aquí, no habría ningún problema o inconveniente; toda vez, que si los convivientes, que optaron por reconocer su situación fáctica a través de la vía notarial, ellos mismos -de manera voluntaria- pueden finiquitar su unión, acudiendo nuevamente al notario, donde expresarían su voluntad, la cual se registraría en el acta notarial, liquidando también la comunidad de bienes que forjaron en el periodo de convivencia.

Sin embargo, la situación se torna compleja, cuando él o la conviviente, no encuentran consenso en su pareja; o, de manera voluntaria decide dar por finalizada su relación; qué tendría que realizar dicha persona para concretizar sus intereses.

Un primera respuesta a ello, podría ser, el acudir nuevamente al notario y petitionar el cese, como ocurrió en un caso que expone la doctora Roció Peña Fuentes (2013, p. 02), que se presentó en el Alto Amazonas, donde el señor Floriano Torres Ríos, asistió al Notario de dicha Provincia, manifestando su voluntad de poner el cese a la unión de hecho, que había formado con la señora Martha Luz Vásquez Fuchs; motivo por el cual, se procedió a elaborar la escritura pública; pero, al momento de registrarse dicho título, se advirtió la necesidad de la declaración conjunta de los convivientes; pues, recordemos que el artículo 52 de la Ley N° 26662, exige la voluntad de ambos convivientes; sin perjuicio, que la Directiva N° 002-2011-SUNARP/SA, de Registros Públicos, exige también dicha confluencia⁽⁶²⁾; motivo por el cual no se pudo consumar la intención del señor Floriano Torres.

Así, podemos colegir que el cese de la unión de hecho, por decisión unilateral de uno de los convivientes, no puede ser encaminado dentro del procedimiento no contencioso -en la vía notarial-, por estar prohi-

⁽⁶²⁾ Mediante resolución N° 088-2011-SUNARP, se aprobó la Directiva N° 002-2011-SUNARP/SA, donde establece lo siguiente: “[...] i) que la escritura pública o el documento público respectivo contenga la declaración de los convivientes sobre la fecha del inicio de la unión de hecho. Asimismo deberá contener la declaración de la fecha de cese, de ser el caso [...]”.

bido; pues, se requiere indispensablemente el consentimiento unánime de los dos interesados.

Entonces, qué hacer frente al problema suscitado. Una segunda respuesta, está referida a acudir a la vía judicial⁽⁶³⁾, y al tratarse de un conflicto derivado de una relación familiar, tendríamos al Juez de Familia como competente para el trámite respectivo, al cual se peticionaria, “*el cese unilateral de la convivencia*”, adjuntando para tal efecto, los recaudos respectivos, en función a lo dispuesto por el artículo 196 del Código Procesal Civil⁽⁶⁴⁾, para que la petición sea amparada.

Hasta aquí, el panorama va aclarándose, pues existe el mecanismo para tutelar los derechos e intereses del o la conviviente; pero, con cada paso que damos, nuevamente nos encontramos con obstáculos; y este puntualmente está relacionado con el o los supuestos que servirían de sustento para viabilizar el término de la unión de hecho; aquí, nos atrevemos a invocar alguna causal de disolución del vínculo matrimonial, que se hallan contempladas en el artículo 333 del Código Civil; sin embargo, recordemos que los supuestos contemplados en la referida norma, son normas de carácter restrictivas, que por su misma naturaleza, no pueden ser tomadas y/o consideradas para terminar la unión de hecho propia; ya que el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil, reza que la Ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía.⁽⁶⁵⁾

De esta manera, no se tendrían ningún parámetro para canalizar los supuestos que podrían invocarse, estando en una situación privilegiada; toda vez, que se tendría el camino abierto, para incluso ejercer de forma abusiva su derecho; en tal virtud, es necesario, al igual como

⁽⁶³⁾ Este criterio ya ha sido determinado en la resolución emitida por la Segunda Sala del Tribunal Registral, bajo el N° 624-2013-SUNARP-TR-L, del 12 de abril del 2013, la cual indica: “Si bien la unión de hecho puede cesar por decisión de uno de los convivientes, la inscripción del reconocimiento del cese de la unión de hecho, no puede efectuarse, en merito a la escritura pública, otorgada solo por uno de los convivientes”.

⁽⁶⁴⁾ “Artículo 196: Salvo disposición legal, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o quien los contradice alegando nuevos hechos”.

⁽⁶⁵⁾ Artículo IV: La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía.

sucedió con las causales de divorcio, que se pueda establecer y/o regular causales para finalizar la unión de hecho propia que ha sido reconocida notarialmente; pues, si los consortes tienen el mecanismo respectivo para finalizar su relación, por intermedio del divorcio; la misma suerte deberían tener los convivientes; ya que de lo contrario se generaría una situación de desigualdad.

Como punto adicional, debemos indicar que en estos momentos se ha reconocido derechos y deberes sucesorios a los miembros de las uniones de hecho propias⁽⁶⁶⁾; pero, el legislador peruano, ha omitido, el limitar la atribución hereditaria, conllevando que él o la conviviente (*que tiene reconocido su derecho hereditario*) cuando falte y/o incumpla con alguna prerrogativa, se encuentre en una situación predilecta; pues, su pareja (*en calidad de testador*) no podría excluirla de la legítima que le correspondería; ya que dicha limitación no está contemplado normativamente en nuestro ordenamiento jurídico; y, mucho menos puede utilizarse la analogía para integrar la respectiva laguna, al estar prohibida dado lo dispuesto por el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil.

Traemos a colación una problemática ajena al tema materia de reflexión; debido, a que, si produce la regulación de la institución del cese unilateral de la unión de hecho propia; el conviviente al finalizar formalmente su relación de convivencia, podrá también poner fin a los derechos y deberes, entre ellos, el relativo al derecho hereditario.

En esa línea argumentativa, y ante el vacío advertido, nuestros legisladores deben realizar un análisis pormenorizado del problema expuesto, y regular el mecanismo del *cese unilateral*, contemplándose causales expresas, como supuestos para invocar la disolución de la relación convivencia que ha sido reconocida notarialmente; garantizándose, de esta manera, todos los derechos constitucionales de los sujetos involucrados.

⁽⁶⁶⁾ El artículo 326° del Código Civil, fue modificado por intermedio de la Ley N° 30007, la cual fue publicada el día 17 de abril del año 2013.

VII. Conclusiones

1. En la actualidad, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, con el reconocimiento de la unión de hecho, se está protegiendo, a las formas familiares, que son distintas al matrimonio; sin perjuicio de efectivizarse el derecho de la libertad que tienen los ciudadanos, al permitírseles decidir, en poder formalizar su relación sentimental o no.
2. Para la protección de los derechos y deberes provenientes de las uniones de hecho, no basta cumplir con los requisitos que prevé la norma constitucional, como la infra-constitucional; sino que es necesario, que la misma situación sea declarada por la autoridad judicial o notarial; y, sea inscrita en el registro personal de cada uno de los integrantes de la unión de hecho.
3. Una de las manifestaciones de la libertad, que tienen los convivientes sobre su relación, se encuentra en el hecho de poder iniciarla, como también la posibilidad de terminarla; siendo que este último extremo, se lo conoce como cese de la unión de hecho, lo cual únicamente puede realizarse de conjunta.
4. Debemos advertir que cuando el integrante de la unión de hecho desea disolver su relación de forma unilateral, no tiene el mecanismo legal correspondiente para satisfacer esta pretensión; carencia legal que lo coloca en una situación de desventaja e inseguridad jurídica, que necesita ser corregida de forma inmediata.

VIII. Lista de referencias

6.1. Bibliográficas

CASTILLO FREYRE, Mario y TORRES MALDONADO, Marco Anderi. *¿Se puede Desheredar o Declarar Indigno al Miembro de la Unión de Hecho?*, Gaceta Civil & Procesal Civil, Lima, 2014.

FERNÁNDEZ REVOREDO, Marisol, *Manual de Derecho de Familia*, Fondo Editorial, Lima, 2016.

TORRES MALDONADO, Marco Andrei, *La Responsabilidad Civil En El Derecho De Familia*, Gaceta Jurídica, Lima, 2016, p. 197.

Código Civil Comentado, Tomo II, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2010.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, *Tratado de Derecho de Familia*, Tomo I, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2011.

HARO BOCANEGRA, Iván Manuel, Artículo: Uniones de hecho en sede registral: <file:///C:/Users/USER/Downloads/Dialnet-UnionesDe-HechoEnSedeRegistral-5476713.pdf>. Consultado el día 25.05.2017.

PEÑA FUENTES, Roció Zulema, Artículo: La Unión de Hecho su cese unilateral y los derechos sucesorios de ésta: http://www.asider.pe/la-union-de-hecho-su-cese-unilateral-y-los-derechos-sucesorios-de-esta_90.html. Consultado el día 25.05.2017.

6.2. Resoluciones del Tribunal Constitucional

Sentencia emitida en el Expediente N° 2868-2004-AA/TC.

Sentencia emitida en el Expediente N° 06572-2006-PA/TC.

¿Se vulnera el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva con la exigencia establecida en el artículo 565° - a del código procesal civil peruano?

Be violates the right to effective judicial protection with the requirement established in the article 565 ° -a of the code of procedure civil peruvian?

MANRIQUE URTEAGA, Sandra Verónica(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Regulación constitucional y legal. III. Criterios judiciales adoptados sobre el tema. IV. Análisis y discusión. V. Conclusiones. VI. Lista de referencias.

Resumen: *El derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva involucra cuatro dimensiones: acceso a la justicia, debido proceso, a una resolución fundada en*

(*) Abogada, por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca. Maestro en Ciencias, Mención Derecho, Línea: Derecho Civil y Comercial por la Escuela de Posgrado de la UNC. Conciliadora Extrajudicial y Árbitro. Docente ordinaria y Directora de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de UNC. Doctorando en Derecho en la Escuela de Posgrado de la UNC. savemanu@hotmail.com.

derecho y la efectividad de las resoluciones. De otro lado, respecto a las pretensiones relacionadas al derecho alimentario, el artículo 565-A del Código Procesal Civil, estipula que para plantear una demanda de Reducción, Exoneración, Variación o Prorratio de alimentos, debe acreditarse estar al día con el pago de la pensión de alimentos previamente fijada, de lo contrario se declarará inadmisibles la demanda, y ante la imposibilidad de subsanación, se la rechazará definitivamente. Atendiendo a ello, nos preguntamos si tal exigencia constituye una vulneración al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, en su manifestación de acceso a la justicia.

Palabras Clave: Tutela Jurisdiccional, demanda, reducción, exoneración, prorratio, variación de alimentos.

Abstract: *The right to Effective Jurisdictional Protection involves four dimensions: access to justice, due process, a resolution based on law and the effectiveness of resolutions. On the other hand, with regard to the claims related to the right to food, Article 565-A of the Code of Civil Procedure, stipulates that in order to file a demand for Reduction, Exoneration, Variation or Proration of food, it must be accredited to be up to date with the payment of the a food pension previously fixed, otherwise the claim will be declared inadmissible, and in case of impossibility of cure, it will be rejected definitively. In view of this, we ask whether such a requirement constitutes an infringement of the right to effective judicial protection, in its manifestation of access to justice.*

Key words: *Jurisdictional protection, demand, reduction, exemption, apportionment, variation of food.*

I. Introducción

Las pretensiones relacionadas con el derecho alimentario resultan ser las más comunes y aparentemente sencillas en la materia procesal, así podemos notar que los Juzgados de Paz Letrado están abarrotados de casos de alimentos, que derivan en pretensiones conexas como las de reducción, variación, exoneración prorratio de alimentos, que se interponen ante la necesidad de modificar el alcance de la sentencia emitida en ese proceso inicial, debido al cambio de circunstancias de hecho; generando que el obligado alimentario acuda nuevamente al órgano jurisdiccional. Dicha demanda, a diferencia de otras pretensiones, deberá cumplir con un requisito especial exigido por el art. 565 - A del Código

Procesal Civil que es el de acreditar estar al día en el pago de las pensiones alimenticias, de lo contrario se la rechazará, no pudiéndose dar inicio al proceso en tanto no se cumpla con tal requisito, por lo que resulta una constante verificar que los Jueces de Paz Letrado rechazan las demandas interpuestas, impidiendo al obligado alimentario el acceso a la justicia. En este sentido, debe tenerse en cuenta que en el proceso originario de alimentos, el justiciable dispone de algunos mecanismos para hacer efectivo el pago de la pensión alimenticia, tales como: la remisión de copias a Fiscalía para la correspondiente denuncia por delito de Omisión de Asistencia Familiar o con las medidas cautelares pertinentes.

II. Regulación constitucional y legal

1.1 Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva en su dimensión de acceso a la justicia

La Constitución Política de 1993, en su artículo 139º inciso 3º, consagra como derecho fundamental de la persona humana y como un deber prioritario de la función jurisdiccional, la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, entendida como la prerrogativa del Estado por la cual éste mantiene la actividad judicial de resolver conflictos de intereses con relevancia jurídica, ante la prohibición de la justicia por acción directa o auto tutela.

El Código Procesal Civil, en el artículo I del Título Preliminar, regula la Tutela Jurisdiccional Efectiva, señalando:

“Artículo I.- Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.- Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso”.

Se define a la Tutela Jurisdiccional efectiva como “[...] aquel derecho por el cual toda persona, como integrante de una sociedad, puede acceder a los órganos jurisdiccionales para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a que sea atendida a través de un proceso que le ofrezca las garantías mínimas para su efectiva realización. [...]” (Martel Chang, 2016, p. 20).

2.2. Requisito especial de admisibilidad de la demanda de reducción, variación, exoneración y prorrateo de alimentos

El artículo 565 - A ⁽⁶⁷⁾ del C.P.C. establece como requisito especial de la demanda respecto a estas pretensiones, el estar al día en el pago de la pensión alimenticia; ello implica en el plano práctico que el demandante deberá acompañar a su demanda una certificación del juzgado que acredite tal situación, o en todo caso la copia de su última boleta de pago de la que pueda verificarse el descuento que se le viene efectuando; si no lo hiciera, el Juez, declarará inadmisibile la demanda otorgándole un plazo de 03 días para su subsanación, cumplido el mismo, sin que se haya subsanado, rechazará liminarmente la demanda.

Este requisito especial, se ha convertido en un verdadero obstáculo material, para que el obligado alimentario pueda tener acceso al órgano jurisdiccional, requisito, que en muchos de los casos resulta materialmente imposible de cumplir, pues justamente el demandante lo que pretende al plantear alguna de estas pretensiones de Reducción, Exoneración, Variación y Prorrateo de Alimentos es modificar el monto de la pensión o extinguirla, por no contar con posibilidades económicas debido a causas diversas: ínfimos o nulos ingresos, pérdida de trabajo, incapacidad sobreviniente, etc.; circunstancias que le impiden cumplir oportunamente con la pensión alimenticia que se le ha fijado.

⁽⁶⁷⁾ Art. 565 – A: “Es requisito para la admisión de la demanda de reducción, variación, prorrateo o exoneración de pensión alimentaria que el demandante obligado a la prestación de alimentos acredite encontrarse al día en el pago de la pensión alimentaria”. Cabe precisar que respecto a los antecedentes que precedieron la modificación de este artículo el 23-12-2009, destaca una razón fundamental que justifica la postura favorable respecto a esta disposición normativa, expuesta por la Comisión encargada de la elaboración de la propuesta legislativa, esto es, “en caso de liquidación de pensiones devengadas a donde se orienta la iniciativa legislativa, la mayoría de veces el obligado a prestar los alimentos no cumple con pagar siquiera el 5% del monto devengado, sin embargo, tiene las puertas abiertas para demandar la reducción, variación, prorrateo, exoneración o extinción de la pensión alimentaria, valiéndose en muchos casos de argucias legales”. Incluso de la revisión de dicho documento, puede advertirse que la propuesta surge inicialmente para ser aplicada en casos en los que estén inmersos derechos de menores alimentistas, para luego extenderse “sin fundamento alguno” a supuestos de otros acreedores alimentarios como el cónyuge.

Debe tenerse en cuenta que los requisitos de la demanda, son considerados como uno de los presupuestos procesales de forma de la demanda, necesarios para la existencia de una relación jurídico procesal válida; queremos decir que se trata de aspectos formales importantes para asegurar la validez de la relación jurídico procesal, sin embargo, en el caso que nos ocupa no creemos que ésta sea la función, ni mucho menos que exista la justificación para su exigencia, máxime si el pago de la pensión alimenticia a la que se refiere el artículo, debe efectivizarse en el proceso primigenio de alimentos.

III. Criterios judiciales adoptados sobre el tema

3.1. Conclusiones del Pleno Jurisdiccional Distrital de Familia Corte Superior de Justicia de Lima - 2011

En este pleno se discutió específicamente si en los procesos de Exoneración o Reducción de Alimentos: ¿Puede admitirse una demanda sobre exoneración o reducción de alimentos no obstante lo dispuesto por el artículo 565 – A del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N° 29486, cuando el obligado alimentario se ha visto imposibilitado de cumplir el pago de las pensiones alimenticias? Existieron al respecto dos ponencias: La que sostenía que SI procede, amparándose en el derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva y la Segunda Ponencia que indicaba que NO procede conforme a lo dispuesto en la Ley 29486. Por mayoría se adoptó la primera ponencia, con el siguiente fundamento:

“El requisito previsto por el artículo 565 – A del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N° 29486, debe ser entendido como un requisito de admisibilidad, sobre cuyo cumplimiento el demandante deberá pronunciarse en los actos postulatorios. Sin embargo, en atención al derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva a que se refiere el numeral 3) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil, y teniéndose presente que los casos de Familia deben ser analizados como problemas humanos, el Juez podrá admitir la

demanda a fin de debatir la existencia de fundamentos razonables en lo expuesto resolviendo lo pertinente en la sentencia”⁽⁶⁸⁾.

Como se advierte, la conclusión a la que se arribó, se inclina por la necesidad de admitir la demanda y que sea el Juez, ya al interior del proceso, quien luego de conocer la posición de ambas partes, resuelva de acuerdo a derecho; pero lo mínimo que debería asegurarse al justiciable es la posibilidad de entrar por la puerta del proceso, lo contrario, implica un trato vulneratorio de un derecho constitucionalmente reconocido.

3.2. Conclusiones del Pleno Jurisdiccional Distrital de los Juzgados de Paz Letrado de la Corte Superior de Justicia de Lima - 2011⁽⁶⁹⁾

En este pleno en el Tema N° 4 referido a Problemáticas de Temas de Familia ante los Juzgados de Paz Letrado. Implicancias Constitucionales de la Ley 29486, se formuló específicamente la siguiente pregunta ¿Es constitucional la exigencia del requisito de admisibilidad previsto en el artículo 565 del Código Procesal Civil para iniciar un proceso de reducción, variación, prorrateo o exoneración de pensión alimenticia? Al respecto existieron dos ponencias, la primera, que indicaba que sí es constitucional, en tanto tal medida constituye un desarrollo del segundo párrafo del artículo 6 de la Constitución que prevé que es deber de los padres alimentar a los hijos, principio que encuentra justificación en los principios de interés superior del niño, integridad y la dignidad de la persona humana. Y la segunda ponencia que optaba por afirmar la inconstitucionalidad, por cuanto constituye una restricción desproporcional al derecho –principio de tutela jurisdiccional efectiva–, en específico el derecho de acceso a la justicia reconocido por tratados internacionales. Luego del debate surgió una tercera posición, la cual sustentaba:

“Que no es inconstitucional, y que debería agregarse a la norma, que en casos en que se haga imposible presentar el requisito de

⁽⁶⁸⁾ Pleno Jurisdiccional Distrital Judicial de Familia . Corte Superior de Justicia de Lima, 02 de setiembre del 2011.

⁽⁶⁹⁾ Pleno Jurisdiccional Distrital de los Juzgados de Paz Letrado de la Corte Superior de Justicia de Lima, 27 de diciembre del 2011.

admisibilidad, de estar al día en el pago de las pensiones alimenticias, se permita al Juez admitir la demanda al amparo de los principios de razonabilidad y proporcionalidad y de los derechos de acción y tutela jurisdiccional efectiva”; fue ésta la posición adoptada por mayoría”.

Conforme puede advertirse, si bien, se descarta la inconstitucionalidad de la norma, pues estaría justificada en atención a garantizar el interés superior del niño, se admite la necesidad de modificar la misma, a efectos de permitir que en aquellos casos en los que es imposible cumplir con el requisito, el juez pueda admitir la demanda, en atención a los principios de razonabilidad, proporcionalidad y protección de tutela. Entendemos ello a fin de evitar finalmente la vulneración de la misma. Véase que se descarta la inconstitucionalidad solo en los casos en que estén inmersos menores, pero, atendiendo a que el proceso de alimentos considera supuestos en los que los acreedores alimentarios no son menores de edad, por ejemplo en los casos de alimentos de hijo a padre, entre cónyuges, entre hermanos, nos preguntamos si allí también estaría justificada esta exigencia, o es que realmente, así diseñada resulta una restricción desproporcional e injustificada al Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva.

3.3. Resolución emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República

Con fecha 12 de abril del año 2012, ante una consulta respecto a una resolución de vista de fecha 07-10-2011, emitida por el Juzgado de Familia del Módulo de Justicia de Hunter en el extremo que declara inaplicable al caso el artículo 565-A del C.P.C., en el proceso de reducción de alimentos, la Sala Suprema mediante Auto de Consulta⁽⁷⁰⁾ des-

⁽⁷⁰⁾ “ [...] Que, para ello necesariamente deberá recurrirse al test de proporcionalidad, que importa tres sub-principios o elementos: “1. *Sub principio de idoneidad o de adecuación*. De acuerdo con este, toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea o capaz para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. En otros términos, este sub principio supone dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo; y segundo, la idoneidad de la medida utilizada. 2. *Sub principio de necesidad*: Significa que para una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro

medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Se trata de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles y en la cual se analiza, por un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y por otro, su mejor grado de intervención en el derecho fundamental. 3. *Principio de proporcionalidad strictu sensu*. Según el cual, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de intervención debe ser por lo menos equivalente o proporcionan al grado de afectación del derecho fundamental. Se trata, por tanto de la comparación de dos intensidades o grados: la realización del fin de la medida examinada y la afectación del Derecho Fundamental (STC 0048-2004-PI/TC, fundamento 65). **SETIMO:** Que la disposición analizada satisface el examen de idoneidad pues: a) el *objetivo* de la disposición que exige la acreditación del pago de las pensiones alimenticias para admitir una demanda de reducción de éstas, es impedir que el obligado alimentista que incumpla con el pago de la pensión alimenticia pueda interponer una demanda a fin de que le reduzca el monto de dicha pensión, evitando así supuestos que afecten los derechos a la salud y a la vida del alimentista, a los cuales aluden los artículo 7 y 2, inciso 1 de la Constitución Política del Estado; b) La acreditación del cumplimiento del pago de los alimentos para admitir una demanda que pretende su reducción es adecuada o conducente al *objetivo* del artículo 565-A cuestionado, pues el objetivo de impedir que el obligado alimentista pueda interponer una demanda de reducción de alimentos sin satisfacer el pago de éstos, puede lograrse a través de una exigencia legal que condicione la admisibilidad de la demanda a la presentación de un medio probatorio que acredite el cumplimiento de la obligación alimentaria por parte del obligado a ésta. **OCTAVO:** Que, la norma inaplicada también satisface el segundo elemento del test de proporcionalidad, esto es, el examen de necesidad, que en el presente caso implica examinar si frente a la medida adoptada por el legislador...no existían medidas alternativas aptas para impedir que el obligado alimentista que incumpla con el pago de la pensión alimenticia pueda interponer una demanda a fin de que se le reduzca el monto de dicha pensión y evitar con ello la afectación de los derechos a la salud y a la vida del alimentista. **NOVENO:** Que, en efecto, la medida estatal adoptada resulta necesaria para alcanzar el objetivo que pretende, pues este no pudo haber sido conseguido mediante otras medidas igualmente idóneas, pero menos restrictiva del derecho de acceso al justicia, pues si bien es cierto que, como señala la resolución consultada, en el proceso de alimentos donde se fijó la pensión alimenticia (que el actor hoy pretende que se reduzca) existen mecanismos propios para lograr el pago de dicha pensión, también lo es que no se puede dejar de efectuar exigencias procesales que imposibiliten que el proceso donde se pretende la reducción de tal pensión sea utilizado por la parte obligada a su pago con la intención de distorsionar su efectivo cumplimiento, y, en tal virtud, resulta constitucional en caso de duda sobre el cumplimiento de las pensiones alimenticias, los jueces que conozcan las demandas que pretendan su reducción deben optar por rechazarlas. **DECIMO:** Que, por otro lado, la norma analizada también satisface el examen de ponderación (o proporcionalidad en sentido estricto), por cuanto en el presente caso, la intensidad de la intervención en el derecho de acceso a la justicia es *grave*, mientras que el grado de optimización o realización del fin constitucional (derecho a la vida y a la salud del alimentista) es *elevado*; y si ello podría indicar que la medida estatal examinada se encuentra justificada, dada la naturaleza del presente caso, en el que están involucrados los derechos fundamentales de una alimentista, entonces el aparente empate existente debe ser resuelto a favor de los

aprobó la resolución elevada en consulta, ordenando que se proceda a calificar nuevamente la demanda; decisión que se adoptó en atención a haber superado el test de proporcionalidad: necesidad, idoneidad y propiamente proporcionalidad.

Al respecto consideramos que para realizar el test de ponderación⁽⁷¹⁾, debería tenerse como punto de partida, el identificar la razón subyacente del artículo 565-A, la que obedece a asegurar el pago de las pensiones alimenticias establecidas en el proceso de alimentos, pues, lo que finalmente se busca es que el obligado esté al día en el pago de la pensión alimenticia y con ello garantizar el derecho a la vida del alimentista. El *primer paso* está centrado en el análisis respecto a la *finalidad* de la medida, que a decir de Prieto Sanchís implica que la medida enjuiciada presente un fin constitucionalmente legítimo como fundamento de la interferencia en la esfera de otro principio o derecho (2002, p. 107), consideramos que si con esta norma se pretende garantizar el derecho a la vida del alimentista, el fin es *constitucionalmente legítimo*. El *segundo paso* consiste en acreditar la adecuación, aptitud o *idoneidad* de la medida objeto de enjuiciamiento en orden a la consecución de la finalidad expresada; ello implica valorar si impidiendo al obligado el acceso a la justicia, al exigirle un requisito adicional, se lo constreñiría a estar al día en el pago de los alimentos; visto desde este modo, la respuesta es afirmativa. El *tercer paso*, importa que la intervención lesiva para un derecho o principio constitucional sea *necesaria*, es decir, ha de acreditarse que no existe otra medida que obteniendo en términos semejantes la finalidad perseguida, no resulte menos gravosa o restrictiva, Prieto Sanchís (2002, p. 108). Así, para el caso que nos ocupa habría que valorar si no existe otra medida mediante la cual se pueda garantizar el cumplimiento de la pensión alimenticia, que sea menos limitativa al derecho de acceso a la justicia que la que establece el artículo 565-A;

derechos de ésta, corroborándose la constitucionalidad de la exigencia establecida en el artículo 565-A del Código Procesal Civil al cautelar tales derechos [...]”.

(71) El autor Bernal Pulido precisa que la ponderación es entonces la actividad consistente en sopesar dos principios que entran en colisión en un caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas, y, por tanto cuál de ellos determina la solución para el caso. (2005, p.97).

y allí sí estamos convencidos que ya existen otras medidas contempladas por el Código Procesal Civil que resultan menos limitativas y que contribuyen a garantizar el cumplimiento de la obligación alimentaria y por ende el derecho a la vida del alimentista: la remisión de copias al Ministerio Público para la formulación de denuncia por delito de Omisión de Asistencia Familiar, la interposición de medidas cautelares y la inscripción en el Registro de Deudores Morosos Alimentarios. El cuarto paso, involucra el juicio de proporcionalidad propiamente dicho, así se deberá analizar la intensidad de la intervención en el derecho de acceso a la justicia, que es grave, en comparación con el grado de optimización del fin constitucional, en este caso el derecho a la vida del alimentista, que es alto; existiendo aquí un equilibrio. Sin embargo, existen otros mecanismos menos lesivos para optimizar este derecho; por tanto, no acreditándose que la intervención lesiva al derecho **sea necesaria**, la norma así dispuesta resulta extralimitada, desproporcional y por ende inconstitucional.

3.4. Resoluciones emitidas en Juzgados de Paz Letrado de Cajamarca

Siendo un requisito de admisibilidad, lo usual y esperado, al presentar una demanda sin el cumplimiento de este requisito, es que la misma sea declarada inadmisibile y finalmente rechazada y archivada, ante la imposibilidad de cumplir con el requisito de admisibilidad; para muestra mostramos a continuación lo dispuesto en los siguientes expedientes:

EXP. N°	MATERIA	FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN(*)
2013-314 (Sexto Juzgado de Paz Letrado)	Reducción de alimentos	(...)Revisados los anexos adjuntos se constata que el demandante no ha presentado la certificación realizada por el secretario del proceso de alimentos, a efectos de acreditar que se encuentra al día en el pago de las pensiones alimenticias que hoy pretende sean reducidas; por lo que siendo ello así, y en mérito a lo establecido en el inciso 1) y 2) del artículo 426° del Código Procesal Civil, se le debe otorgar un plazo prudencial a efectos de que cumpla con subsanar tal omisión,

(*) Estos fundamentos han sido textualmente extraídos de las resoluciones de calificación de demanda emitidas en los Expedientes que se indican, y su contenido completo puede ser visualizado a través de la página web del Poder Judicial. (<https://www.pj.gob.pe/>).

		resolviéndose DECLARAR INADMISIBLE la demanda interpuesta, en consecuencia, CONCÉDASE al demandante el plazo de <u>tres días</u> para que subsane las omisión advertida en la presente resolución, con tal fin presente: 1) certificación de estar al día en el pago de las pensiones alimenticias que pretende sean reducidas; bajo apercibimiento de rechazar su demanda y ordenarse su archivo definitivo en caso de incumplimiento (...).
2014-1509 (Sexto Juzgado de Paz Letrado)	Reducción de alimentos	(...)Que, estando a la transcripción efectuada, <u>y en el entendido de que encontrarse al día en el pago de la pensión alimentaria implica no tener deuda alguna por este concepto</u> , es menester precisar que la demanda del visto no se encuentra aparejada del instrumento a que alude el acotado dispositivo, pues únicamente presenta un depósito por la suma de siete mil quinientos, sin embargo no hay certeza de que se encuentre al día en el pago de la pensión alimenticia; Que, así las cosas, conviene expresar que es la CERTIFICACIÓN SECRETARIAL u otro documento idóneo y útil la que acredite fehaciente e idóneamente el hecho indicado en el dispositivo transcrito; de ahí que, <u>no habiéndose adjuntado a la demanda tal certificación</u> , se incurrió en omisión subsanable y, por lo mismo, en inadmisibilidad del postulatorio; Que, el artículo 426 del acotado Código Adjetivo Civil, en su inciso 1, prescribe que <u>"El Juez declarará inadmisibile la demanda cuando: 1. No tenga los requisitos legales..."</u> y, en su parte final, que <u>"...el Juez ordenará al demandante subsane la omisión o defecto en un plazo no mayor de diez días. Si el demandante no cumpliera con lo ordenado, el juez rechazará la demanda y ordenará el archivo del expediente"</u> ; ergo, estando a todo lo anteriormente glosado, como no puede ser de otra manera, es que debe procederse siguiéndose las pautas legalmente establecidas. Por estos fundamentos, el Juez que al final suscribe, con la autoridad que le confiere el artículo 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, RESUELVE: <u>DECLARAR INADMISIBLE LA DEMANDA DEL VISTO</u> ; consecuentemente, CONCÉDASE al demandante el PLAZO PERENTORIO E IMPRORROGABLE DE CINCO DÍAS a fin de que SUBSANE la omisión advertida <u>BAJO APERCIBIMIENTO EXPRESO [en caso de no subsanación oportuna]</u> de RECHAZARSE y ARCHIVARSE LA DEMANDA (...).
1264-2017 (Segundo Juzgado de Paz Letrado)	Variación de Alimentos	(...)Revisados los anexos adjuntos se constata que el demandante no ha presentado ninguna boleta de pago donde se evidencie el descuento respectivo por alimentos, tampoco ha presentado la constancia certificada de no adeudo hecha por la secretaria de la causa, que acredite que se encuentra al

	<p>día en el pago de las pensiones; es por ello que se precisa que el demandante deberá presentar la documental idónea con la que acredite que se encuentra al día en el pago de la pensión de alimentos. El demandante, tal como lo indica en el numeral tres (03) de sus medios probatorios, indica que presenta el escrito de fecha 28 de junio del presente año, presentado dentro del proceso N° 540-2012, documental con la cual acredita la cancelación de las pensiones alimenticias hasta el mes de abril del año en curso, por lo que se encuentra al día en la pensión alimenticia; sin embargo, dicha documental y demás adjuntadas a su demanda, no crea convicción en el Juzgador, ni acredita que el ahora demandante Joel Salazar Yzquierdo se encuentre al día en el pago de la pensión alimentaria al momento que interpuso su demanda de variación de la forma de prestar alimentos. QUINTO.- Habiendo incurrido, la demanda de variación de la forma de prestar alimentos, en causal de inadmisibilidad es menester conceder al actor un plazo prudencial a efectos que cumpla con subsanar las omisiones advertidas [acredite encontrarse al día en el pago de la pensión de alimentos a la interposición de la demanda], bajo apercibimiento en caso de omisión de rechazarse su demanda y ordenarse el archivo correspondiente, de conformidad a lo expuesto en la parte final del artículo 426° del Código Procesal Civil. Por tales consideraciones y normas glosadas; SE RESUELVE: DECLARAR INADMISIBLE la demanda interpuesta por JOEL SALAZAR YZQUIERDO sobre variación de la forma de prestar alimentos; en consecuencia, CONCÉDASE al demandante el plazo de tres días para que subsane la omisión advertida en el considerando cuarto de la presente resolución, bajo apercibimiento de rechazar su demanda y ordenarse su archivo definitivo en caso de incumplimiento. NOTIFICÁNDOSE, a quien corresponda, y con las formalidades de ley.(...).</p>
--	--

Como se advierte en las tres resoluciones antes citadas, los Magistrados dispusieron declarar inadmisibile la demanda, y el otorgamiento de un plazo; como era de esperarse, en ninguno de los casos se cumplió con subsanar las omisiones advertidas y todas las demandas fueron rechazadas y archivadas; incluso el último caso resulta mucho más grave y rígido, pues únicamente le faltaban cancelar dos meses, ya que presentó la certificación de no adeudo hasta el mes de abril; sin embargo, el juez, atendiendo a la fecha de interposición de la demanda, le requirió que sea hasta junio; impidiéndole acceso a tutela jurisdiccional efectiva.

Insistimos, en que la razón para que se demande estas pretensiones obedece a situaciones objetivas que han generado el cambio del estado de las cosas respecto a las posibilidades económicas del demandante que lo imposibilitan cumplir con su obligación primigenia y necesita variar, reducir, exonerar la pensión; circunstancias que deberían por lo menos ser evaluadas por el juez en cada caso, garantizándose mínimamente el acceso a la justicia; ya que en cuanto a las pensiones devengadas, ellas están garantizadas en el proceso originario de alimentos.

IV. Análisis y discusión

Desarrolladas las instituciones jurídicas inmersas en el tema, y atendiendo a las diferentes posiciones en favor y en contra de la exigencia de este requisito, resulta fundamental ahora respondernos a la pregunta de si ¿exigir el requisito de admisibilidad contemplado en el artículo 565 – A del C.P.C. constituye una vulneración al derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva en su dimensión de acceso a la Justicia?, situación que respondemos afirmativamente por lo siguiente:

- La norma cuestionada, coloca a todos los acreedores alimentarios en igual situación, sin considerar que los antecedentes para la modificación de esta norma, se basan en supuestos en que el acreedor alimentario es un menor de edad, y que por tanto habría que proteger su interés superior. Sin embargo, se extendió de manera injustificada a todo tipo de acreedor alimentario: cónyuges, padres, hermanos.
- No se cumple con el respeto y garantía de un derecho fundamental como es la Tutela Jurisdiccional Efectiva, pues el impedir el acceso, imposibilita que el juez revise el fondo de la pretensión, y así pueda tomar decisiones más justas y adecuadas atendiendo a las circunstancias que rodean a cada proceso.
- Existen otros mecanismos procesales que ya garantizan la efectividad del cobro de la pensión alimenticia en el proceso primigenio, por lo que exigir este requisito de admisibilidad para el inicio de un nuevo proceso resulta una medida irrazonable y desproporcional.

V. Conclusiones

1. El exigir al demandante el estar al día en el pago de la pensión, para demandar la reducción, variación, exoneración prorrateo de alimentos reducción, se constituye en una extralimitación no justificada por parte del ordenamiento procesal.
2. Esta extralimitación no justificada trae como consecuencia la vulneración al Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva, en su dimensión de acceso a la justicia.
3. Existen otros mecanismos procesales que ya garantizan la efectividad del cobro de la pensión alimenticia en el proceso primigenio, tales como: la remisión de copias al Ministerio Público para la formulación de denuncia por delito de Omisión de Asistencia Familiar, la interposición de medidas cautelares y la inscripción en el Registro de Deudores Morosos Alimentarios.
4. El prescindir de este requisito, en la medida que el Juez pueda admitir una demanda sin exigirlo, resulta lo más adecuado y se condice con el contenido de la Tutela y con el fin último del derecho que es alcanzar paz social en justicia, permitiendo resolver un grave problema social y garantizando igualdad de oportunidades a los justiciables para acceder a la administración de justicia.

VI. Lista de referencias

- BERNAL PULIDO, Carlos. (2005). El Derecho de los derechos. Bogotá: Editorial Marcial Pons.
- MARTEL CHANG, Rolando Alfonso. (2016). Los presupuestos procesales en el proceso civil. Lima: Instituto Pacífico.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. (2014). Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Madrid: Editorial Trotta.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. (2002). Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación. En: *Diritti&questioni pubbliche* – N° 2, 2002, pp. 97-114. www.dirittoquestionipubbliche.org/page/2002_n2/D_Q-2_Prieto.pdf

Derecho Penal y Procesal Penal



**Diferencias entre los delitos de trata de personas y tráfico ilícito de migrantes.
Criterios que permitan la adecuada delimitación y aplicación de ambos tipos penales**

**Differences between the crimes of trafficking in persons and illicit trafficking of migrants.
Criteria that allow the proper delimitation and implementation of both criminal**

ROJAS MONTOYA, Nakin Cristian(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. El delito de trata de personas. III. El delito de tráfico ilícito de migrantes. IV. Diferencias entre la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes. V. Relación entre el delito de trata de personas y el delito de tráfico ilícito de migrantes. VI. Conclusiones. VII. Lista de referencias.

Resumen: En el presente artículo se desarrollarán las diferencias y semejanzas que existen entre los delitos de trata de personas y tráfico de migrantes, los cuales tienen características en común, como

(*) Abogado por la Universidad Nacional de Cajamarca, con estudios de Maestría en Ciencias Penales en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca.

la similitud de algunos de los verbos rectores que lo configuran, la trascendencia internacional con que ambos delitos cuentan, su comisión por organizaciones criminales o los *modus operandis* semejantes, en que incurren los autores de dichos ilícitos. A pesar de ello, existen también diferencias útiles, para proceder a determinar si nos encontramos ante uno u otro delito. Las diferencias entre los delitos de trata y tráfico de migrantes giran en torno al bien jurídico protegido, el consentimiento de la víctima, a la duración de la explotación, a sus efectos, a la importancia del dinero y a los riesgos para la salud y la vida de la víctima. Estas diferencias excluyentes generan que sólo uno de los tipos penales analizados será el llamado a subsumir la conducta cometida por el sujeto agente, sin que exista la posibilidad de un concurso aparente o ideal de ambos ilícitos penales.

Palabras Clave: Trata de personas, Tráfico ilícito de migrantes, transnacionalidad, explotación, excluyentes.

Abstract: *In this article the differences and similarities that exist between the crimes of trafficking in persons and trafficking in migrants will be developed, which have common characteristics, such as similarity in the guiding verbs that shape it (promotes, favors, finances or facilitates the Exit or entry of the country), the international importance of both crimes, the commission of the same by criminal organizations or by similar operative means, which criminal agents incur in their commission. In spite of this, there are also useful differences in order to determine whether we are facing one or the other offense. The differences between trafficking offenses and migrant smuggling are based on the protected legal right, the consent of the victim, the duration of the Exploitation, its effects, To the importance of money and to the risks to the health and life of the victim. These dogmatic differences make their configuration exclusive; That is to say only one of the two criminal types will be called to subsume the conduct committed by the agent subject, without there being the possibility of an apparent or ideal contest of both criminal offenses.*

Key Words: *Trafficking in persons, Illegal trafficking in migrants, transnationality, exploitation, exclusionary.*

I. Introducción

El presente artículo plasmará en sus páginas un desarrollo interpretativo de las disposiciones legales, correspondientes a los delitos de

trata de personas y tráfico de migrantes, estableciendo las semejanzas y diferencias existentes entre ambos ilícitos penales, con el fin de delimitar y subsumir, de manera correcta, las conductas que encuadren en cada uno de los mismos, las cuales, a pesar de sus similitudes fenomenológicas, encuentran en su regulación legal matices que generan una relación excluyente en la aplicación de ambos tipos penales. Para ello, en un primer momento, analizaremos, de manera separada, los delitos de trata de personas y tráfico de migrantes; para después focalizarnos en la relación existente entre ambos ilícitos.

II. El delito de trata de personas

El delito de trata de personas, o también llamado trata de blancas o esclavitud moderna, es uno de los crímenes más reprochables en nuestro país y en toda la comunidad internacional, a tal punto de haber sido considerado un delito de lesa humanidad⁽⁷²⁾. Tal desvalor jurídico se debe a la gran afectación en la dignidad del sujeto pasivo, al cual se lo animaliza e instrumentaliza, a tal punto de desconocer su humanidad misma, además de los fines que persigue el agente, quien busca utilizar como mercadería al ser humano para obtener un beneficio personal. Dicho delito es frecuente en países como el nuestro, el cual, por distintos factores sociales y políticos, vuelve más fácil su comisión. Al respecto el profesor Peña Cabrera apunta lo siguiente:

Países pobres como el Perú, constituye un caldo de cultivo imaginable para la perpetración de este tipo de conductas, en la medida que

⁽⁷²⁾ El artículo 7º del Estatuto de Roma regula lo siguiente: "A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: (...) c) Esclavitud (...)".

La profesora argentina Laura Casola, sobre el artículo 7º del Estatuto de Roma, señala que "(...) se puede concluir que la trata de personas es un crimen de derecho internacional (delito de lesa humanidad) cuya comisión implica la violación de una norma de ius cogens, que abre la competencia de la CPI, rigiendo el principio de complementariedad para los supuestos de omisión de actuación estatal. (...) los elementos típicos de la trata se corresponden con la definición de crímenes de lesa humanidad contenida en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (Casola, 2011, pp. 7;15)

mucha parte de la población, a fin de poder satisfacer sus necesidades más elementales, cae fácilmente bajo las redes de estas organizaciones criminales. Los niños más pobres se encuentran totalmente desamparados, en la calle, por lo que son presas fáciles de estos individuos inescrupulosos. En la actualidad la mitad de la población peruana se encuentra dentro de lo que se llama pobreza crítica- doce millones de personas- incluyéndose a los de pobreza extrema que constituye un contingente numeroso. Mientras el Estado no incida en medidas político-sociales, en realidad efectivas, para reducir los márgenes de pobreza, la tarea que pueda desempeñar el Derecho penal, será lamentablemente mínima (Peña, 2011, p. 484)

El Protocolo para Prevenir, Suprimir y Castigar la Trata de Personas, especialmente de Mujeres y Niños, del año 2000, Protocolo de Palermo contra la Trata de Personas, en su artículo 3 inciso “a”, define la trata como:

La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.

Teniendo como base a la definición formulada en el Protocolo de Palermo nuestro Código Penal, en su artículo 153º, modificado por el artículo 1º de la ley Nro. 28950, reguló este delito de la siguiente manera:

“El que promueve, favorece, financia o facilita la captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de otro, en el territorio de la República o para su salida o entrada del país, recurriendo a: la violencia, la amenaza u otras formas de coacción, la privación de libertad, el fraude, el engaño, el abuso del poder o de una situación de vulnerabilidad, o la concesión o recepción de pagos o beneficios, con fines de explotación, venta de niños, para que ejerza la prostitución, someterlo a esclavitud sexual u

otras formas de explotación sexual, obligarlo a mendigar, a realizar trabajos o servicios forzados, a la servidumbre, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud u otras formas de explotación laboral, o extracción o tráfico de órganos o tejidos humanos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años.

La captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de niño, niña o adolescente con fines de explotación se considerará trata de personas incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios señalados en el párrafo anterior.

Posteriormente, dicho articulado fue nuevamente modificado, por el artículo único de la Ley Nro. 30251, publicada el 21 de octubre del 2014, ello con el fin de otorgarle mayor orden y sistematicidad a la tipificación de este delito tan complejo, regulando a la trata de personas de la siguiente manera:

1. El que mediante violencia, amenaza u otras formas de coacción, privación de la libertad, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o de cualquier beneficio, capta, transporta, traslada, acoge, recibe o retiene a otro, en el territorio de la República o para su salida o entrada del país con fines de explotación, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años.
2. Para efectos del inciso 1, los fines de explotación de la trata de personas comprende, entre otros, la venta de niños, niñas o adolescentes, la prostitución y cualquier forma de explotación sexual, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, cualquier forma de explotación laboral, la mendicidad, los trabajos o servicios forzados, la servidumbre, la extracción o tráfico de órganos o tejidos somáticos o sus componentes humanos, así como cualquier otra forma análoga de explotación
3. La captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de niño, niña o adolescente con fines de explotación se considera trata de personas incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios previstos en el inciso 1.

4. El consentimiento dado por la víctima mayor de edad a cualquier forma de explotación carece de efectos jurídicos cuando el agente haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en el inciso 1.
5. El agente que promueve, favorece, financia o facilita la comisión del delito de trata de personas, es reprimido con la misma pena prevista para el autor.

Como se puede apreciar, con dicha disposición legal, la regulación nacional del delito de trata de personas se ciñó, de una manera más precisa, a la definición establecida en el Protocolo de Palermo⁽⁷³⁾, estableciendo una serie de cambios respecto a la regulación anterior. Así, en primer lugar, se modificó la sistemática de los verbos rectores, de tal manera que se dejó de lado la fórmula de regular el favorecer, promover, facilitar, financiar la captación, transporte, traslado, acogida ,etc, por una regulación directa de estas segundas conductas, de modo que los verbos rectores sean el captar, transportar, trasladar, acoger, lo que permitirá criminalizar los actos de las personas que intervienen directamente en la trata de personas, realizando la conducta típica del autor directo; soslayando *prima facie* las conductas del promotor, facilitador, financista de dichas actividades, cuyos actos se subsumían en la conducta típica del instigador. No obstante, el mismo artículo, en su inciso 5, señala que el promotor, facilitador o financista responderá con la misma pena del autor, fórmula que se repite en muchos otros delitos complejos o de criminalidad organizada, que tienen como fin castigar tanto al autor directo, como al hombre de atrás.

⁽⁷³⁾ “No cabe duda que, a través de este cambio legislativo, se busca reforzar las herramientas legales para la actuación de los operadores de justicia en los casos de trata de personas, brindándoles los medios normativos necesarios para poder cumplir cabalmente con la persecución de lo que hoy en día se conoce como la esclavitud del siglo XXI. Además, el nuevo texto legal se adecúa a lo dispuesto por el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, respecto del cual el Estado peruano posee un deber de implementación acorde al artículo quinto de dicho tratado internacional. En ese sentido, se cumple con eliminar la figura del consentimiento en la trata de menores de edad y limitar su alcance en el caso de las víctimas mayores de edad; se amplía el estándar mínimo establecido por el Protocolo en relación con las formas de explotación a las cuales puede ser sometida una víctimas de trata de personas y se brinda un primer paso en la tipificación delictual diferenciada para los casos de agentes que dirigen organizaciones criminales dedicadas a la trata de personas. Falta, no obstante, un largo camino por recorrer.” (Marinelli, 2014, Portal web IDEHPUCP)

Asimismo se establece, de manera expresa, que el consentimiento de la víctima mayor de edad no tendrá relevancia jurídica alguna, para atenuar o eximir de responsabilidad penal al agente que, en comisión de dichos delitos, haya procedido a utilizar algún *modus operandi* de los regulados en dicho delito; y por último, se ha creado un sistema de *numerus apertus*, referente a lo que se debe entender por el elemento subjetivo del tipo “fines de explotación”, al momento que se agrega la fórmula “*así como cualquier otra forma análoga de explotación*”, permitiendo que otras finalidades que no se encuentren taxativamente señaladas en el tipo penal, pero que son semejantes a la misma, sean también criminalizadas.

Ahora, de la descripción típica señalada, se puede vislumbrar que la dimensión del ámbito de protección de dicha norma es totalmente amplio, teniendo como fin el abarcamiento de cualquier conducta que forme parte del proceso de la trata de personas, que por su naturaleza implica el funcionamiento de una compleja red de personas, que dirigen su actividad hacia la promoción, favorecimiento, cooperación o financiamiento de la explotación laboral, económica o sexual de las víctimas, a tal punto de degradar su misma humanidad.

Como se puede apreciar, dicho ilícito penal regula tres grupos de elementos típicos, que tienen que ser analizados para comprender con cabalidad las conductas que pueden subsumirse en su descripción legal. Estos vienen a ser los *verbos rectores*, *los medios* y *las finalidades*, las cuales deben ser realizadas por el sujeto agente, para cometer el presente delito. En el siguiente cuadro se podrá apreciar cada una de ellas:

TRATA DE PERSONAS		
VERBOS RECTORES	MEDIOS	FINALIDAD (FINES DE EXPLOTACIÓN)
- Captar	- violencia.	- venta de niños, niñas o adolescentes.
- transportar	- amenaza u otras formas de coacción.	- la prostitución y cualquier forma de explotación sexual.
- trasladar	- la privación de libertad, el fraude.	- la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud.
- acoger	- el engaño.	- cualquier forma de explotación laboral.
- receptor	- el abuso del poder o de una situación de vulnerabilidad.	- la mendicidad, los trabajos o servicios forzados, la servidumbre.
- retener	- la concesión o recepción de pagos o beneficios	- la extracción o tráfico de órganos o tejidos somáticos o sus componentes humanos.
- promover, favorecer		- cualquier otra forma análoga
- financiar		
- facilitar		

III. El delito de tráfico ilícito de migrantes

El delito de Tráfico Ilícito de Migrantes es frecuentemente cometido por sujetos inescrupulosos, quienes se aprovechan de la búsqueda de un futuro mejor de aquellas personas, que no pueden acceder legalmente a un determinado país. Estos Sujetos agentes (llamados por algunos coyotes) cobran beneficios económicos o de cualquier otra índole, con el fin de servir de guías o transportistas para que los migrantes ilegales puedan cruzar las fronteras del estado al cual desean arribar.

A pesar que este delito lesiona el correcto funcionamiento del orden migratorio, su comisión implica un severo peligro a la salud y vida de los migrantes, quienes viajan en condiciones totalmente inhumanas con tal de llegar a su destino. “Los migrantes, objeto de tráfico ilícito, son vulnerables a la explotación y al abuso de su integridad y seguridad, pues se pueden asfixiar en el interior de los contenedores, perecer en el desierto o ahogarse en el mar mientras son conducidos por contrabandistas que lucran con un tráfico en el que los migrantes se convierten en mercancías.” (UNODC, 2014). Nuestro Código Penal, en su artículo 303º -A, tipifica este delito de la siguiente manera:

El que promueve, favorece, financia o facilita la entrada o salida ilegal del país de otra persona, con el fin de obtener directa o indirectamente, lucro o cualquier otro beneficio para sí o para tercero, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.

Como se puede apreciar en el tipo penal citado, el injusto del Tráfico Ilícito de Migrantes, o también llamado «contrabando de personas», radica en vulnerar el ordenamiento jurídico interno e internacional que regula la migración de un estado a otro.

Cuando hablamos de migración nos referimos al movimiento o desplazamiento geográfico de personas a través de una división política para establecer una nueva residencia permanente. Puede tratarse de migración internacional (migración entre países) y migración interna (migración dentro de un país). Por su parte, la migración ilegal es el cruce de fronteras de manera fraudulen-

ta. Aquella migración que se realiza de manera ilegal, ya sea por documentos fraudulentos o por cruce de fronteras sin la autorización correspondiente (Salas, 2009, p.3).

El delito de tráfico ilícito de migrantes puede darse de dos formas: el Tráfico de migrantes documental, que consiste en la creación de documentos fraudulentos que hagan incurrir en error a las autoridades estatales, para que se permita la entrada aparentemente regular a un determinado país, y el tráfico de migrantes, que se realiza mediante la guía o transporte por rutas peligrosas, que permitan evadir el control estatal, exponiendo la vida o salud de los migrantes a condiciones totalmente inhumanas. En ambas modalidades, el sujeto agente realiza un trato con el migrante, mediante el cual este último se compromete a pagar un beneficio económico a cambio de su transporte hacia otro país.

IV. Diferencias entre la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes

Si bien es cierto, ambos delitos tienen características en común, como por ejemplo que pueden ser cometidos por cualquier persona (delitos comunes) o la similitud en los verbos rectores que lo configuran (promueve, favorece, financia o facilita la salida o entrada del país); también es cierto que las conductas típicas, que conforman ambos delitos, presentan notables diferencias, en función al bien jurídico que cada uno de estos delitos busca proteger, sea la libertad de las personas (Trata de Personas) o el orden migratorio (Tráfico Ilícito de Migrantes). Asimismo, se debe tener en cuenta que debido a la trascendencia internacional, con que ambos delitos cuentan, a la comisión de los mismos por organizaciones criminales, o a los *modus operandis* semejantes, en los que incurren los agentes criminales, los mismos son usualmente confundidos, situaciones que generan problemas de delimitación e interpretación de ambos tipos penales. No obstante, a pesar de estas semejanzas fenomenológicas, existen palpables diferencias en ambas conductas delictivas. Al respecto, hemos elaborado el siguiente esquema, con el fin de esquematizar sus matices:

DELITO DIFERENCIAS	TRATA DE PERSONAS	TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES
BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	LIBERTAD	ORDEN MIGRATORIO
CONSENTIMIENTO	Las víctimas de Trata nunca han consentido su captura, traslado, etc.	Los migrantes consienten su tráfico. Es más, la mayoría de veces otorgan un beneficio económico al traficante.
EXPLOTACIÓN	La trata no termina con el transporte de las víctimas, sino que continúa con una constante explotación, con el fin de generar ganancias a su autor	El Tráfico termina cuando los migrantes son trasladados a su destino
TRANSNACIONALIDAD	No siempre es trasnacional, pues puede darse en el interior de un Estado.	Este delito es siempre trasnacional, al transportar personas de un país a otro, sin que éstos tengan los requisitos legales para ingresar al país destino.
IMPORTANCIA DEL DINERO	El dinero para el traslado no es un factor importante, sino someter a la persona a una deuda económica que la fuerce a ser explotada.	El dinero es un factor intrínseco del traslado.
RIESGOS PARA LA SALUD Y LA VIDA	Durante el traslado se minimizan los riesgos a la salud y a la vida, para tener a salvo a la persona que será objeto de explotación; pero a largo plazo el impacto físico y psicológico es más prolongado.	Durante el traslado hay mayores riesgos para la salud y la vida del migrante.

En efecto, la oficina de Drogas y Crimen de las Naciones Unidas (UNODC), señala las diferencias entre ambos ilícitos penales, publicándolo textualmente lo siguiente:

¿Cuál es la diferencia entre trata de personas y tráfico ilícito de migrantes?

Consentimiento: En el caso de tráfico ilícito de migrantes, que suele realizarse en condiciones peligrosas o degradantes, los migrantes consienten en ese tráfico. Las víctimas de la trata, por el contrario, nunca han consentido o, si lo hicieron inicialmente, ese consentimiento ha perdido todo su valor por la coacción, el engaño o el abuso de los traficantes.

Explotación: El tráfico ilícito termina con la llegada de los migrantes a su destino, en tanto que la trata implica la explotación persistente de las víctimas de alguna manera para generar ganancias ilegales para los traficantes. Desde un punto de vista práctico, las

víctimas de la trata también suelen resultar más gravemente afectadas y tener más necesidad de protección frente a una nueva victimización y otras formas de abuso que los migrantes clandestinos. **Transnacionalidad:** El tráfico ilícito es siempre transnacional, mientras que la trata puede no serlo. Ésta puede tener lugar independientemente de si las víctimas son trasladadas a otro Estado o sólo desplazadas de un lugar a otro dentro del mismo Estado.” (UNODC, 2016).

Es menester señalar que la regulación de ambos delitos en nuestro código penal, deviene de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, la cual contiene dos protocolos, cuyas definiciones originan la regulación legal de los tipos penales materia de análisis. Al respecto, hemos considerado conveniente citar las definiciones obrantes en los siguientes instrumentos internacionales:

- En primer lugar, como ya se ha señalado *supra*, el Protocolo de las Naciones Unidas para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, define a la trata de personas de la siguiente manera:

“(…) Por “trata de personas” se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos (...)”⁽⁷⁴⁾.

- En segundo lugar, el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, define al tráfico de migrantes de la manera siguiente:

⁽⁷⁴⁾ Artículo 3 del Protocolo de las Naciones Unidas para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños. 2004.

“(…) Para los fines del presente Protocolo: a) Por “tráfico ilícito de migrantes” se entenderá la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material; b) Por “entrada ilegal” se entenderá el paso de fronteras sin haber cumplido los requisitos necesarios para entrar legalmente en el Estado receptor; (…)”⁽⁷⁵⁾.

Como se puede ver, ambos instrumentos normativos internacionales, que han inspirado la regulación penal nacional, tanto del delito de trata de personas, como del delito de tráfico de migrantes, muestran también las claras diferencias que existen entre ambos delitos, las cuales, reguladas en nuestra legislación nacional, permitirán delimitar y determinar si nos encontramos ante una u otra conducta criminal.

V. Relación entre el delito de trata de personas y el delito de tráfico ilícito de migrantes

A pesar de las diferencias señaladas líneas arriba, no podemos negar la dificultad práctica que existe, al determinar de manera exacta cuando nos encontramos ante un delito de trata de personas o de tráfico ilícito de migrantes. Las razones de dicha dificultad han sido descritas por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, la cual en su Manual de investigación del delito de Trata de Personas, ha señalado expresamente lo siguiente:

Algunas personas objeto de trata pueden iniciar su viaje aceptando que se les introduzca ilegalmente en un país, pero descubren que se les engaña, coacciona o fuerza a una situación de explotación en una etapa posterior del proceso (por ejemplo, obligándolas a trabajar por un salario muy bajo para pagar el transporte).

Los traficantes suelen brindar a las posibles víctimas una “oportunidad” que responde más a la figura de tráfico ilícito. Se les solicita que paguen una comisión al igual que a las personas que son objeto de trá-

⁽⁷⁵⁾ Artículo 3 del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire. 2004

fico ilícito. Sin embargo, desde el principio, la intención del traficante es la explotación de la víctima. La “comisión” forma parte del fraude y el engaño y es una manera de obtener mayores ingresos.

El tráfico ilícito puede ser la intención prevista al principio pero, en algún momento del proceso, se les presenta a los tratantes/traficantes una oportunidad “que no puede perder” para utilizar a las personas que trasladan en alguno de los fines de la trata a las personas ya sea por sí o para “entregarlos” a otro grupo o red organizada que se dedica a la trata.

Los delincuentes pueden dedicarse tanto al tráfico ilícito como a la trata de personas empleando las mismas rutas.

Las condiciones a que está sometida una persona objeto de tráfico ilícito durante el viaje pueden ser tan malas que resulta difícil creer que una persona podría haberla consentido. (UNODC, 2009, p. 32)

No obstante, se debe tener en cuenta que ambos delitos tienen diferencias dogmáticas que hacen excluyentes su configuración; es decir sólo uno de los dos tipos penales será llamado a subsumir la conducta cometida por el sujeto agente, sin que exista la posibilidad de un concurso aparente o ideal de ambos ilícitos penales; ya que al ser tipos penales excluyentes, una misma conducta no puede generar la comisión conjunta de dichos ilícitos penales (concurso ideal), ni uno de los injustos podrá absorber o contener al otro (concurso aparente).

Sin perjuicio de ello, se debe tener en cuenta que habrá la posibilidad que ocurra un concurso real entre ambos delitos, en caso existan dos conductas autónomas, cometidas por el sujeto agente, las cuales serán subsumidas, de manera independiente, en cada uno de los tipos penales comentados; pues se debe tener en cuenta que “el tráfico ilícito puede convertirse en trata de personas, por ejemplo, cuando el traficante “vende” a la persona, o la engaña/coacciona/obliga a que trabaje para pagar los costos de transporte en condiciones de explotación.” (UNODC, 2009, p. 9)

VI. Conclusiones

La regulación de los delitos de trata de personas y tráfico de migrantes, en nuestro código penal, devienen de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, la cual contiene el Protocolo de las Naciones Unidas para prevenir, reprimir y

sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños y el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire.

Los delitos de trata de personas y tráfico de migrantes tienen características en común: el hecho de que puedan ser cometidos por cualquier persona (delitos comunes) o la similitud en los verbos rectores que lo configuran (promueve, favorece, financia o facilita la salida o entrada del país). Asimismo, comparten la trascendencia internacional de los mismos, su comisión por organizaciones criminales o los *modus operandis* semejantes incurridos por sus autores.

Las diferencias entre los delitos de trata de personas y tráfico de migrantes giran en torno al bien jurídico protegido (Libertad y orden migratorio), al consentimiento de la víctima (inexistente o viciado en el primero, pero existente en el segundo), a la duración de la explotación (permanente en la trata, aún después del transporte; pero que termina con el traslado a su destino, en el caso del tráfico de migrantes), a sus efectos (nacionales o transnacionales en la trata, pero sólo transnacionales en el tráfico), a la importancia del dinero (instrumental en la trata, mas esencial en el tráfico) y a los riesgos para la salud y la vida de la víctima (más intenso, en el traslado, para el tráfico que para la trata, pero por la explotación este último genera un peligro más intenso).

Los delitos de Trata de Personas y Tráfico de Migrantes tienen diferencias relevantes que hacen excluyentes su configuración; es decir sólo uno de los dos tipos penales será llamado a subsumir la conducta cometida por el sujeto agente, sin que exista la posibilidad de un concurso aparente o ideal de ambos ilícitos penales.

VII. Lista de referencias

CASOLA, Laura

2011. Recordip. Revista de la Universidad Nacional de Córdoba. *Los crímenes de lesa humanidad y el delito de trata de personas: análisis del principio de legalidad a la luz del estatuto de roma y de la constitución argentina*, 1(1), 1-17, recuperado de <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/recordip/article/view/327/329>

MARINELLI, Chiara

2014. IDEHPUCP- La modificación del tipo penal en el delito de trata de personas. Recuperado en: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/comunicaciones/opinion/la-modificacion-del-tipo-penal-en-el-delito-de-trata-de-personas/>

ONU

2000. Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas.

ONU

1999. Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire.

PEÑA CABRERA, Freyre.

2011. *Tratado de Derecho Penal Especial Tomo I*. Lima: Idemsa.

SALAS BETETA, Cristian

2009. Revista Justicia y Derecho. *El delito de Tráfico de Migrantes, situación del Perú al 2009*, 2(4). Recuperado en <http://justiciayderecho.org.pe/revista4/index2.html>

UNODC

2014. Oficina de Drogas y Crimen de las Naciones Unidas. *Tráfico ilícito de migrantes: la dura búsqueda de una vida mejor*. Recuperado en: <http://www.unodc.org/toc/es/crimes/migrant-smuggling.html>

UNODC

2014. Oficina de Drogas y Crimen de las Naciones Unidas. *Tráfico de personas y tráfico de migrantes*. Recuperado en: <http://www.unodc.org/lpo-brazil/es/trafico-de-pessoas/index.html>

UNODC

2009. Oficina de Drogas y Crimen de las Naciones Unidas. *Manual sobre la investigación del delito de Trata de Personas*.

LA prueba de oficio en el Código Procesal Penal de 2004^(*)

The proof of office in the procedural penal code of 2004

SAUCEDO QUITO, Ivan^(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. La prueba de oficio en el proceso penal. III. Los principios procesales penales constitucionales. IV. Principios procesales penales constitucionales y prueba de oficio. V. Nuestra posición. VI. Conclusiones. VII. Lista de referencias.

Resumen: La exposición de motivos del Código Procesal Penal de 2004, señala que “[...] la estructura del nuevo proceso penal así como sus instituciones allí contenidas se edifican sobre la base del modelo acusatorio de proceso penal cuyas grandes líneas rectoras son: separación de funciones de investigación y de juzgamiento; el Juez no procede de oficio; (...) el proceso se desarrolla conforme a los principios de contradicción e igualdad [...]”, de lo que se advierte que el Código Procesal Penal mantiene un modelo acusatorio adversarial. Siendo así, la prueba de oficio regulada en el artículo 385° del referido Código Procesal, durante la etapa de juzgamiento, vulnera los principios

(*) Extracto de la Tesis titulada “La Prueba de Oficio y los Principios Procesales Penales Constitucionales”, sustentada para obtener el título profesional de abogado.

(**) Bachiller en Derecho por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca – Perú.

de contradicción, imparcialidad, presunción de inocencia e *in dubio pro reo*, los cuales además de ser principios directrices del proceso penal, se encuentran reconocidos por nuestra Constitución Política y su vulneración implica un atentado contra el sistema normativo, pues al ser la Constitución Política, norma suprema y base de todo el ordenamiento jurídico sobre el cual se edifican las demás normas de inferior jerarquía, éstas no pueden aplicarse antes que aquella. Por ello, la norma que regula la prueba de oficio debe ser modificada, teniendo en cuenta que en un modelo procesal penal acusatorio adversarial, son las partes quienes tienen el deber y la obligación de ofrecer la prueba correspondiente, no debiendo el juez suplir las deficiencias en que incurra ya sea el fiscal o el abogado defensor del acusado.

Palabras claves: Modelo procesal, prueba, prueba de oficio, carga de la prueba, contradicción, imparcialidad, presunción de inocencia, *in dubio pro reo*.

Abstract: *The exposition of reasons of the Procedural Penal Code of 2004, it indicates that "...the structure of the new penal process as well as his institutions there contained build on the base of the accusatory model of penal process which big governing lines are: separation of functions of investigation and of adjudication; the Judge does not proceed ex officio; ...the process develops in conformity with the principles of contradiction and equality...", of what one warns that the Procedural Penal Code maintains an accusatory adversarial model. Thus, the ex officio test regulated in the article 385º of the said Procedural Code, during the trial stage, violates the principles of contradiction, impartiality, presumption of innocence and in dubio pro convict, which in addition to being guiding principles of the process Criminal law, are recognized by our Political Constitution and its violation implies an attempt against the normative system, since the being the Political Constitution, supreme norm and base of all the entire legal system on which are built the other standards of lower hierarchy, these can not be applied before that.*

For it, the norm that regulates the ex officio evidence must be modified, taking into account that in a procedural penal accusatory adversarial model, are the parts who have the duty and the obligation to offer the corresponding evidence, not having to the judge replace the deficiencies in which either the prosecutor or the defense attorney of the accused incurs.

Keywords: *Procedural model, evidence, ex officio evidence, burden of proof, contradiction, impartiality, presumption of innocence, in dubio pro convict.*

I. Introducción

El presente trabajo permite advertir que la prueba de oficio regulada en el artículo 385º del Código Procesal Penal de 2004 (en adelante CPP), vulnera principios procesales penales constitucionales; como, contribuir a que fiscales y abogados, indistintamente, cumplan su deber de la carga probatoria, evitando volver al sistema inquisitivo donde el Juez produce y actúa la prueba. Así, una vez identificados los principios procesales penales constitucionales vulnerados por la prueba de oficio, resulta trascendente, en tanto permite a la comunidad jurídica y en especial a los profesionales del derecho, advertir que la prueba de oficio resulta incompatible con un modelo procesal penal acusatorio adversarial.

Sin embargo, respecto a la prueba de oficio existen dos posiciones contrapuestas: una que la defiende y otra que la rechaza. Ante ello, nos planteamos la siguiente pregunta: ¿Qué principios procesales penales constitucionales vulnera la prueba de oficio regulada en el artículo 385º del Código Procesal Penal de 2004, al disponerse durante la etapa de Juzgamiento?

Al respecto, Alexander Cruz Vegas, intentó identificar las razones para desterrar del proceso penal la prueba de oficio, que en resumen (2011, págs. 167-181) son: atenta contra la imparcialidad del juez, vulnera el principio de división de roles, trastoca el principio de igualdad procesal, vulnera la autonomía del Ministerio Público, viola la presunción de inocencia, el peligro de la discrecionalidad del juzgador, la verdad no justifica las pruebas de oficio; proponiendo (2011, págs. 183-185) que, los fiscales cumplan cabalmente con sus funciones en el proceso penal, se aplique el artículo X del Título Preliminar del Código Procesal Penal de 2004 y se regule una fórmula legal que prohíba la prueba de oficio.

Por nuestra parte, el objetivo de este trabajo fue, identificar los principios procesales penales constitucionales que vulnera la prueba de oficio regulada en el artículo 385º del Código Procesal Penal de 2004, durante la etapa de juzgamiento, teniendo en cuenta el actual modelo procesal penal acusatorio adversarial.

En ese sentido, nos planteamos la hipótesis, los principios procesales penales constitucionales que vulnera la prueba de oficio regulada en

el artículo 385º del Código Procesal Penal de 2004, al disponerse durante la etapa de Juzgamiento, son: la contradicción, la imparcialidad, la presunción de inocencia y el *in dubio pro reo*.

II. La prueba de oficio en el proceso penal

2.1. Prueba: concepto, importancia, finalidad y objeto

Palacio (2000, pág. 12), define a la prueba penal como el conjunto de actos procesales, cumplidos con el auxilio de los medios previstos o implícitamente autorizados por la ley, y encaminados a generar la convicción judicial acerca de la existencia o inexistencia, la veracidad o la falsedad, de los hechos sobre los cuales versa la imputación.

La prueba constituye una de las más altas garantías contra la arbitrariedad de las decisiones judiciales (Neyra Flores, 2010, pág. 544). La prueba en un sistema acusatorio tiende a la reconstrucción conceptual del hecho de un modo comprobable y demostrable, luego cobra relevancia sustancial pues es la única forma legalmente autorizada para destruir la presunción de inocencia, no se admite otro modo de acreditar la culpabilidad (2010, pág. 545).

Así, no siempre la justicia procesal está acorde con la realidad de los hechos y con los derechos y responsabilidades penales o de otra clase que realmente la ley consagra (Devis Echandía, 1984, pág. 26). Ello es así, en tanto, la finalidad de la prueba es, siempre, el logro de la convicción judicial sobre la exactitud de las afirmaciones realizadas por las partes en el proceso (San Martín Castro, 2014, pág. 687).

En este sentido, siguiendo a Enrique Palacio (2000, pág. 13), la finalidad de la prueba es, producir en el ánimo del juzgador la convicción, no lógica o matemática, sino psicológica, sobre la existencia o inexistencia, la verdad o la falsedad, de los hechos de que se trata. Siendo tales hechos, el objeto de prueba, pues como refiere Peña Cabrera Freyre (2006, pág. 426), el objeto de prueba son los hechos alegados por las partes. En palabras de San Martín Castro (2014, pág. 703), se entiende por objeto de la prueba los hechos que constituyen el contenido mismo de la imputación.

2.2. La prueba de oficio

El concepto de pruebas de oficio alude específicamente a las pruebas que, dentro del juicio oral, son actuadas por iniciativa y disposición del juez individual o del colegiado, luego del periodo probatorio regular, cuando se requirieran mayores esclarecimientos (Angulo Arana, 2014, pág. 1430).

En palabras de Miranda Estrampes (2013, pág. 66), la prueba de oficio es, aquella prueba que en su momento no fue aportada u ofrecida por las partes del proceso y cuya práctica es acordada de oficio por el juez o Tribunal durante las sesiones del juicio oral para un mejor esclarecimiento de los hechos.

Las pruebas de oficio son aquellas actuaciones realizadas por parte del Juez, quien al encontrarse ante un acopio de pruebas deficiente, y advertir además que resulta necesario incorporar otros medios de prueba no ofrecidos por las partes, -pero que resultan fundamentales para la resolución de un caso-, ordena su incorporación y actuación en el proceso. (Rosales Echeagaray, 2012, pág. 2)

Los argumentos a favor y en contra de la prueba de oficio en el proceso penal, los abordaremos más adelante, cuando desarrollemos el acápite “principios procesales penales constitucionales y prueba de oficio”.

III. Principios procesales penales constitucionales

Los principios son máximas que configuran las características esenciales de un proceso. Además son proposiciones jurídicas de carácter general y abstracto que dan sentido o inspiran a las normas concretas y a falta de estas normas los principios pueden resolver directamente los conflictos. Por su carácter general y abstracto, los principios son considerados de orden constitucional, además, pueden ser reconocidos por nuestra Carta Fundamental. (...) Pues el Proceso Penal debe ser síntesis de las garantías fundamentales de la persona y el derecho de castigar que ostenta el Estado, y que tiende a alcanzar un adecuado equilibrio entre eficacia y garantía en virtud del cual se efectúa un Proceso Penal de modo menos gravoso tanto para las partes como para el Estado. (Neyra Flores, 2010, pág. 121)

Los “principios procesales” son aquellas máximas que configuran las características esenciales de un proceso, pudiendo coincidir o no con un “derecho fundamental procesal”. Por ejemplo el principio de imparcialidad de los jueces, o el de igualdad procesal. (Burgos Mariños, 2005, pág. 47)

Siendo así, los principios procesales penales constitucionales, son las garantías procesales penales constitucionales que, siguiendo a Burgos Mariños (2005, pág. 46) y Caro Coria (2006, pág. 1027), comprende los conceptos de derechos fundamentales (libertad, dignidad, igualdad, etc.), derechos fundamentales procesales (principio de igualdad procesal, de contradicción, a la defensa, presunción de inocencia, etc.), derechos humanos (libertad, etc.), principios procesales (imparcialidad judicial, igualdad procesal), libertades públicas (libertad), garantías institucionales (irrenunciabilidad a la defensa, defensa de oficio), entre otros.

IV. Principios procesales penales constitucionales y prueba de oficio

La exposición de motivos del vigente CPP, expresamente señala, “[...] la estructura del nuevo proceso penal así como sus instituciones allí contenidas se edifican sobre la base del modelo acusatorio de proceso penal cuyas grandes líneas rectoras son: separación de funciones de investigación y de juzgamiento; el Juez no procede de oficio; (...) el proceso se desarrolla conforme a los principios de contradicción e igualdad. (...) El Juzgamiento, etapa estelar del proceso, se caracteriza por desarrollarse bajo los principios de oralidad, publicidad, intermediación y la contradicción en la actuación probatoria”. Esto, nos llevaría a concluir primigeniamente que el actual modelo procesal penal es acusatorio; sin embargo, al señalar que la contradicción es uno de los principios conforme al cual se desarrolla el proceso y el juzgamiento, implica que el modelo procesal es acusatorio adversarial, pues por dicho principio cada parte procesal asume un rol específico, convirtiéndose el fiscal acusador en adversario del acusado y de su abogado defensor.

Ello se condice, con lo sostenido por Peña Cabrera Freyre (2006, pág. 417) y Arbulú Martínez (2015a, pág. 30); puesto que, con la entrada en vigencia del CPP se dio inicio a un modelo procesal penal acusa-

torio adversarial, el cual implica una mayor participación de las partes (acusador público, defensa y actor civil) en la actividad probatoria.

El art. 385º -incs. 1) y 2)- del CPP, regula la prueba de oficio en dos supuestos. En el primer supuesto, el ordenar de oficio la realización de una diligencia no realizada en la investigación preparatoria o cuando la realizada en dicha etapa resulta insuficiente, implica convertir al Juez Penal en juez investigador, función que es única y exclusivamente del Juez de la Investigación Preparatoria; y, en el segundo supuesto, el disponer de oficio la actuación de nuevos medios probatorios para esclarecer la verdad, implica clara y notoriamente que existe duda respecto de algún hecho y su esclarecimiento solo se puede lograr actuando prueba de oficio.

Si bien el mismo CPP, en su artículo 155º inc. 3) señala que: “*La Ley establecerá, por excepción, los casos en los cuales se admitan pruebas de oficio*”; sin embargo, como lo ha referido Nakazaki Servigón (2009, pág. 143), “en ninguno de sus apartados menciona esos casos, ni tampoco existe norma legal alguna que se haya ocupado de ese tema”; y a lo sumo, de lo sostenido por César San Martín Castro (2015, pág. 63): “(...) colaborar activamente en la búsqueda de la verdad (...)” y Pablo Talavera Elguera (2009, pág. 53): “(...) establecer la credibilidad o no de un órgano de prueba (testigo) o del contenido de un medio de prueba (testimonio)”, integrantes de la Comisión Especial de Alto Nivel encargada proponer el vigente Código Procesal Penal de 2004, la razón de la regulación de la prueba de oficio es alcanzar la verdad real de los hechos; sin embargo, ello no se condice con la finalidad de la prueba que, como señala el mismo San Martín Castro (2014, pág. 687), “es, siempre, el logro de la convicción judicial sobre la exactitud de las afirmaciones realizadas por las partes en el proceso”; ni con la finalidad del proceso penal que, parafraseando a Alberto Binder (1999, pág. 177), es “reconstruir una verdad eminentemente formalizada, que se ha denominado también ‘verdad forense’ o ‘verdad formal’”.

4.1. Contradicción y prueba de oficio

En el actual proceso penal de modelo acusatorio adversarial, el fiscal luego de investigar los hechos deberá demostrar la responsabilidad del acusado, con los medios probatorios por él aportados, pudiendo ha-

cerlo incluso con los aportados por su adversario; en tanto el abogado defensor, por el principio de contradicción puede refutar las alegaciones expuestas por su adversario –fiscal– tratando de demostrar la inocencia de su patrocinado. Pues, como sostiene Nakazaki Servigón (2009, pág. 18), “ambas partes deben entender que son adversarios, contrincantes, rivales en el proceso penal y que deben desplegar su mayor esfuerzo en aras de sus intereses procesales”. Por ello, son las partes, en tanto adversarios, quienes deben aportar los medios de prueba que le ayuden a sustentar su teoría del caso, no debiendo el juzgador disponer prueba de oficio, en tanto no es parte sino un tercero supra partes.

Por la contradicción, principio fundamental del modelo acusatorio adversarial, cada parte procesal asume la posición de adversario frente al otro, y cuando una de ellas ofrece o examina un medio probatorio, la otra tiene la posibilidad de contradecirla o refutarla, de tal forma que la prueba introducida al proceso sea de calidad; ello implica que la contradicción se presenta tanto en la admisión como en la actuación probatoria. En la admisión, para verificar el cumplimiento de los requisitos de conducencia, pertinencia y utilidad [art. 352º (5).“b”⁽⁷⁶⁾ CPP], exigidos para la admisión de un medio probatorio. En la actuación, durante el juzgamiento, para efectivizar el examen y contraexamen, ya que luego de que el medio probatorio es examinado por su oferente [arts. 378º (2) (5-*in fine*)⁽⁷⁷⁾ CPP], la parte contraria o adversario puede contraexaminar al mismo, de tal manera que la información que ingrese al proceso sea la de mejor calidad, pues es en base a ésta que el juzgador va a emitir sentencia.

Tanto el fiscal como el abogado defensor, en un modelo procesal acusatorio adversarial, ofrecerán sus medios probatorios y será el juez, quien luego de un debate contradictorio respecto de su pertinencia,

⁽⁷⁶⁾ Artículo 352º del CPP.- Decisiones adoptadas en la audiencia preliminar:

5. La admisión de los medios de prueba ofrecidos requiere:
 - b) Que el acto probatorio propuesto sea pertinente, conducente y útil. (...)

⁽⁷⁷⁾ Artículo 378º del CPP.- Examen de testigos y peritos:

2. El examen de los testigos (...). Corresponde, en primer lugar, el interrogatorio de la parte que ha ofrecido la prueba y luego las restantes. (...)
5. El examen de los peritos (...), y serán interrogados por las partes en el orden que establezca el juez, comenzando por quien propuso la prueba y luego los restantes.

conducencia y utilidad, resuelva si los admite o no. Lo significa que, cuando el Fiscal ofrece un medio probatorio consecuentemente el abogado defensor o se opone o simplemente expresa su conformidad respecto del mismo, lo que sucedería también cuando sea el abogado defensor quien ofrece sus medios de prueba; de tal forma que, el medio probatorio ingresado al proceso penal sea pertinente, conducente y útil, caso contrario deberá ser rechazado.

En ese sentido, la prueba de oficio vulnera el principio de contradicción, porque siendo el juez quien -de oficio- dispone la actuación de un nuevo medio probatorio, ¿quién va a contradecir o refutar al mismo?, si es el mismo juez quien finalmente ha de resolver respecto de la concurrencia de los requisitos de pertinencia, conducencia y utilidad; ¿cómo se efectivizaría el principio de contradicción?, si de cualquier forma el juzgador igual va a admitir y actuar ese medio de prueba, sin importar que incluso ambas partes se opongan a ella, en tanto lo que busca es descubrir la verdad real a como dé lugar. Esto en tanto, siguiendo a Nakazaki Servigón (2009, pág. 144), el juzgador cree que su intervención es relevante y conducente, salvo que por el principio de buena fe, declare fundada la oposición planteada, sea por el abogado defensor o por el Fiscal, en contra de la admisión y/o actuación de la prueba de oficio.

Distinto sería si el juez al disponer la prueba de oficio, ambas partes expresan conformidad con ello, pero esto no ocurriría, en tanto la prueba de oficio dispuesta por el juzgador va a perjudicar necesariamente a cualquiera de las partes y es ésta quien se opondría a la misma. Se podría llegar al extremo de que una de las partes pretenda hacer suyo el medio probatorio dispuesto de oficio, pero ello tampoco sería posible, porque de ser así la misma se convertiría en prueba de cargo o de descargo, dependiendo de quien pretenda hacerla suya, y por la carga de la prueba, la prueba de cargo le corresponde únicamente al fiscal y la prueba de descargo a la defensa.

Por otro lado, de conformidad con el art. 378º incs. 2 y 5-*in fine* del CPP, los medios probatorios son examinados en primer lugar por el oferente, pero siendo el juez quien dispone la actuación de pruebas de oficio, ¿quién va a examinar primero?, ¿podrá ser el juez?, si conforme

al art. 375º inc. 4-*in fine*⁽⁷⁸⁾ del CPP, el Juez solo puede intervenir, excepcionalmente, para interrogar a los órganos de prueba cuando hubiera quedado algún vacío, lo que implica, que dicha intervención la realizará luego de que las partes lo hicieran.

No debe el juez disponer pruebas de oficio, en tanto, son las partes procesales –fiscal y defensor–, en el modelo procesal acusatorio adversarial, quienes en ejercicio de la contradicción adviertan, observen o cuestionen, los medios probatorios por ellos mismos propuestos, respecto a su pertinencia, conducencia y utilidad, siendo el juez el único que finalmente decida sobre su admisibilidad o inadmisibilidad. Así, Cafferata Nores (2000, pág. 148) sostiene que, “la exigencia del contradictorio (...) requiere reconocer al acusador (fiscal o víctima querellante) y al imputado y a su defensor la igual atribución de producir⁽⁷⁹⁾ pruebas de cargo y de descargo, respectivamente y establece la prohibición de que el tribunal de juicio las produzca ‘de oficio’”.

Siendo las partes procesales, no el juez, quienes protagónicamente deberán presentar su teoría del caso, ofreciendo y aportando las evidencias que les permita acreditar sus versiones o posiciones contrapuestas, implica que ambos deben conocer su caso con el fin de demostrar su esfuerzo desplegado, que será evidenciado en la decisión final que tome el juzgador, en la sentencia. De lo contrario, como sostiene el investigador Juan Enrique Iglesias, citado por Mavila León (2005, pág. 27), “el sistema adversarial es tremendamente cruel con la falta de preparación y con la improvisación, que se paga con perder el caso y hacer el ridículo”.

Por todo ello, la prueba de oficio evidentemente vulnera el principio procesal penal constitucional de contradicción, lo que se evitaría si el nuevo medio probatorio es propuesto por cualquiera de las partes, pero en ningún caso por el juez.

⁽⁷⁸⁾ Artículo 375º del CPP.- Orden y modalidad del debate probatorio:

4. El Juez durante el desarrollo de la actividad probatoria ejerce sus poderes para conducirla regularmente. Puede intervenir cuando lo considere necesario a fin de que el Fiscal o los abogados de las partes hagan los esclarecimientos que se les requiera o, excepcionalmente, para interrogar a los órganos de prueba sólo cuando hubiera quedado algún vacío.

⁽⁷⁹⁾ Producir la prueba significa que los distintos canales vuelcan su información específica, en presencia de todos los intervinientes en el debate (Binder 1999, 264).

4.2. Imparcialidad y prueba de oficio

En un modelo acusatorio adversarial, es el fiscal el encargado de investigar, recopilar evidencias, ofrecer la prueba y probar la existencia del delito, vinculando al acusado como el responsable del mismo, mientras que el juzgador tiene la enorme responsabilidad de juzgar y decidir con imparcialidad; pues, como sostiene Devis Echandía (1984, pág. 23) “no se puede ser juez y parte a un mismo tiempo”.

No le corresponde al juez averiguar la verdad de un hecho, son las partes, en un modelo acusatorio adversarial por medio de la actividad probatoria, quienes deben lograr que el juez se acerque a la verdad, ya que éste resolverá en base a la verdad de los hechos que las partes mostraron a lo largo del debate probatorio, no debiendo ser el juzgador quien busque la verdad de un hecho a como dé lugar; pues, como refiere Arbulú Martínez (2015b, pág. 327), “La prueba de oficio o no llegará a esclarecer nada o simplemente inclinará la balanza a favor de algún sujeto procesal, puesto que el descubrimiento de la verdad no es una actividad académica sino que tiene efectos en el juicio”.

No asumimos la posición de que la prueba de oficio sirva para condenar o para absolver; sin embargo, siempre va atentar contra la imparcialidad del juzgador, pues de cualquier manera va a favorecer y/o perjudicar a alguna de las partes. En ese sentido, Arbulú Martínez (2015b, pág. 326) refiere que, “la actuación de prueba de oficio es como una suerte de disparo al aire, le va a caer a cualquiera a favor o en contra”. Continúa el mismo autor (2015b, pág. 327), cuando el juez actúa una prueba de oficio, sienta las bases para quebrar la imparcialidad judicial, y entonces retornamos aunque sea marginalmente al juez inquisidor, al averiguador de la verdad.

Si la prueba de oficio, sirve para condenar al acusado, el juzgador habrá coadyuvado en la demostración de la tesis acusatoria del fiscal, en tanto los medios probatorios aportados por fiscalía no fueron suficientes para destruir la presunción de inocencia del acusado, convirtiéndose el juzgador en coadyuvante de la fiscalía. Por el contrario, si la prueba dispuesta por el juzgador, sirviera para absolver, implica que el juez cumpliría la función de defensor, en tanto coadyuvaría a la tesis propuesta por la defensa para demostrar la inocencia del acusado.

“La imparcialidad impone la rigurosa aplicación del principio de la identidad: el juez es juez, nada más que juez. Y entre el juez y las partes resulta aplicable el principio del tercio excluido: o bien es parte, o bien es juez; no hay posibilidad intermedia” (Caro Coria, 2006, pág. 1035). Por ello, el juez no debe inmiscuirse en la proposición de la prueba, que es función exclusiva de las partes procesales. En ese sentido, Alberto Bovino, citado por San Martín Castro (2014, pág. 714), rechaza la prueba de oficio, porque lesiona el principio acusatorio y vulnera la función imparcial del juez, a quien sólo incumbe decidir y no impulsar el procedimiento.

Entonces, la prueba de oficio vulnera la imparcialidad, no solo en los casos que sirva para condenar sino también cuando sirva para absolver; debiendo el juzgador mantener su posición de tercero imparcial, dejando que las partes cumplan su función y en base a sus argumentos y medios de prueba aportados logren la convicción judicial; más aún, si el actual proceso penal mantiene un modelo acusatorio adversarial. Así, Vázquez Rossi (1997, pág. 420) sostiene, “la iniciativa probatoria de oficio a cargo de los órganos jurisdiccionales define al sistema como fundamentalmente inquisitivo, desdibujando de hecho la importancia del juicio tantas veces proclamada”.

La prueba de oficio vulnera el principio de imparcialidad, por cuanto, en un modelo acusatorio adversarial, el juzgador se constituye en un tercero imparcial frente a dos partes adversas –fiscal y abogado defensor–, donde no cabe una función investigadora por parte del juez, quien luego de haber escuchado las posiciones y argumentos expuestos por aquellos, debe emitir una decisión sobre la cual no exista parcialidad respecto de alguna de las partes. Pues, como sostiene Checkley Soria (2009), “el juez tiene la importante función y profunda responsabilidad de ser ‘imparcial’”.

Si bien, por mandato constitucional⁽⁸⁰⁾ los jueces administran justicia en nombre del Estado, sin embargo su actuación debe garantizar

⁽⁸⁰⁾ Artículo 138° de la Constitución Política de 1993:
La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.
En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

su imparcialidad con arreglo a la Constitución, puesto que la prueba de oficio implica adherirse a la postura de alguna de las partes, en tanto la misma se verá reflejada evidentemente en su decisión, esto es en la sentencia. Por lo que, en opinión de Cafferata Norez (2000, pág. 141), “una excelente salvaguarda de la imparcialidad será establecer en las leyes procesales, como regla general, que el acusador, incluso si fuere público, sea el responsable de la iniciativa probatoria tendiente a descubrir la verdad sobre los extremos de la imputación delictiva”.

Consecuentemente, la prueba de oficio evidentemente vulnera el principio procesal penal constitucional de imparcialidad, lo que implica una transgresión a la Constitución Política y los tratados internacionales aprobados y ratificados por el Perú.

4.3. Presunción de inocencia y prueba de oficio

La norma procesal penal establece que la prueba de oficio se dispone una vez culminada la actuación probatoria, lo que implica que se han actuado todos los medios probatorios propuestos tanto por el fiscal como por el abogado defensor, y al ser el juzgador quien de oficio disponga la actuación de un nuevo medio de prueba, quiebra el deber de la carga de la prueba de cargo que le corresponde única y exclusivamente al fiscal, no debiendo ser el juzgador quien supla las deficiencias de aquel, so pretexto de la existencia de un hecho que necesita ser esclarecido, esto es de un hecho dudoso.

Este principio alcanza mayor plenitud en un modelo procesal acusatorio adversarial, como el nuestro, donde por la delimitación de roles procesales, el juez de juzgamiento se encuentra en la posición de garante de la legalidad de la prueba, siendo ajena a su función el proponer medio de prueba alguno, como la prueba de oficio, en tanto es la fiscalía quien por la carga de la prueba debe destruir la presunción de inocencia del acusado. Y como anota Cafferata Norez (2000, pág. 141), “Permitir (o imponer) a los jueces la co-responsabilidad de probar los hechos afirmados por el acusador importa confundir su papel con el de éste, haciéndolos casi co-acusadores, situación que no puede seriamente considerarse exenta de graves –aunque no muy reconocidos– peligros

para su imparcialidad, que consiste precisamente, en ser tercero, en no ser parte, ni estar comprometido con los intereses de ninguna de ellas”.

En el modelo procesal acusatorio adversarial, la iniciativa probatoria le corresponde al Ministerio Público, quien conforme al art. IV -inc. 1)⁽⁸¹⁾- del TP del CPP, tiene el deber de la carga de la prueba, lo que implica que es al fiscal a quien le corresponde ofrecer la prueba de cargo respectiva, para desvirtuar la presunción de inocencia, que es una condición de favorabilidad del acusado; porque, siguiendo a Cafferata Nores (2000, pág. 140), siendo él –fiscal– quien niega la inocencia establecida por el orden jurídico, será él quien asuma la responsabilidad de suministrar la prueba de la culpabilidad; culpabilidad que, como sostiene Mavila León (2005, pág. 32), solo se podrá declarar cuando se hubiere actuado suficiente actividad probatoria de cargo.

Si bien, el art. 385º del CPP, establece la excepcionalidad de la prueba de oficio, de modo que, culminada la recepción de pruebas de las partes, se actúen nuevos medios probatorios, cuando en el curso del debate resultasen indispensables o útiles para esclarecer la verdad de un hecho; sin embargo, dicha excepcionalidad da cabida a que la fiscalía descuide su deber de la carga de la prueba, confiando en que ante alguna deficiencia probatoria será el juez quien intervenga de oficio para suplirla.

Por la carga probatoria es el fiscal, no el juez, quien con sus medios de prueba de cargo aportados al proceso debe destruir la presunción de inocencia que le asiste constitucionalmente al acusado, demostrando que éste es efectivamente responsable de los hechos configuradores de un delito. No es el juez quien, disponiendo prueba de oficio, acredite la existencia de un hecho o hechos, ni el acusado debe demostrar su culpabilidad, puesto que éste incluso sabiendo que es culpable puede mentir alegando ser inocente.

Es la actividad probatoria de cargo de la parte acusadora, efectuada bajo el principio de contradicción, la que debe generar certeza en el juzgador, respecto de la existencia de un hecho o hechos, los mismos

⁽⁸¹⁾ Art. IV inc. 1) T.P. del CPP 2004. “El Ministerio Público es el titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba. (...)”

que al no lograr ser acreditados o probados corresponde efectivizar la garantía constitucional de la presunción de inocencia, no debiendo el juzgador suplir las insuficiencias probatorias del fiscal. Pues, como señala Frisancho Aparicio (2012, pág. 64), “la prueba es adquirida y aportada únicamente por las partes, despojándose al *iudex*, de la actuación de pruebas de oficio”.

De no lograrse, la convicción o convencimiento del juzgador respecto de la existencia de los hechos imputados, con suficiente actividad probatoria de cargo, queda la absolución del acusado, en tanto la presunción de inocencia no puede ser desvirtuada cuando exista deficiencia probatoria, no debiendo ser el juez quien invocando la prueba de oficio, supla tal deficiencia, puesto que su función es valorarla objetivamente y emitir sentencia en base a lo alegado o argumentado por las partes. Más cuando, dichas atribuciones se encuentran expresamente señaladas y delimitadas en el ordenamiento procesal penal, y es el Estado por medio del Ministerio Público quien tiene el deber de acreditar la veracidad de un hecho o hechos.

En ese sentido, es la prueba de cargo de la fiscalía, la que debe destruir la presunción de inocencia del acusado y lograr convicción en el juzgador respecto de su culpabilidad; pues, como sostiene Burgos Mariños (2005, pág. 66), “el principio de inocencia es destruido por una declaración de culpabilidad, cuando el juez dicta la sentencia de condena sobre el convencimiento que le producen las pruebas que han sido contradichas por las partes, y queda firme. Ya no es admisible seguir pensando en la búsqueda de la verdad, pues es un paradigma ya superado históricamente, y que fenece conjuntamente con los modelos inquisitivos”.

Además, como sostiene Cafferata Nores (1998, pág. 36), “admitir que el juez sea co-responsable (o principal responsable) de la ‘destrucción’ del estado de inocencia, probando la culpabilidad, es hacerlo casi un co-fiscal, colocando al acusado-inocente en la situación graficada por el refrán popular: ‘Quien tiene al juez como fiscal, precisa a Dios como defensor’, lo cual no parece, por cierto, un paradigma de igualdad”.

Por lo expuesto, la prueba de oficio vulnera el principio procesal penal constitucional de presunción de inocencia, debido a que la carga

de la prueba de cargo, en el actual modelo procesal acusatorio adversarial, le corresponde a la parte acusadora, no al juzgador.

4.4. In dubio pro reo y prueba de oficio

Parafraseando a Enrique Palacio (2000, pág. 16), el *in dubio pro reo* está referido únicamente a la duda en la imputación fáctica, es decir, respecto a los hechos. De forma que si el juez luego de culminada la actuación probatoria, se encuentra frente a un hecho no corroborado o esclarecido, debe optar por absolver al acusado, en aplicación de dicho principio.

Ello tiene sentido en tanto, el juez durante la actuación probatoria, va valorando cada uno de los medios de prueba que están siendo actuados; es decir, parafraseando a Claría Olmedo (1998c, pág. 113), “va obteniendo convicción sobre los hechos y adecuándolos a las normas jurídicas mientras percibe los actos del debate e interviene en ellos”. Esto implica que, conforme se desarrolla la actividad probatoria, el juzgador, va dando por acreditado o por no acreditado uno o varios hechos, y una vez culminada la actuación probatoria es consciente de la existencia de un hecho no probado o no esclarecido, situación dudosa ante la cual por mandato constitucional debe aplicar el *in dubio pro reo* y absolver al acusado; no siendo correcto aplicar la prueba de oficio, so pretexto de lograr la tan anhelada verdad real.

Siendo así, si luego de culminada la actuación probatoria existen dudas respecto de la corroboración de un hecho o hechos, por el deber de la carga de la prueba, no puede el juzgador disponer de oficio la actuación de nuevos medios probatorios, sino simplemente absolver al acusado de la acusación. Así lo ha referido Devis Echandía (1993, pág. 425), al sostener que “consecuencia de la carga de la prueba es la absolución del sindicado cuando falta la prueba de su culpabilidad y también el axioma *in dubio pro reo*, conforme al cual éste se favorece con la deficiencia de la prueba”.

La carga de la prueba de cargo es deber del acusador, siendo éste quien tiene la responsabilidad de ofrecer los medios probatorios que le ayuden a sustentar su teoría acusatoria, para que una vez actuados todos ellos no quede duda alguna respecto de la acreditación de los hechos;

ya que, como sostiene Rodríguez Villafañe (2003, pág. 315), “cuando la prueba es incompleta o insuficiente, opera la duda a favor del reo, porque es preferible tener varios culpables sueltos que un solo inocente en prisión”. Debiendo el juez, aplicar el *in dubio pro reo* y absolver al acusado, más no disponer prueba de oficio.

Asimismo, siendo el fiscal el titular de la acción penal y quien tiene el deber de la carga de la prueba de cargo [art. IV(2)⁽⁸²⁾ CPP], no debe el juez disponer la actuación de prueba de oficio, ya que ello implicaría asumir una posición acusatoria según la cual se encontraría obligado a suplir las deficiencias probatorias del fiscal en la demostración de su acusación; cuando en un modelo acusatorio adversarial, son las partes quienes tienen el deber de la carga de la prueba y el juez el deber de impartir justicia imparcialmente, y si culminada la actuación probatoria, realizada bajo el principio de contradicción, las partes no logran la convicción en el juzgador respecto de su teoría, ya sea acusatoria o defensiva, dejando por el contrario duda respecto de algún hecho o hechos, el juez debe absolver al acusado en base al *in dubio pro reo*.

Al respecto resulta fundamental lo sostenido por la Corte Suprema, en el R.N. N° 3351-2004-Puno del 04-02-2005, donde ha establecido:

“Son supuestos para la edición de una sentencia absolutoria, la insuficiencia probatoria que es incapaz de desvirtuar la presunción de inocencia o la invocación del principio del *in dubio pro reo* cuando existe duda razonable respecto a la responsabilidad penal del procesado; que, el primer supuesto está referido al derecho fundamental previsto en el artículo segundo, inciso veinticuatro, parágrafo “e” de la Constitución Política del Estado, que crea a favor de los ciudadanos el derecho de ser considerados inocentes mientras no se presente prueba suficiente para destruir dicha presunción; que el segundo supuesto se dirige al juzgador como una norma de interpretación para establecer que en aquellos casos en

⁽⁸²⁾ Artículo IV.- Titular de la acción penal:

1. El Ministerio Público es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba. Asume la conducción de la investigación desde su inicio, decidida y proactivamente en defensa de la sociedad.

los que se ha desarrollado una actividad probatoria normal, si las pruebas dejaren duda en el ánimo del juzgador, se deberá por humanidad y por justicia absolver a los encausados.”

Conforme al artículo 385º del CPP, la prueba de oficio se dispone cuando existen hechos que necesitan ser esclarecidos, lo que implica que existen hechos dudosos en la esfera cognitiva del juzgador y es por eso que éste dispone actuar de oficio un nuevo medio probatorio; sin embargo, ante tal circunstancia opera el principio constitucional *in dubio pro reo*, según el cual, si existe duda respecto al esclarecimiento de un hecho debe absolverse al acusado. Siendo así, si la prueba de oficio sirve para condenar, evidentemente vulnera el principio *in dubio pro reo*; por el contrario, si la misma sirve para absolver, entonces habrá sido innecesaria.

En ese sentido, como ya lo referimos *ut supra*, no es el juez quien disponiendo prueba de oficio busque la verdad de los hechos contenidos en la imputación fáctica, en tanto la convicción de veracidad de los mismos, en un modelo procesal acusatorio adversarial, por la carga probatoria, se obtiene de la actuación probatoria efectuada a los medios probatorios aportados por la parte acusadora. Pues, como sostiene Burgos Mariños (2005, pág. 66), “se deja de lado la búsqueda de la verdad por parte del Juez, generando necesariamente que la actuación probatoria se oriente ahora a proporcionar los elementos probatorios suficientes para formar la convicción del Juez, y esa convicción se puede generar sobre criterios de verosimilitud y suficiencia probatoria”.

Por lo expuesto, apoyamos la opinión de Taboada Pilco (s/f.a, pág. 4), en el sentido que, la duda conlleva a la absolución del acusado, no debiendo el juzgador en un sistema acusatorio adversarial actuar pruebas de oficio para salir de la duda, por ser innecesaria en aplicación del principio *in dubio pro reo*. Lo que se complementa, con lo afirmado por Cafferata Nories (1998, pág. 14), “si no se consiguiera llegar a la certeza corresponderá la *absolución*, no sólo frente a la duda en sentido estricto, sino también cuando haya *probabilidad* sobre la responsabilidad penal del imputado”.

En consecuencia, la prueba de oficio vulnera el principio procesal penal constitucional *in dubio pro reo*, máxime si el actual proceso penal

acusatorio adversarial, se encuentra amparado por la Constitución y por las normas de alcance internacional.

4.5. Refutación de argumentos a favor de la prueba de oficio

No compartimos lo sostenido por San Martín Castro (2015, pág. 63), para quien, el juez, al proponer prueba de oficio intenta esclarecer un hecho sin saber cuál va a ser el resultado. Si bien existe la posibilidad de que el juzgador efectivamente desconozca si la prueba de oficio va a servir para condenar o para absolver, sin embargo, el solo hecho de que sea el juez, quien en su momento decidirá sobre la culpabilidad o inocencia del acusado, el que disponga la actuación de la prueba de oficio, quiebra su imparcialidad; pues como refiere Frisancho Aparicio (2012, pág. 63), “la admisión de la prueba de oficio lo único que hace es desdibujar el rol imparcial del Juez penal y lo inmiscuye en una actividad ajena a la tarea específica de juzgar”.

Si lo que se intenta es esclarecer un hecho, implica que existe duda respecto del mismo, y ante tal situación opera el *in dubio pro reo*, en tanto por el deber de la carga de la prueba -de cargo- es el fiscal quien debe lograr que todos los extremos de la imputación sean debidamente esclarecidos con sus medios probatorios aportados al proceso, pues es en base a ello que el juez deberá resolver la controversia, no siendo coherente que en un modelo acusatorio adversarial, ante la existencia de un hecho no esclarecido, sea el juez quien por medio de la prueba de oficio supla las deficiencias del acusador, debiendo únicamente aplicar el principio *in dubio pro reo* y absolver al acusado, en tanto la certeza de culpabilidad no ha sido demostrada por el acusador. Así, Alberto Binder (1999, pág. 127), sostiene que, “Construir con certeza la culpabilidad significa destruir sin lugar a dudas la situación básica de libertad de la persona imputada. Si no existe ese grado de certeza, no se puede arribar a la decisión de culpabilidad. Ése es el principio de *favor rei*, comúnmente mencionado como *in dubio pro reo*. Según él, la situación básica de libertad debe ser destruida mediante una certeza; caso contrario, permanece el *status* básico de libertad”.

En ese sentido, Díaz Cabiale citado por Cruz Vegas (2014, pág. 36) sostiene: “[...] el funcionamiento de la presunción de inocencia respon-

de a cualquiera de las dudas que al órgano jurisdiccional se le pueda plantear acerca de la existencia de algún hecho: si la culpabilidad o la circunstancia agravante no está suficientemente probada el juez no tiene que suplir actividad probatoria alguna, sino aplicar la regla anunciada y declarar la inocencia o la inexistencia de la circunstancia agravante (...). En la misma línea, Cruz Vegas (2014, pág. 42) citando a Taboada Pilco sostiene que, “allí donde haya duda en el juzgador la salida es simplemente la aplicación del *in dubio pro reo*, y la absolución del acusado, no siendo necesaria la prueba de oficio por tal motivo”.

Tampoco, compartimos lo sostenido por San Martín Castro (2015, pág. 63), en el sentido que la actividad probatoria de las partes puede intentar alejarse tácticamente de la auténtica realidad de los hechos más que en ningún otro caso, en defensa de los intereses de cada parte. En un modelo acusatorio adversarial, tanto el acusador como el defensor formulan su propia teoría del caso, defendiéndola de la mejor manera posible, proponiendo para ello los medios de prueba necesarios que sirvan para sustentar sus pretensiones, pues en ello se basará el juzgador para emitir su decisión final, siendo lógico que cada parte procesal tácticamente busque las debilidades de su adversario para fortalecer su propia posición, en tanto lo que anhela es una decisión que le sea favorable. Sostiene Peña Cabrera Freyre (2011, pág. 400), “la capacidad de defenderse que tiene el imputado, importa a su vez, la posibilidad de desvirtuar, refutar y/o desbaratar la tesis propuesta por su contrincante (teoría del caso); de modo tal, que la contradicción supone en esencia, reconocer normativamente a las partes, de medios de ataque y de contraataque a fin de viabilizar sus argumentaciones sobre la de la otra parte”.

La imparcialidad no debe ser confundida con la pasividad o neutralidad del juzgador, sostienen San Martín Castro (2015, pág. 97) y Talavera Elguera (2009, pág. 52); sin embargo, un juez sería pasivo si solamente se sienta, escucha y resuelve, lo que no sucede en nuestro caso, donde el rol del juez va mucho más allá, en tanto es él quien ha conducir el debate, es él quien ha de resolver los incidentes y es él quien ha de imponer orden (disciplina) y respeto en la sala de audiencias, facultades que no tienen ni el fiscal ni el abogado defensor; por lo que, el juzgador debe mostrarse pasivo en la proposición de la prueba, no debiendo en

un modelo acusatorio adversarial ejercer facultades probatorias, en tanto ésta le corresponde única y exclusivamente a las partes procesales, y al aplicar prueba de oficio quebraría la imparcialidad que le caracteriza.

En todo caso, si se quiere hablar de pasividad, a decir de Cruz Vegas (2014, pág. 36), citando a Alvarado Velloso, “es indispensable preservar la pasividad del juzgador en relación con la proposición de la prueba para impedir, de esa manera, la pérdida de su imparcialidad. Es incongruente que se presente al juez como director del proceso y, simultáneamente, se le conceda injerencia en un aspecto que, aun con bien intencionado propósito, puede comprometer su neutralidad”.

El principio de oficialidad no justifica la actuación de pruebas de oficio, como refiere San Martín Castro (2015, pág. 63); ya que, tal principio está referido a la persecución penal de oficio por el Estado, a través del Ministerio Público, en los delitos de persecución pública [art. 1º inc. 1)⁽⁸³⁾ del CPP], no alcanzando la etapa probatoria a nivel del juzgamiento. Pues, como sostiene Claus Roxin (2003, pág. 83), “El Estado no tiene únicamente la pretensión penal material, sino también el derecho y la obligación de perseguir penalmente. Él realiza su pretensión penal por sí mismo, es decir, sin consideración a la voluntad del ofendido; interviene de oficio en todos los hechos punibles. (...) La razón de esta regulación es el interés público en que los hechos punibles no queden sin persecución.” Entiéndase por persecución penal, “la actividad de la fiscalía hasta la formulación de la acusación” (Roxin, 2003, pág. 82); esto es, la intervención de oficio del Estado, en la investigación de hechos presuntamente delictuosos, desde el momento que toma conocimiento de los mismos, a fin de recabar los elementos de convicción suficientes para formular acusación o en su defecto disponer el sobreseimiento [art. 343º inc. 3)⁽⁸⁴⁾ del CPP].

(83) Artículo 1º del CPP.- Acción penal. La acción penal es pública.

1. Su ejercicio en los delitos de persecución pública, corresponde al Ministerio Público. La ejercerá de oficio, a instancia del agraviado por el delito o por cualquier persona, natural o jurídica, mediante acción popular.

(84) Artículo 343º del CPP.- Control del Plazo:

3. Si el Juez ordena la conclusión de la Investigación Preparatoria, el Fiscal en el plazo de diez días debe pronunciarse solicitando el sobreseimiento o formulando acusación, según corresponda. Su incumplimiento acarrea responsabilidad disciplinaria en el Fiscal.

No compartimos lo referido por Talavera Elguera (2009, pág. 53), para quien la prueba de oficio es prueba complementaria o prueba sobre la prueba, que buscaría únicamente acreditar la credibilidad de un medio probatorio ya actuado en juicio. Tal argumento resulta contradictorio con la regulación de la prueba de oficio, pues conforme al art. 385º del CPP, el juez la dispone para esclarecer la verdad, que se entiende la verdad de un hecho, no la credibilidad de un medio de prueba, ya que de existir un medio de prueba respecto del cual se advierte que carece de credibilidad o veracidad, por el principio de contradicción cualquiera de las partes deberá hacerlo notar y será el oferente del medio de prueba cuestionado, quien demuestre su veracidad, en tanto el juzgador decide respecto de tal circunstancia, y en su caso ordene la remisión de copias al Ministerio Público a fin de que proceda conforme a Ley, tal como lo establece el art. 365º (85) del CPP, mientras que el proceso penal sigue su curso normal, en el cual si la decisión final del juzgador resulta condenatoria, en base a aquel medio de prueba sobre el cual se pretendió actuar prueba de oficio, aun se puede impugnar la sentencia.

Lograr el esclarecimiento de los hechos no justifica la prueba de oficio, como refieren San Martín Castro (2015, pág. 63) y Devis Echandía (1985, pág. 340); dado que, en un modelo acusatorio adversarial el juez debe resolver en base a los hechos aportados por las partes, máxime si en palabras del mismo San Martín Castro (2015, pág. 62), “la aportación de los hechos, como regla básica del principio acusatorio, es tarea u obligación de las partes acusadoras y un derecho de las partes acusadas”; pero si los hechos son aportados por las partes, entonces son éstas quienes deben aportar los medios de prueba necesarios para demostrar que tales hechos son tal y como lo plantean; no debiendo el juzgador disponer prueba de oficio, convirtiéndose en juez investigador, con lo que, aparte de quebrar su imparcialidad, supliría las deficiencias del fiscal. Así, resulta fundamental lo anotado por el magistrado Checkley Soria

(85) Artículo 365º del CPP.- Delito en el juicio:

Si durante el juicio se cometiera un delito perseguible de oficio, el Juez Penal ordenará levantar un acta con las indicaciones que correspondan y ordenará la detención del presunto culpable, a quien inmediatamente lo pondrá a disposición del Fiscal que corresponda, remitiéndose copia de los antecedentes necesarios, a fin de que proceda conforme a Ley.

(2009), quien textualmente sostiene: “[...] no quiero ser juez pesquisador, quiero ser un juez ‘imparcial’. Y si eso no está instalado en el chip mental de nuestros jueces, habría que sacarlo de inmediato, ya que es nocivo, letal y peligroso para los ciudadanos”. Máxime, si como lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos: *El principio de la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla*(86) (Hernández Miranda 2012, 13).

Tampoco compartimos los argumentos de Sánchez Velarde (2016, pág. 16) y Frisancho Aparicio (2012, pág. 69), para quienes el nuevo proceso no es de partes ni acusatorio adversarial puro. El vigente Código Procesal Penal de 2004, acoge el modelo procesal acusatorio adversarial, y si bien el proceso se encuentra bajo la dirección del juzgador, son las partes los protagonistas de este nuevo modelo; no debiendo el juzgador aplicar prueba de oficio bajo tal argumento. Pues, como refiere Peña Cabrera Freyre (2006, pág. 417), “el sistema procesal que recoge el nuevo *corpus* adjetivo, es de naturaleza acusatorio–adversarial, lo cual implica una mayor participación de las partes (acusador público, defensa y actor civil) en la actividad probatoria”; ello es así, en tanto, tomando a Arbulú Martínez (2015a, pág. 30), con la entrada en vigencia del CPP se dio inicio a la aplicación de un modelo procesal penal de orientación acusatorio–adversarial.

Asimismo, refutamos lo referido por Angulo Arana (2014, pág. 1445), Frisancho Aparicio (2012, pág. 69) y Benavente Chorres (2014, pág. 28), para quienes con la prueba de oficio se buscaría el mayor acercamiento a la verdad; pues, si bien la finalidad del proceso penal es alcanzar la verdad, no es la real o absoluta, sino que en un modelo acusatorio adversarial, la finalidad del proceso penal se constituye en alcanzar una verdad formal, la cual se obtiene de lo afirmado y acreditado por las partes, conforme a su teoría del caso, no debiendo el juzgador

(86) CIDH – Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Cantoral Benavides, sentencia del 18 de agosto del 2000, fundamento 120.

disponer prueba de oficio, porque alcanzar la verdad real no se condice con la finalidad del proceso penal y con la prueba de oficio se pretende llegar a ella. En ese sentido, compartimos el argumento de Burgos Mariños (2005, pág. 65), pues, “no pesa sobre el Juez, la obligación de la búsqueda de la verdad, sino que ahora, las partes buscan acreditar su relato, y dependerá de su habilidad en la presentación de su caso y en la ejecución de su estrategia probatoria, si logran convencer al juez quien tiene la versión más sólida y creíble, y si es así, así lo declarará el Juez en su sentencia”. Máxime si, como sostiene Roxin (2003, pág. 191), “la averiguación de la verdad no es un valor absoluto en el procedimiento penal; antes bien, el propio proceso penal está impregnado por las jerarquías éticas y jurídicas de nuestro Estado”. Además, sostiene Neyra Flores (2010, pág. 547), “conocer la verdad de manera absoluta resulta utópico, ya que la verdad absoluta se encuentra en el pasado”.

Lograr la justicia, no justifica la prueba de oficio, como refieren Picó I Junoy (Cruz Vegas, 2014, pág. 35), Angulo Arana (2014, pág. 1445), Frisancho Aparicio (2012, pág. 69) y Benavente Chorres (2014, pág. 28). La justicia, sostiene Hans Kelsen (1982, pág. 62), “es la virtud que atribuye a cada uno lo suyo”; o conforme al diccionario de la lengua española, es un principio moral que lleva a dar a cada uno lo que le corresponde o pertenece, tratarle según mérito, sin atender otro motivo, especialmente cuando hay competencia y disputa; de ello, podemos advertir que la justicia, en el proceso penal, implica otorgar a cada parte lo que le corresponde, esto es una decisión basada en su desempeño realizado durante la actividad probatoria, en tanto son ellos quienes tienen el deber de ofrecer los medios probatorios necesarios para sustentar su teoría del caso y acreditar sus pretensiones, con el fin de lograr la convicción en el juzgador y obtener una sentencia favorable; máxime si, como lo ha sostenido Kelsen (1982, pág. 80), “no hay una justicia absoluta, sino relativa”, y continúa el autor (1982, pág. 261) “como distintos legisladores pueden orientarse por muy diferentes ideales de justicia, el valor de justicia que consigue realizar sólo puede ser relativo; y por ende, no menos relativa será la justicia de la norma general que orienta al órgano llamado a decidir el caso concreto”.

V. Nuestra posición

Los defensores de la prueba de oficio coinciden en que es necesario alcanzar la verdad real de los hechos y la justicia; sin embargo, como lo dijimos *ut supra*, ello no se condice con la finalidad de la prueba, que en palabras de San Martín Castro (2014, pág. 687), “es, siempre, el logro de la convicción judicial sobre la exactitud de las afirmaciones realizadas por las partes”; tampoco con la finalidad del proceso penal, que parafraseando a Alberto Binder (1999, pág. 177), es “reconstruir una verdad formalizada, llamada también verdad forense o verdad formal”. En ese sentido, como sostienen diversos autores, la verdad que se busca en el proceso penal es la verdad que las partes mostraron a lo largo del debate probatorio en juicio.

Por otro lado, alcanzar la justicia, en un modelo procesal acusatorio adversarial, no implica la vulneración de principios de alcance constitucional, como lo son la contradicción (derecho de defensa), imparcialidad (debido proceso) y presunción de inocencia que abarca el *in dubio pro reo*; máxime si, parafraseando a Kelsen (1982, pág. 80), “la justicia no es absoluta, sino relativa”; y por ende, “no menos relativa será la justicia de la norma general que orienta al órgano llamado a decidir el caso concreto” (Kelsen, 1982, pág. 261).

Asimismo, los defensores de la prueba de oficio refieren que, bajo el argumento de que la prueba de oficio vulneraría principios constitucionales, habrían casos en los que se absuelva a un culpable; sin embargo, al existir principios expresamente reconocidos que no deben ser vulnerados, “es preferible dejar libre a un culpable que condenar a un inocente”. Al respecto es preciso resaltar lo sostenido por la Sala Penal de Apelaciones de Cajamarca, en la sentencia de vista (considerando 16), emitida en la causa penal referidas *ut supra*, en el sentido de que, si bien el no disponer prueba de oficio puede causar impunidad, ésta no es atribuible al juzgador, sino a la parte que incumplió su deber de aportar los medios de prueba necesarios para acreditar debidamente sus pretensiones y lograr la convicción judicial; máxime si, existe la posibili-

dad de ofrecer nuevos medios de prueba incluso hasta antes de iniciada la actuación probatoria (art. 373^o (87) del CPP).

En un modelo procesal penal acusatorio adversarial, como el nuestro, las partes deben entender que cada una tiene roles definidos, contrapuestos pero complementarios, los cuales deben ser ejercidos con plena responsabilidad, en tanto existen garantías constitucionales a favor del acusado de un delito; pues de lo contrario, como refiere el magistrado Checkley Soria (2009), “hoy, más que nunca, la improvisación se paga, y es obvio que muy caro”; esto es, sostiene el investigador Juan Enrique Iglesias, citado por Mavila León (2005, pág. 27), “con perder el caso y hacer el ridículo”.

Así, la prueba de oficio en la legislación procesal penal comparada, ha sido regula de manera diferenciada, en Bolivia⁽⁸⁸⁾ y Colombia⁽⁸⁹⁾,

(87) Artículo 373^o del CPP.- Solicitud de nueva prueba:

1. Culminado el trámite anterior, si se dispone la continuación del juicio, las partes pueden ofrecer nuevos medios de prueba. Sólo se admitirán aquellos que las partes han tenido conocimiento con posterioridad a la audiencia de control de la acusación.
2. Excepcionalmente, las partes podrán reiterar el ofrecimiento de medios de prueba inadmitidos en la audiencia de control, para lo cual se requiere especial argumentación de las partes. El Juez decidirá en ese mismo acto, previo traslado del pedido a las demás partes.
3. La resolución no es recurrible.

(88) CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DE BOLIVIA (1999)

Artículo 342^o .- Base del juicio:

El Juicio se podrá abrir sobre la base de la acusación del fiscal o la del querellante, indistintamente.

Cuando la acusación fiscal y la acusación particular sean contradictorias e irreconciliables, el tribunal precisará los hechos sobre los cuales se abre el juicio.

En ningún caso el juez o tribunal podrá incluir hechos no contemplados en alguna de las acusaciones, producir prueba de oficio ni podrá abrir el juicio si no existe, al menos, una acusación.

El auto de apertura del juicio no será recurrente.

La acusación podrá retirarse en cualquier momento del juicio, hasta antes de la deliberación del tribunal.

(89) CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DE COLOMBIA (2004)

Artículo 361^o .- Prohibición de pruebas de oficio:

En ningún caso el juez podrá decretar la práctica de pruebas de oficio.

se encuentra expresamente prohibida; a diferencia de Argentina⁽⁹⁰⁾ y Chile⁽⁹¹⁾, donde se ordena únicamente a petición de parte o cuando de la recepción de una prueba surja alguna controversia relacionada con su veracidad, autenticidad o integridad; regulación algo parecida al caso de República Dominicana⁽⁹²⁾, donde se ordena excepcionalmente y a petición de parte.

De lo que se advierte, que la prueba de oficio en la legislación procesal penal peruana, dista mucho de la comparada, no pudiéndose catalogar como prueba sobre la prueba o prueba complementaria, cuando el texto procesal penal no lo prescribe en ese sentido, como si lo hacen los códigos de Argentina y Chile, pues únicamente se limita a señalar que su actuación cabe en los casos que resulten indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad, que se entiende de un hecho no la veracidad, autenticidad o integridad de un medio de prueba actuado.

(90) CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN ARGENTINA (2014)

Artículo 267^o .- Prueba no solicitada oportunamente:

A petición de alguna de las partes, los jueces podrán ordenar la recepción de pruebas que ellas no hubieren ofrecido oportunamente, si no hubieren sido conocidas al momento del ofrecimiento de la prueba.

Si con ocasión de la recepción de una prueba surgiere una controversia relacionada exclusivamente con su veracidad, autenticidad o integridad, el tribunal podrá autorizar, a petición de parte, la producción de otras pruebas destinadas a esclarecer esos puntos, aunque ellas no hubieren sido ofrecidas oportunamente y siempre que no hubiere sido posible prever su necesidad.

(91) CÓDIGO PROCESAL PENAL DE CHILE (2000)

Artículo 336^o .- Prueba no solicitada oportunamente.

A petición de alguna de las partes, el tribunal podrá ordenar la recepción de pruebas que ella no hubiere ofrecido oportunamente, cuando justificare no haber sabido de su existencia sino hasta ese momento.

Si con ocasión de la rendición de una prueba surgiere una controversia relacionada exclusivamente con su veracidad, autenticidad o integridad, el tribunal podrá autorizar la presentación de nuevas pruebas destinadas a esclarecer esos puntos, aunque ellas no hubieren sido ofrecidas oportunamente y siempre que no hubiere sido posible prever su necesidad.

(92) CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA REPÚBLICA DOMINICANA (2002)

Artículo 330^o .- Nuevas pruebas:

El tribunal puede ordenar, excepcionalmente y a petición de parte, la recepción de cualquier prueba si en el curso de la audiencia surgen circunstancias nuevas que requieren esclarecimiento.

Sin embargo, nos resulta de suma importancia la regulación de la prueba de oficio en la legislación procesal penal de República Dominicana, donde se ordena únicamente a petición de parte y de manera excepcional; algo parecido, a lo que sucede también en los códigos de Argentina y Chile, donde si bien no exigen la excepcionalidad sí expresan que debe ordenarse a petición de parte.

Así, nos resulta ilustrativo y referencial, los códigos procesales penales de Argentina, Chile y República Dominicana, a fin de adecuar la regulación de la prueba de oficio en el Código Procesal Penal peruano, en el sentido de que deberá disponerse únicamente a petición de parte y de manera excepcional.

En ese sentido, si durante el desarrollo de la actuación probatoria, una o ambas partes procesales advierte una incertidumbre en el esclarecimiento de algún hecho, deberá hacerlo notar al juzgador una vez culminada la actuación probatoria y solicitar se actúe excepcionalmente un nuevo medio probatorio a efectos de esclarecer aquel extremo dudoso, debiendo el juzgador solicitar la respectiva fundamentación y luego de correr traslado a la otra parte, verifique si concurren los requisitos de pertinencia, conducencia y utilidad, para que el mismo sea admitido.

Ello en tanto, “el Juicio Oral se convierte en el escenario donde ingresan la parte acusadora y la parte acusada, es entre ambos que se entiende el conflicto penal, y no con el juez, quien es tercero imparcial. Solo así se garantiza un proceso penal compatible con la Constitución y los Tratados sobre Derechos Humanos” (Burgos Mariños, 2005, pág. 54). Lo que no se lograría, si se mantiene la prueba de oficio, regulada de la forma como lo es actualmente.

Por lo que, nuestra posición consiste en que, para evitar que la prueba de oficio vulnere principios procesales penales constitucionales, la misma sea ordenada únicamente a iniciativa de parte, como sucede en Argentina, Chile y República Dominicana, manteniendo la excepcionalidad prevista en el actual Código Procesal Penal de 2004; con lo que, se cumpliría lo sostenido por Cafferata Nores (2000, pág. 94), en el sentido de, “excluir a los jueces de la tarea de procurar por sí (*ex officio*)

las pruebas que les proporcionen conocimiento sobre los hechos de la acusación sobre la que deberán luego decidir”.

Es preciso que la norma procesal penal, de por sí, brinde las garantías necesarias para que los principios procesales penales constitucionales de contradicción, imparcialidad, presunción de inocencia e *in dubio pro reo*, no sean resquebrajados por mantener una institución jurídica que atenta contra los mismos; esto, con el fin de mantener la vigencia del modelo acusatorio adversarial en el juzgamiento penal, sistematizar el juzgamiento penal conforme a la Constitución y adecuar el juzgamiento penal a los estándares mínimos establecidos en el Sistema Internacional de Derechos Humanos; debiendo, modificarse los incisos 1) y 2) del artículo 385º del Código Procesal Penal de 2004, que regulan la prueba de oficio.

VI. Conclusiones

- La prueba de oficio regulada en el artículo 385º del Código Procesal Penal de 2004, vulnera los principios procesales penales constitucionales de contradicción, imparcialidad, presunción de inocencia e *in dubio pro reo*.
- Vulnera la contradicción, porque aportar la prueba al proceso es responsabilidad de las partes procesales, de modo que el no oferente en aplicación del principio de contradicción pueda oponerse al ofrecimiento o simplemente expresar conformidad.
- Vulnera la imparcialidad, porque la prueba de oficio necesariamente va a favorecer y/o perjudicar a alguna de las partes, no debiendo ser el juez quien coadyuve ante la deficiencia probatoria de alguna de las partes.
- Vulnera la presunción de inocencia, porque es la prueba de cargo del fiscal la que debe destruir la misma, no debiendo el juzgador convertirse en acusador coadyuvante del fiscal.
- Vulnera el *in dubio pro reo*, porque el juez ante la duda respecto de algún hecho, debe efectivizar tal principio y absolver al acusado, no siendo necesaria la actuación de prueba de oficio.

VII. Lista de referencias

- ANGULO ARANA, P. (2014). Las Pruebas de Oficio en el Nuevo Código Procesal Penal. En A. Claros Granados, & G. Castañeda Quiroz (Coordinadores), *Nuevo Código Procesal Penal Comentado*. Lima: Ediciones Legales EIRL.
- ARBULÚ MARTÍNEZ, V. J.
 (2015a). *Derecho Procesal Penal*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
 (2015b). *Derecho Procesal Penal*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- BENAVENTE CHORRES, H. (Abril de 2014). La Prueba Oficiosa. Ensayo sobre su justificación en un modelo que busca el esclarecimiento de los hechos y no la mera persuasión. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Nº 58, 14-29.
- BINDER, A. M. (1999). *Introducción al Derecho Procesal Penal* (2da ed.). Buenos Aires: Ad-Hoc S.R.L.
- BURGOS MARIÑOS, V. (2005). Principios Rectores del Nuevo Código Procesal Penal Peruano. En V. Cubas Villanueva, Y. Doig Díaz, & F. S. Quispe Farfán (Coordinadores), *El Nuevo Proceso Penal. Estudios Fundamentales*. Lima: Palestra Editores S.A.C.
- CAFFERATA NORES, J. I.
 (1998). *La Prueba en el Proceso Penal*. Buenos Aires: Depalma.
 (2000). *Proceso Penal y Derechos Humanos*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- CARO CORIA, D. C. (2006). Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal. En Programa Estado de Derecho para Sudamérica, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Montevideo: Mastergraf.
- CHECKLEY SORIA, J. C. (30 de Junio de 2009). *Inconveniencia de la Prueba de Oficio en el Nuevo Código Procesal Penal*. Recuperado el 22 de Abril de 2016, de Alerta Informativa: <http://www.lozavalos.com.pe/alertainformativa/index.php?mod=contenido&com=contenido&id=1872>

CLARÍA OLMEDO, J. A.

- (1998c). *Derecho Procesal Penal* (Tomo III). (J. Raúl Montero, Ed.) Santa Fe, Argentina: Rubinzal - Culzoni Editores.
- (Febrero de 2011). ¿Para mejor resolver? Crítica a la prueba de oficio. (*Gaceta Penal & Procesal Penal*, Ed.) *Juicio Oral: Problemas de aplicación del Código Procesal Penal de 2004*, 163-185.
- (Abril de 2014). La Prueba de Oficio en el Proceso Penal: Los Riesgos de su Aplicación en el Perú. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Nº 58, 30-52.

DEVIS ECHANDÍA, H.

- (1984). *Teoría General del Proceso* (T I). Buenos Aires: Editorial Universidad.
- (1985). *Teoría General del Proceso* (T II). Buenos Aires: Editorial Universidad.

ENRIQUE PALACIO, L. (2000). *La Prueba en el Proceso Penal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

FRISANCHO APARICIO, M. (2012). *Comentario Exegético al Nuevo Código Procesal Penal*. Lima: Ediciones Legales S.A.

KELSEN, H. (1982). *Teoría Pura del Derecho*. (R. J. Vernengo, Trad.) México: Universidad Nacional Autónoma de México.

MAVILA LEÓN, R. (2005). *El Nuevo Sistema Procesal Penal*. Lima: Jurista Editores.

MIRANDA ESTRAMPES, M. (2013). Iniciativa Probatoria Ex Officio del Juez en los Procesos Penales Acusatorios (Prueba de oficio, imparcialidad judicial y principio acusatorio: ¿una mezcla imposible?). En A. Loza Avalos Abogados, *Anuario Alerta Informativa 2013* (págs. 65-101). Lima: Grafic Aracelli Loza Avalos.

NAKAZAKI SERVICIÓN, C. (2009). *Juicio Oral: Lo nuevo del Código Procesal Penal de 2004 sobre la Etapa del Juicio Oral*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.

NEYRA FLORES, J. A. (2010). *Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral*. Lima, Perú: Editorial Moreno S.A.

PEÑA CABRERA FREYRE, A. R.

(2006). *Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal*. Lima: Editorial Rodhas SAC.

(2011). *Derecho Procesal Penal: Sistema Acusatorio - Teoría del Caso - Técnicas de Litigación Oral*. Lima: Editorial Rodhas.

RODRÍGUEZ VILLAFÁÑE, M. J. (2003). Derecho de la Información y el Respeto a las Garantías del Debido Proceso. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 303-319.

ROSALES ECHEGARAY, J. A. (10 de Abril de 2012). *La Prueba de Oficio*. Recuperado el 9 de Julio de 2016, de Alerta Informativa Loza Avalos Abogados: <http://www.lozavalos.com.pe/alertainformativa/index.php?mod=documento&com=documento&id=2786>

ROXIN, C. (2003). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto S.R.L.

SAN MARTÍN CASTRO, C.

(2014). *Derecho Procesal Penal*. Lima: Editora Grijley E.I.R.L.

(2015). *Derecho Procesal Penal. Lecciones*. Lima: INPECCP-CENALES.

SÁNCHEZ VELARDE, P. (7 de Diciembre de 2016). *La Fase de Juzgamiento*. Recuperado el 19 de Marzo de 2017, de Instituto de Ciencia Procesal Penal: <http://www.incipp.org.pe/archivos/publicaciones/fasedejuzgamiento.pdf>

TABOADA PILCO, G. (s/f.a). *Los Grados del Conocimiento en el Proceso Penal*. Recuperado el 22 de Abril de 2016, de Instituto de Ciencia Procesal Penal: <http://www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/gradosdeconocimiento.pdf>

TALAVERA ELGUERA, P. (2009). *La Prueba en el nuevo Proceso Penal* (1ra ed.). Lima, Perú: Academia de la Magistratura - AMAG: Cooperación Alemana al Desarrollo.

VÁZQUEZ ROSSI, J. E. (1997). *Derecho Procesal Penal: El Proceso Penal* (Tomo II). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.

Fundamentación del carácter suspendido de la pena privativa de libertad para el delito de tenencia ilegal de arma de fuego

Foundation of the character suspended custodial penalty of freedom for the crime of illegal possession of firearm

ABANTO QUEVEDO, Mario Lohonel(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Principio de legalidad de la pena. III. Determinación judicial de la pena. IV. Evolución del juicio de anti-juridicidad del delito de tenencia ilegal de arma de fuego. V. Excepciones regladas al ejercicio del ius puniendi. VI. Fundamentación del carácter suspendido de la pena en casos concretos de tenencia ilegal de arma de fuego. VII. Conclusiones. VIII. Lista de referencias.

Resumen: Si bien el principio de legalidad impone la obligación de sancionar determinada conducta ilícita con la clase –pero no cantidad– de pena prevista por la ley, es posible que, excepcionalmente, la motivación judicial determine un resultado diferente en orden a efectivizar intereses fundacionales de mayor entidad, con límite en el

(*) Abogado egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca. Juez del Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca.

caso concreto. Para hacerlo, el recurso a la excepción a la ley solo puede fundamentarse en la Constitución Política y en muestras judiciales previas de cómo se viene haciendo en otros casos. En este ensayo, proponemos un hipotético caso del delito de tenencia ilegal de arma de fuego, sobre el cual construiremos la propuesta de aplicar una pena suspendida en su ejecución, pese al vigente marco penal de carácter efectivo de la pena.

Palabras clave: pena / proporcionalidad / motivación / principios / ponderación / dignidad

Abstract: *although the principle of legality imposes an obligation to punish certain unlawful conduct with the kind –but not the amount– of penalty provided by law, it is possible that, exceptionally, the judicial motivation determines a different result in order to enforce major corporate interests, with Limit in the specific case. To do so, recourse to the exception to the law can only be based on the Political Constitution and previous judicial samples of how it is being done in other cases. In this paper, we propose a hypothetical case of the offence of illegal possession of firearms, case upon which we will build the proposal for applying a penalty suspended in its execution, despite the law which forces to impose the sanction of internment in prison.*

Key words: *punishment / proportionality / motivation / principles / weighting / dignity*

I. Introducción

Hasta mediados de 2017, el Código Penal de 1991 ha sufrido 654 modificaciones que han trastocado su lógica sistemática y el sentido de valoración preeminente de auténticos bienes jurídico-penales. Esto explica que, al margen de las problemáticas leyes penales especiales, en dicho cuerpo dispositivo existan prescripciones de índole procesal, así como delitos que, siendo de peligro o mera actividad, son sancionados con dramática desproporción respecto a otros de resultado que, como el homicidio, tutelan *ex post* la vida humana.

Esta sostenida práctica de criminal politiquería penal (o populismo penal) no distingue entre sus perpetradores al Congreso de la República o al Poder Ejecutivo (recuérdese que el Código Penal es un De-

creto Legislativo). Esta situación es muestra de que no hemos tenido ni tenemos, materialmente, un auténtico programa de política criminal, una estrategia contra el delito, muy a pesar del malhadado Consejo Nacional de Política Criminal. Este apéndice del Ministerio de Justicia ha propuesto y publicado un proyecto de Código Penal (diciembre de 2016) que insiste en retrocesos como la pena de cadena perpetua (a la que denomina «pena privativa de libertad indeterminada»), la reincidencia, la habitualidad, la imprescriptibilidad de la acción penal para delitos distintos a los de lesa humanidad o la discriminación en el acceso a los efectos de la imputabilidad restringida; y mantiene la sanción a los delitos contra el honor, el feminicidio, la ayuda al suicidio, el homicidio eutanásico, el marcaje o reglaje y la omisión de resistencia a rebelión, sedición o motín.

En este ensayo nos ocupamos del delito de tenencia ilegal de arma de fuego y proponemos algunos elementos que, dependiendo del caso concreto, pueden presentarse útiles para que un juez penal -que siendo competente para conocer procesos de *habeas corpus* es primero un juez constitucional porque aplica la ley penal solo después de interpretarla conforme a la Constitución Política y las sentencias del Tribunal Constitucional- considere imponer una pena suspendida en su ejecución, pese a que el extremo mínimo de la pena conminada sea de seis años de privación de la libertad, de ordinario, con carácter efectivo.

Desde luego, se puede anticipar que para hacer esto se tiene que echar mano, como debiera hacerse siempre, a la Constitución Política, a la ponderación, a la dignidad de la persona, al derecho a recibir la equitativa medida de pena según la naturaleza de la conducta punible cometida, a la proporcionalidad y humanidad de las penas, al objeto resocializador que una pena auténticamente proporcional debe cumplir en la persona a la que se le impone y al empleo legítimo del derecho penal en un Estado Democrático y Constitucional de Derecho.

Proponemos un hipotético caso (que estimamos altamente posible que se produzca en la realidad, constituyéndose entonces en un caso real verificado) como asunción preliminar, sobre la base del cual construiremos nuestros argumentos. Este posible caso real verificado –o

caso concreto— es uno en el que la Policía Nacional ha intervenido a un taxista, varón de 21 años con educación superior, en el marco de un operativo posterior a un robo agravado, pidiéndole autorización para realizar un registro vehicular, ante lo cual el intervenido consiente de buen grado, pero antes advierte a los policías que en la guantera porta un revólver. Efectivamente, los policías hallan en la guantera del taxi el arma indicada en regular estado de conservación, asegurada y operativa, sin que su portador cuente con la autorización administrativa para su uso, acreditándose luego con la pericia de absorción atómica que el intervenido no ha efectuado disparo con el arma. Durante la Investigación Preparatoria, el investigado y su defensa solicitan al Fiscal del caso, reunirse para discutir los alcances de un acuerdo de terminación anticipada, admitiendo responsabilidad penal, aceptando el decomiso del arma y la inhabilitación, haciendo valer la ausencia de antecedentes penales y el hecho de que ya han efectuado un depósito judicial electrónico a nombre del Juzgado de Investigación Preparatoria, con indicación del número de expediente judicial, a cuenta del pago de la reparación civil, comprometiéndose al pago adicional si es que así resulta del acuerdo.

II. Principio de legalidad de la pena

Roxin (2006, pág. 169) expresa su preocupación por la vigencia del principio de legalidad ya que le impide al juez «hacer cualquier interpretación que quiera e invadir con ello el terreno del legislativo». Este escrúpulo, válido desde el positivismo ortodoxo, no puede sostenerse del mismo modo a la luz del constitucionalismo actual. De allí que esta denominada «cualquier interpretación» puede plantearse como posible si es que se muestra como una alternativa de asignación de significado normativo mejor y más compatible con la Constitución Política en la misma medida en que -de mejor y mayor manera- optimice principios de naturaleza constitucional.

El principio de legalidad, pilar fundamental del derecho penal liberal, tiene diversas expresiones y entre ellas, la que nos interesa aquí resaltar es la legalidad de la pena previamente determinada por la ley (*nulla poena sine lege*).

El artículo 2.24.d de la Constitución Política de 1993 lo consigna así⁽⁹³⁾ (hemos añadido el subrayado al texto):

Toda persona tiene derecho: A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley.

En tanto que el Código Penal, lo hace en su Título Preliminar (agregamos el subrayado al texto): «Artículo II.- Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella».

La lectura del texto constitucional citado nos produce una primera duda: la cobertura garantista del principio de legalidad de la pena ¿solo comprende la clase de pena prevista en la ley y no, necesariamente, su extensión? (Roxin, 2006, pág. 174). El Código Penal tampoco se refiere expresamente a la extensión de la pena, sino solo a su clase. Si esto fuese así, tal interpretación habilitaría un juicio de determinación de la pena por debajo del límite legal o con un carácter distinto al que facultativamente sugiere la regla del artículo 57 del Código Penal, mediando la debida motivación que el específico caso real verificado determine. Recuérdese que, en abstracto, la sistemática del Código Penal desde su promulgación, ha reconocido al juez la posibilidad de imponer la pena por debajo del límite punitivo inferior, circunstancias a las que se unen los descuentos por la adopción de salidas de simplificación procesal. Ciertamente es que, debido a la reinstalación de la reincidencia y habitualidad (Ley n.º 28726, publicada el nueve de mayo de 2006), también se obliga al juez a imponer la pena por encima del límite punitivo superior, pero

⁽⁹³⁾ Sobre el particular, véase el caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú (sentencia de fondo, reparaciones y costas, capítulo X, párrafo 121), el caso De La Cruz Flores vs. Perú (sentencia de fondo, reparaciones y costas, capítulo VII, párrafo 104) y también las sentencias en casación de la Corte Suprema de Justicia 107-2010 La Libertad, 128-2010 Arequipa, 163-2010 Lambayeque y 1465-2000 Huaura.

esto, al fin y al cabo, sirve también para fundamentar la respuesta afirmativa a la pregunta planteada.

Entonces, esto dejaría a los marcos punitivos que a cada delito corresponden, planteados como «recomendables» en el ámbito de la generalidad, es decir, para «casos tipo», en los que no concurre ninguna circunstancia extraordinaria que ponga en entredicho la recomendación legal de la extensión de la predeterminada clase de pena a imponerse. Luego, sin embargo, si tal ignota circunstancia modificativa de la extensión de la pena es expuesta y probada, la recomendable medida de la pena deberá ser adaptada en función a los principios de culpabilidad, proporcionalidad y humanidad de las penas. Clave será, desde luego, la motivación judicial expuesta para justificar la nueva –y particular– medida de la pena «recomendable» para el caso concreto.

III. Determinación judicial de la pena

Un avance proporcionado por la Ley 30076 es la incorporación de la técnica de división en tercios del espacio punitivo conminado en el tipo penal. El recurso a esta división y las reglas de determinación de la pena han dotado de predictibilidad a esta operación, librada antes al arbitrio del juez, situación que, desde luego, producía resultados marcadamente distintos en casos sustancialmente semejantes.

Sin embargo, no creemos que la técnica de los tercios punitivos, mantenida en el Proyecto de Código Penal de diciembre de 2016, sea autónoma. Antes de su enunciación en el Código Penal, le preceden los presupuestos para fundamentar y determinar la pena, descritos en el artículo 45 del Código Penal. Ya que el Juez debe tener en cuenta las carencias sociales que hubiese sufrido el agente o el abuso de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o la función que ocupe en la sociedad; su cultura y sus costumbres; y los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependan, así como la afectación de sus derechos y considerar especialmente su situación de vulnerabilidad, proponemos que, antes de aplicar la técnica de los tercios punitivos, debe estimarse en cada caso la dignidad de la per-

sona, el principio político criminal de culpabilidad, la real posibilidad de realización de los fines de la pena (rehabilitación y resocialización) y las características personales del sujeto agente.

a. Dignidad de la persona humana

El primer artículo de la Constitución Política dispone que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha establecido:

«La dignidad de la persona humana es el presupuesto ontológico para la existencia y defensa de sus derechos fundamentales. El principio genérico de respeto a la dignidad de la persona por el sólo hecho de ser tal, contenido en la Carta Fundamental, es la vocación irrestricta con la que debe identificarse todo Estado Constitucional y Democrático de Derecho. En efecto, este es el imperativo que transita en el primer artículo de nuestra Constitución (...)» STC Exp. No 0010-2002-AI/TC, caso Marcelino Tineo Silva, fj 160.

Chanamé (2015, pág. 25) considera que la dignidad de la persona humana es un principio general del derecho «que permite una interpretación sistemática de la normatividad constitucional, así como también, la aplicación de métodos de integración para dar soluciones de índole hermenéutica en ausencia o deficiencia normativas».

Sabemos que la ley se interpreta literal, sistemática, teleológica e históricamente, a diferencia de la Constitución, que se interpreta no solo acudiendo a dichas técnicas, sino a sus propios principios. Entre ellos queremos resaltar el principio de Unidad de la Constitución. En virtud a él, la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un «todo» armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto. Si así debe ser interpretada la Constitución, que contiene en su primer artículo al principio teleológico de dignidad de la persona humana, consideramos plausible la interpretación que tiene a dicho principio como pauta teleológica del sistema jurídico en su conjunto.

Al establecer un principio teleológico de interpretación e integración, el presente artículo, establece los límites o marco conceptual para la política de construcción jurídica del conjunto constitucional *ex ante* (como fundamento y presupuesto inmediato del catálogo de derechos fundamentales reconocido y garantizado), así como también de los alcances, límites y orientaciones del mismo *ex post* (Chanamé Orbe, 2015, pág. 25).

Existe, pues, en la dignidad, un indiscutible rol de principio motor sin el cual el Estado adolecería de legitimidad, y los derechos de un adecuado soporte direccional. Es esta misma lógica la que, por otra parte, se desprende de los instrumentos internacionales relativos a Derechos Humanos, que hacen del principio la fuente directa de la que dimanan todos y cada uno de los derechos del ser humano. Así, mientras el Preámbulo la Declaración Universal de los Derechos Humanos considera que "(...) la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca (...)", el Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce no sólo que "(...) la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables" sino que "(...) estos derechos derivan de la dignidad inherente a la persona humana" (STC Exp. n.º 2273-2005-PHC/TC caso Karen Mañuca Quiroz Cabanillas).

b. Características personales del sujeto activo

Siempre sobre la base del caso planteado como asunción preliminar, tenemos en cuenta que el sujeto activo, de 21 años de edad, es una persona comprendida en los alcances del rango etéreo al que se le reconoce, normativamente, la posibilidad de imputabilidad penal restringida⁽⁹⁴⁾. No

⁽⁹⁴⁾ «Podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años o más de sesenta y cinco años al momento de realizar la infracción, salvo que haya incurrido en forma reiterada en los delitos previstos en los artículos 111, tercer párrafo, y 124, cuarto párrafo.

Está excluido el agente integrante de una organización criminal o que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, homicidio calificado, homicidio calificado por la

hay prohibición, por la clase de delito, para admitir el acceso del sujeto agente a esta disminución facultativa y prudencial de la penal.

Sobre el particular, la sentencia casatoria 335-2015-Del Santa valora positivamente la consideración de que los agentes comprendidos objetivamente en los rangos etéreos que señala el artículo 22 del Código Penal, no pueden ser excluidos del efecto facultativo y prudencial de disminución de la pena, pues la exclusión que consigna su segundo párrafo resulta discriminatoria (fundamento décimo cuarto) y por consiguiente, inconstitucional.

La aplicación de estos criterios jurisdiccionales al caso planteado, posibilita el acceso del imputado al efecto adicional de disminución facultativa y prudencial de la pena por debajo del mínimo legal, siempre que al respecto se haya aportado y actuado prueba sobre su «condición personal», su «capacidad de culpabilidad», es decir, sobre su individual, concreta y específica «responsabilidad restringida». Aportar prueba al respecto hace posible que los jueces ejerciten la facultad legal que les franquea el primer párrafo del artículo 22 del Código Penal sin atisbo de arbitrariedad, sometiendo la prudente reducción de la pena a los marcos objetivos proporcionados por la prueba, sometida a contradicción.

Sin embargo, este criterio debe ser progresivamente adoptado, debido a que afina su razonabilidad en las características del modelo procesal penal acusatorio con tendencia adversarial y ya que el modelo procesal anterior no exigía que la actividad probatoria corresponda exclusivamente a los sujetos procesales, el Juez Instructor podía ejercitar la citada facultad solo ante la mención, por el Fiscal o el Abogado Defensor, de que el imputado se hallaba comprendido en alguno de los dos rangos etéreos. La internalización de la necesidad de prueba aportada por los sujetos procesales respecto de la imputabilidad restringida es aún progresiva. Esta circunstancia, no obstante, no debiera repercutir

condición oficial del agente, feminicidio, sicariato, conspiración para el delito de sicariato y ofrecimiento para el delito de sicariato, extorsión, secuestro, robo agravado, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, terrorismo agravado, apología, genocidio, desaparición forzada, tortura, atentado contra la seguridad nacional, traición a la Patria u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua».

negativamente en la concreción de la pena proporcional que a cada persona corresponde. Los Jueces, en consecuencia, deben proceder según enuncia el fundamento jurídico cuadragésimo primero de la sentencia casatoria 335-2015-Del Santa, esto es, aplicando la reducción facultativa y prudencial de la pena, a la pena concreta resultante, individualizándola así por «adecuado, proporcional, y esencialmente igualitario» que resulta esta circunstancia atenuante.

Otro aspecto a considerar entre las características personales del sujeto activo es que no registra antecedentes penales ni judiciales. Esto se acredita con el informe que al respecto emita la Oficina de Antecedentes Penales de la Corte Superior de Justicia respectiva, pero en el marco del acuerdo de terminación anticipada y por objetividad, el Ministerio Público puede acompañar también un informe del Registro Nacional de Detenidos y Sentenciados a Pena Privativa de Libertad Efectiva (RENADESPPE) para que el Juez de Investigación Preparatoria conozca mejor al ciudadano imputado. Si no lo hiciera, la defensa puede requerirle al Fiscal hacerlo, ya que es interés común de ambos sujetos procesales, la aprobación del acuerdo de terminación anticipada.

Por último, pero no menos importante, en el caso planteado la Defensa del ciudadano investigado ha probado que este tiene un nivel educativo superior y se dedica a una actividad laboral que, aunque transitoria, es lícita y le reporta ingresos.

c. Rehabilitación y resocialización

En el contexto del acuerdo de terminación anticipada que integra el caso hipotético que se ha planteado, la propuesta por la cantidad de pena que permita cumplir con la finalidad de la privación de libertad, es decir la resocialización efectiva del imputado, a fin de no vulnerar su dignidad como fin en sí mismo y garantizar su derecho al pleno desarrollo de su personalidad, puede ser que la pena a imponerse sea de cuatro años y nueve meses de pena privativa de la libertad, por debajo del mínimo legal debido a la posibilidad de reducción de la pena por imputabilidad restringida.

Esta pena específica haría posible que, aplicando la reducción premial de una sexta parte por acogimiento al proceso de terminación anticipada –de conformidad al artículo 471 del Código Procesal Penal– el imputado reciba un beneficio que tornaría la pena en una final de tres años, once meses y quince días.

Esta extensión temporal de la pena tendría, por regla general, el carácter de suspendida en su ejecución, por un periodo de prueba que podría ser de dos años si así se incluye en el acuerdo de terminación anticipada, suspensión condicionada al cumplimiento de reglas de conducta bajo apercibimiento en caso de incumplimiento (de conformidad a lo previsto en los artículos 57, 58 y 59 del Código Penal). Entre las reglas de conducta que el acuerdo puede incluir, estimamos posibles las siguientes:

- a. Prohibición de ausentarse del lugar donde reside sin autorización del Juez;
- b. Comparecer personal, obligatoria y mensualmente al Juzgado, para informar y justificar sus actividades;
- c. No cometer nuevo delito doloso; y
- d. Cancelar el íntegro de la reparación civil en una cuota, dentro de las veinticuatro horas posteriores a la aprobación –en audiencia judicial– del acuerdo de terminación anticipada.

El acuerdo presentado debe incluir también, como corresponde a la legalidad de las sanciones previstas por el artículo 279-G del Código Penal, la pena de inhabilitación conforme a lo previsto en el artículo 36.6 de la misma norma penal⁽⁹⁵⁾.

⁽⁹⁵⁾ «Suspensión o cancelación de la autorización para portar o hacer uso de armas de fuego. Incapacidad definitiva para renovar u obtener licencia o certificación de autoridad competente para portar o hacer uso de armas de fuego, en caso de sentencia por delito doloso o cometido bajo el influjo del alcohol o las drogas».

d. Atenuantes genéricas y privilegiadas

Según el artículo 46.1.a.f del Código Penal, modificado por el Artículo Único del Decreto Legislativo n.º 1237, publicado el 26 de septiembre de 2015, entre las circunstancias de atenuación de la pena, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, figuran las dos siguientes: la carencia de antecedentes penales y el reparar voluntariamente el daño ocasionado o las consecuencias derivadas del peligro generado. La misma regulación se mantiene en el Proyecto de Código Penal, en su artículo 50.

Así mismo, ya que el Código Penal vigente no regula la atenuante privilegiada, debe comprenderse a esta solo como la leve afectación del bien jurídico-penal producida por el delito. Creemos que en el caso concreto, que es un delito de peligro, esta levedad concurre.

IV. Evolución del juicio de antijuridicidad del delito de tenencia ilegal de arma de fuego

El delito de tenencia ilegal de arma de fuego es sancionando con no menos de seis ni más de quince años de pena privativa de la libertad. Sin embargo, otra consideración principal en el análisis por la legitimidad de la aplicación de pena suspendida en este delito debe hacerse sobre la base del examen de la conducta en el caso concreto, contra aquellas que han determinado el incremento de la pena para el delito de tenencia ilegal de arma de fuego durante su evolución legislativa. Si los motivos de estas modificaciones, que incidieron en el incremento de la pena (inicialmente establecida entre tres y diez años de privación de la libertad) no comprenden a la conducta del caso concreto, puede concluirse en que el juicio de reproche social (antijuridicidad) por el comportamiento real verificado no es aquel que explica y exige la imposición de la pena incrementada actualmente vigente, de carácter efectivo por regla general.

En 1991, el tipo penal original del delito de tenencia ilegal de arma de fuego, tenía la siguiente estructura típica:

Artículo 279.- El que, ilegítimamente, fabrica, almacena, suministra o tiene en su poder bombas, armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos o sustancias o materiales destinados para su preparación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de diez años.

La primera modificación⁽⁹⁶⁾ a la redacción original del artículo 279 del Código Penal se produjo merced al Decreto Legislativo n.º 898, que a su vez fue fruto de la delegación de facultades legislativas efectuada con Ley n.º 26950. Es con esta ley que el Congreso de la República, órgano legislativo por antonomasia, expresó -en nombre de la Nación- que su intención fue «erradicar (...) la delincuencia común organizadas en bandas utilizando armas de guerra y explosivos y provocando un estado de zozobra e inseguridad permanente en la sociedad». No obstante, la opción que tomó el legislador delegado para alcanzar tal objetivo, fue solo el incremento de la pena del delito. El texto resultante fue el siguiente (resalto la modificación):

Artículo 279.- El que, ilegítimamente, fabrica, almacena, suministra o tiene en su poder bombas, armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos o sustancias o materiales destinados para su preparación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años.

La segunda modificación a este delito se produjo por la Ley n.º 30076, que comprendiendo en un solo dictamen a más de sesenta iniciativas legislativas sobre seguridad ciudadana, modificó no solo el supuesto de hecho de este delito, sino una serie de disposiciones penales, procesales penales y de ejecución penal, con la finalidad de combatir delincuencia patrimonial (robo agravado, receptación), criminalidad organizada, violación sexual mediando el uso de armas, entre otros delitos graves. El texto modificado del delito que comentamos fue el siguiente:

⁽⁹⁶⁾ Artículo modificado por la Primera Disposición Complementaria del Decreto Legislativo 898, publicado el 27 de mayo de 1998, expedido con arreglo a la Ley 26950, que solo por 15 días otorgó al Poder Ejecutivo facultades para legislar en materia de seguridad nacional.

Artículo 279.- El que, sin estar debidamente autorizado, fabrica, almacena, suministra, comercializa, ofrece o tiene en su poder bombas, armas, armas de fuego artesanales, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos o sustancias o materiales destinados para su preparación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años.

En consecuencia, si ninguna de las motivaciones que precedieron a la promulgación de las disposiciones legales modificatorias del delito de tenencia ilegal de arma de fuego, corresponde a la que se esgrima en el caso real verificado, como podría ser la de defensa personal disuasiva, es lógico predicar la inaplicabilidad del incremento de la pena al caso.

Las dos modificaciones posteriores, ocasionadas por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley 30299, publicada el 22 de enero de 2015, vigente a partir de la publicación de su reglamento aprobado por Decreto Supremo 008-2016-IN del seis de julio de 2016 (derogado por la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Supremo 010-2017-IN, publicado el 01 de abril de 2017); así como la modificación por el Artículo Único del Decreto Legislativo 1237, publicado el 26 de septiembre de 2015, no cambian la penalidad no menor de seis ni mayor de quince años que aquí empleamos para formular nuestra propuesta.

Tampoco la modificación del artículo 279 del Código Penal, por obra del artículo dos del Decreto Legislativo 1244, publicado el 29 de octubre de 2016, es significativa, pues si bien extrajo del mencionado artículo 279 la tenencia ilegal de armas de fuego, la incorporó en el añadido artículo 279-G del Código Penal, referido a la fabricación, comercialización, uso o porte de armas. En este nuevo -y vigente- artículo se sanciona con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de diez años, e inhabilitación conforme al inciso seis del artículo 36 del Código Penal, al que, sin estar debidamente autorizado, usa, porta o tiene en su poder, armas de fuego de cualquier tipo. Como puede apreciarse, se mantiene el extremo mínimo de la pena por encima de los cuatro años de privación de la libertad, de modo que la pena mínima se plantea, por regla general, con carácter efectivo.

Ya que la evolución punitiva de este delito se ha ocupado de la tenencia de armas de fuego relacionada a la probable o acreditada comisión de otros delitos de resultado (de suyo más graves que los delitos de peligro), la alarma social que ha hecho suya el legislador penal⁽⁹⁷⁾, no abarca la conducta de aquel que porta un arma para defenderse mostrándola a su atacante. Por eso consideramos pertinente aplicar a un caso hipotético como el planteado, *mutatis mutandis*, el criterio de los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la República respecto a la situación generada por la aplicación de la Ley n.º 28704 (Acuerdo Plenario n.º 7-2007/CJ-116)⁽⁹⁸⁾, en la que la conducta de mantener relaciones sexuales consentidas y muchas veces mediando una relación sentimental, con una persona mayor de 14 años pero menor de 18 años de edad, se sancionaba con una pena de hasta 30 años de prisión, en tanto que el mismo acceso carnal, pero logrado mediante engaño o pago, merecía una sanción mucho menor. Los jueces del Tribunal Supremo consideraron que esta contradicción atentaba contra el principio de proporcionalidad de la pena, conclusión que también puede predicarse válidamente en el caso propuesto. Como expresa el Fiscal Adjunto Supremo Penal, Alcides Chinchay, ese acuerdo plenario tuvo el mérito de haber expuesto que sí es posible que el juez se aparte del *cuántum* de la pena dada por la letra de la ley (2016, pág. 32).

Con más actualidad, la Corte Suprema anotó que «en cualquier resolución judicial, y sin contravenir el principio de legalidad, el Juez debe determinar el derecho, debe moldearlo para adaptarlo al caso concreto» (véase el fundamento 2.3.8 de la sentencia en Casación n.º 147-2016-Lima, que cita a propósito del ejercicio del principio *iura novit curia* por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema en la apelación 03-2015 “22” caso Torrejón Guevara y en la Casación n.º 430-2015-Lima de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema). Sobre la base de este deber,

⁽⁹⁷⁾ Para incrementar la pena, primero, y para modificar -e incluir- modalidades de su supuesto de hecho, después.

⁽⁹⁸⁾ Inclusive, después de la valoración hecha en ese acuerdo plenario, se produjo otra, aún más audaz pero siempre en la línea de respeto por la proporcionalidad de las consecuencias penales, pues con el acuerdo plenario n.º 4-2008/CJ-116 se propuso considerar que dicha conducta sexual no genera responsabilidad penal si media consentimiento.

estimo que la pena conminada no es la que correspondería al caso concreto y que puede y debe ser «moldeada» con pleno respeto al principio de legalidad penal, para hacerla corresponder al sentido de equidad y proporcionalidad, que está en la base de legitimidad del derecho penal.

V. Excepciones regladas al ejercicio del *ius puniendi*

Si bien en el caso propuesto se justifica la imposición de pena privativa con carácter suspendido, pues no corresponde la abstención de la pretensión punitiva, creemos que exponer los escenarios en los que se producen excepciones regladas al ejercicio del *ius puniendi* contribuye al objetivo de la exposición. Si el Fiscal, bajo determinadas circunstancias, puede renunciar a la pretensión punitiva, tanto más, bajo la misma condición (la regulación dispositiva) podrá solicitar el castigo de la conducta punible, pero en la medida de la pena que resulta adecuada al caso debido a sus particularidades.

De acuerdo al artículo uno de la Ley Orgánica del Ministerio Público⁽⁹⁹⁾, Decreto Legislativo n.º 052, el Fiscal Penal es titular de la acción penal pública y la ejerce ante el Poder Judicial con la finalidad de lograr la sanción del delito, en clara concreción de su rol de representante de la sociedad en juicio, interesada en la prevención, persecución y sanción de esta clase de conductas que atentan de forma grave, contra las reglas fundacionales de la sociedad organizada.

En un Estado Constitucional de Derecho el fin último del Ministerio Público (Penal) es que se condene solo a quienes realmente son responsables penalmente y demostrarlo requiere objetividad. Ilustra al respecto el Tribunal Constitucional (STC Exp. n.º 6167-2005-HC fj 31):

⁽⁹⁹⁾ «Artículo 1.- El Ministerio Público es el organismo autónomo del Estado que tiene como funciones principales la defensa de la legalidad, los derechos ciudadanos y los intereses públicos, la representación de la sociedad en juicio, para los efectos de defender a la familia, a los menores e incapaces y el interés social, así como para velar por la moral pública; la persecución del delito y la reparación civil. También velará por la prevención del delito dentro de las limitaciones que resultan de la presente ley y por la independencia de los órganos judiciales y la recta administración de justicia y las demás que le señalan la Constitución Política del Perú y el ordenamiento jurídico de la Nación».

§ Principio de legalidad en la función constitucional

31. El fiscal actúa como defensor de la legalidad y representante de la causa pública en el proceso penal. En efecto, el respeto de este principio implica que el Ministerio Público ejerce la acción penal por todo hecho que revista los caracteres de un delito, sin perder de vista que su labor se ejecuta en función de la justicia y teniendo como parámetros a la Constitución y a la ley.

No obstante, en aplicación del criterio de objetividad⁽¹⁰⁰⁾, el Ministerio Público no está obligado a acusar en todo caso, pues puede hacer uso discrecional del criterio de oportunidad para determinados ilícitos penales, e incluso, obligatoriamente, instar un acuerdo reparatorio para ciertos delitos⁽¹⁰¹⁾, sobre la base del artículo 2.6 del Código Procesal Penal. Es más, luego de realizar su investigación, el Fiscal puede solicitar el sobreseimiento de la causa si es que aprecia que el hecho no puede ser atribuido a la persona investigada o porque se ha presentado alguna causal de inculpabilidad (artículo 344 del Código Procesal Penal). Estas disposiciones llevan a concluir en que el Fiscal tiene poder dispositivo regulado, sobre la acción penal pública, cuyo ejercicio le corresponde en exclusividad (artículo 1.1 del Código Procesal Penal).

Para el delito que nos ocupa, una consideración subsidiaria es que el Estado, a través de leyes de amnistía⁽¹⁰²⁾, ha expresado que periódicamente

⁽¹⁰⁰⁾ Código Procesal Penal, Artículo IV.2: «El Ministerio Público está obligado a actuar con objetividad, indagando los hechos constitutivos de delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado. Con esta finalidad conduce y controla jurídicamente los actos de investigación que realiza la Policía Nacional».

⁽¹⁰¹⁾ Estos delitos, descritos en el Código Penal en el artículo que se cita entre paréntesis, son los siguientes: lesiones leves (art. 122), hurto simple (art. 185), hurto de uso (art. 187), hurto de ganado no agravado (art. 189-A primer párrafo), apropiación ilícita común (art. 190), sustracción de bien propio (art. 191), apropiación irregular (art. 192), apropiación de prenda (art. 193), estafa (art. 196), casos especiales de defraudación (art. 197), administración fraudulenta de persona jurídica (art. 198), daño simple (art. 205), modalidades de libramientos indebidos (art. 215) y en los delitos culposos.

⁽¹⁰²⁾ Entre otras, la Ley n.º 26978 de amnistía y regularización de la tenencia de armas de fuego de uso particular (22 de setiembre de 1998); la Ley n.º 27521 de amnistía y regularización de la tenencia de armas de fuego, municiones, granadas de guerra o explosivos (28 de setiembre de 2001); la Ley n.º 28397 de amnistía y regularización de la tenencia de armas de uso civil, armas de uso de guerra, municiones, granadas o explosivos (26 de noviembre de 2004); la

te es útil que renuncie a la pretensión punitiva por el delito de tenencia ilegal de armas de fuego, condicionando el efecto de nula consecuencia penal y reparatoria, a la entrega, dentro de un plazo, del arma en posesión ilegal. Si esto es posible sin generar alarma social, consideramos que también puede serlo que el Ministerio Público, sin renunciar a la persecución del delito, esto es, insistiendo en la declaración de responsabilidades penal y civil (medida más gravosa que la generada con leyes de amnistía) solicite la aplicación de una pena suspendida y el pago de una reparación civil, como podría hacerlo en el caso hipotético expuesto.

VI. Fundamentación del carácter suspendido de la pena en casos concretos de tenencia ilegal de arma de fuego

La sentencia casatoria 335-2015-Del Santa, aunque concierne a un caso distinto, es buen ejemplo para exponer la posibilidad de adoptar un nuevo marco punitivo en sustitución del que corresponde a la pena conminada. En aquel caso, esto se hizo al verificarse dos supuestos que tornan en procedente la determinación de un nuevo espacio punitivo, por la infracción al principio-derecho de igualdad y la infracción al principio de proporcionalidad de la pena.

En el ejemplo propuesto, se presenta el efecto de disminución de la pena por la solicitud de terminación anticipada, la ausencia de agravantes cualificadas, la concurrencia de atenuante genérica, el no uso efectivo del arma debido a su exclusivo empleo disuasivo, pero también el sometimiento voluntario a la incautación y al decomiso, el pago antelado de la reparación civil, sin perjuicio de su abono en la parte no cubierta y por último, la aceptación de la inhabilitación. Todo esto, debe valorarse sin perjuicio de examinar si en la persona del sujeto activo, la pena privativa de libertad, de ordinario con carácter efectiva, contribuirá a generar

Ley n.º 29858 que otorga amnistía por la posesión irregular o ilegal de armas de uso civil, armas de uso de guerra, municiones, granadas de guerra o explosivos y regulariza su tenencia (tres de mayo de 2012); y el Decreto Legislativo n.º 1227 (por delegación de facultades legislativas mediante Ley n.º 30336) que dicta medidas para regular la entrega voluntaria de armas de fuego, municiones, granadas de guerra y explosivos, por 90 días a fin combatir la inseguridad ciudadana (25 de setiembre de 2015).

un efecto positivo, un cambio en las expresiones de socialización de la persona, que aseguren su plena reincorporación útil en sociedad.

a. Solicitud de terminación anticipada proponiendo un nuevo extremo mínimo de pena

El proceso de terminación anticipada está regulado en el Código Procesal Penal y en sus aspectos esenciales, está suficientemente desarrollado en el Libro V, sección V, artículos 468 al 471 del Código Procesal Penal (Decreto Legislativo n.º 957). El Acuerdo Plenario n.º 5-2009/CJ-116 establece en su fundamento jurídico 19, que la terminación anticipada tiene «la función de acortar los tiempos procesales y evitar las etapas procesales comunes intermedia y de enjuiciamiento».

La terminación anticipada es un proceso penal especial y autónomo, pero también una forma de simplificación procesal, basada en el principio de consenso y procura evitar juzgamientos innecesarios. Es, además, uno de los exponentes de la justicia penal negociada y no una mera incidencia o un proceso auxiliar dependiente del principal. En este contexto, el proceso de terminación anticipada importa la aceptación del hecho punible objeto del proceso penal por el imputado y la posibilidad de negociación acerca de sus circunstancias, la pena, la reparación civil y las consecuencias accesorias, pues así fluye de lo dispuesto en el artículo 468.4.5 del Código Procesal Penal. Este instituto es aplicable para todo tipo de delitos -ámbito de aplicación general- y sus reglas están sometidas a una pauta unitaria.

Siguiendo ese orden de ideas, el proceso de terminación anticipada atraviesa varias etapas o fases, que van desde la calificación de la solicitud de terminación anticipada (fase inicial), hasta la realización de la audiencia respectiva (fase principal) y la consecuente emisión de la decisión resolutoria correspondiente, que puede ser un auto desaprobatario del acuerdo o una sentencia anticipada (fase decisoria). Es claro, por lo demás, que la audiencia preparatoria es privada, lo cual es consecuencia del carácter de publicidad relativa de la Investigación Preparatoria y constituye, desde la perspectiva del imputado, uno de los efectos benéficos de este proceso especial, para que no se ventile

públicamente; pero también, porque si no se logra un acuerdo o este no se aprueba, el imputado tiene la garantía de que su declaración se tendrá como inexistente y no podrá ser utilizada en su contra (artículo 470 del Código Procesal Penal).

Dentro de la función del Juez de Investigación Preparatoria durante el desarrollo del proceso, se encuentra el examen de admisibilidad y procedencia, de control y revisión de si el imputado tiene el necesario conocimiento de los alcances y consecuencias del acuerdo y que su consentimiento se produzca de manera libre, voluntaria, sin presiones o amenazas, informado, con ejercicio de asesoría legal y conociendo a lo que se somete. Además, el Juez controla la legalidad del acuerdo, la razonabilidad de la pena y expide la decisión que corresponda.

El control de legalidad del acuerdo que debe realizar el Juez de Investigación Preparatoria se expresa en tres planos diferentes:

- a) El ámbito de la tipicidad o calificación jurídico-penal, en relación a los hechos objeto de la causa y a las circunstancias que rodean al hecho punible;
- b) El ámbito de la legalidad de la pena y, en su caso, a su correspondencia con los parámetros -mínimo y máximo- del tipo legal aplicado y de las circunstancias modificativas de la responsabilidad -esto es lo que se denomina «pena básica»-. También el juicio de legalidad alcanza al respeto de los ámbitos legalmente definidos de la reparación civil -en este extremo prima por completo la disposición sobre el objeto civil- y de las consecuencias accesorias; y,
- c) La exigencia de una suficiente actividad indiciaria, que vincule a la persona investigada, con los hechos que se le atribuyen y que está aceptando.

Ello implica la necesidad de que las actuaciones o diligencias de la investigación permitan concluir que existe base suficiente -probabilidad delictiva- (i) de la comisión de los hechos imputados y de su vinculación con el imputado y (ii) que están presentes todos los presupuestos de punibilidad y perseguibilidad.

Siendo así, el Juez de Investigación Preparatoria debe desaprobado el acuerdo si advierte la inexistencia de los hechos, la atipicidad de la conducta atribuida u otra situación similar. Lo correcto en estos casos es que, rechazado el acuerdo, los cargos se diluciden en el proceso común. No es correcto, en atención al ámbito restringido del control jurisdiccional del acuerdo, que se busque una absolución o una decisión que resuelva un objeto distinto al juicio sobre la validez y eficacia jurídica del acuerdo objeto de control jurisdiccional.

Así mismo, el Juez de Investigación Preparatoria deberá desaprobado el acuerdo si advierte que el *cuántum* de la pena acordada no supera el control de constitucionalidad y legalidad o que la razonabilidad de la pena o su condición (suspendida o efectiva) no es lícita. Este extremo es el que nos importa especialmente.

El análisis judicial está orientado a determinar -entre otros aspectos- la razonabilidad de la pena, no existiendo en este proceso especial una actividad de determinación judicial de la pena en estricto. Sin embargo, para establecer esa aludida razonabilidad se pueden utilizar los criterios generales para la determinación de la pena y, a partir de ello, examinar si para los hechos y caso en particular la pena acordada es razonable. Dado que la normatividad penal sobre la determinación de la pena ha sido modificada por las Leyes n.ºs 30076 y 30364 y los Decretos Legislativos n.ºs 982, 1237 y 1323, el control judicial debe basarse también en establecer si el acuerdo presentado se adecua a dichas modificaciones, esto es, a lo establecido en los modificados artículos 45, 46 y (el incorporado) artículo 45-A del Código Penal.

Sin embargo, este examen tiene un límite dado por la naturaleza y carácter sistemático de las disposiciones legales a emplearse, que son penales y procesales penales. Por eso, ya que podría plantearse como posible un cuestionamiento sobre la operación aritmética que realizaría el Ministerio Público para determinar la pena concreta por debajo del extremo mínimo del tercio punitivo inferior, puede sustentarse esta decisión en los especiales elementos del caso planteado: el efecto de disminución de la pena por la solicitud de terminación anticipada, la ausencia de agravantes cualificadas, la concurrencia de atenuante genérica, el

no uso efectivo del arma debido a su exclusivo empleo disuasivo, pero también el sometimiento voluntario a la incautación y al decomiso, el pago antelado de la reparación civil, sin perjuicio de su abono en la parte no cubierta, la aceptación de la inhabilitación y por último, por el acceso al descuento facultativo y prudencial de la pena por imputabilidad restringida.

Así, al proponerse un nuevo extremo mínimo del tercio punitivo inferior (de seis años de pena privativa de la libertad, hasta cuatro años y nueve meses de esa misma clase de pena), habrá que admitir con honestidad que se propone esa nueva pena porque es la conveniente para que al efectuar el descuento de su sexta parte, resulte en una pena final por debajo de los cuatro años de prisión, para lograr su carácter suspendido. En consecuencia, es evidente que el examen de legalidad de este extremo del acuerdo no puede hacerse solo acudiendo a disposiciones legales de tipo penal y procesal penal.

Consideramos que presentar y justificar un acuerdo de terminación anticipada con esta particularidad, es concreción del ejercicio valiente de la autonomía funcional y libertad de criterio que le reconoce el artículo cinco de la Ley Orgánica del Ministerio Público⁽¹⁰³⁾ al Fiscal Penal.

b. Ausencia de agravantes cualificadas

No concurre en el caso ninguna circunstancia agravante cualificada de aquellas descritas en el artículo 46.2 del Código Penal.

La circunstancia descrita en el literal e) consistente en «Emplear en la ejecución de la conducta punible medios de cuyo uso pueda resultar peligro común»; no es aplicable, ya que no es independiente respecto al delito de tenencia ilegal de arma de fuego. Claramente, el citado artículo condiciona la autonomía de las circunstancias agravantes «siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean

⁽¹⁰³⁾ «Artículo 5.- Los Fiscales actúan independientemente en el ejercicio de sus atribuciones, las que desempeñarán según su propio criterio y en la forma que estimen más arreglada a los fines de su institución».

elementos constitutivos del hecho punible». Tampoco resultaría aplicable la circunstancia agravante descrita en el literal m) «Cuando para la realización de la conducta punible se han utilizado armas, explosivos o venenos, u otros instrumentos o procedimientos de similar eficacia destructiva» porque en el caso que nos ocupa, el arma no ha sido empleada para ejecutar otra conducta ilícita.

c. Concurrencia de atenuantes genérica

En el caso planteado, que se propuso así al considera altamente posible que se presente, tal cual, en la realidad, el sujeto activo intervenido carece de antecedentes penales y reparó voluntariamente el daño ocasionado o las consecuencias derivadas del peligro generado, incluso sin tener seguridad de alcanzar un acuerdo de terminación anticipada o que este sea aprobado por el Juez de Investigación Preparatoria. Estas dos circunstancias son atenuantes genéricas, que sirven para escoger el tercio punitivo inferior para determinar la pena, según se aprecia del artículo 46.1.a) del Código Penal y del artículo 50.a) del Proyecto de Código Penal de diciembre de 2016.

d. No uso efectivo del arma

También planteamos como elemento integrante del caso, que luego de realizarse la pericia de absorción atómica, se determinó que el ciudadano imputado no había efectuado disparos con el arma, al menos no recientemente. Esto abona a favor de su tesis defensiva consistente en el uso disuasivo del arma de fuego, para su propia seguridad.

e. Exclusivo empleo disuasivo o potencial

Ya que no se cuenta con información en contrario, no puede asumirse como falsa la afirmación que, a modo de explicación justificante, presenta el ciudadano imputado, más aún si se tiene en cuenta el contexto de creciente inseguridad ciudadana y que el sector de taxistas ya ha sido objeto de robos de su dinero y/o vehículo. El resultado de la pericia a la que nos referimos en el párrafo anterior, sirve para dotar de verosimilitud a esta explicación.

f. Sometimiento voluntario a la incautación y decomiso

Como parte de las condiciones para promover el acuerdo de terminación anticipada, el ciudadano imputado ha expresado por escrito que comprende que la admisión de responsabilidad penal por su parte, implica la concreción de la sanción de decomiso del arma que se le incautó, aceptando la pérdida de propiedad sobre ella a favor del Estado.

g. Pago anticipado de la reparación civil

En relación a la reparación civil, antes de solicitar al Fiscal la realización de reuniones informales para plantear los alcances del acuerdo preliminar de terminación anticipada, el sujeto activo y su Defensa ya han efectuado un pago anticipado por este concepto, mediante un depósito judicial administrativo que consigna los datos del Juzgado de Investigación Preparatoria, el número de expediente, número de DNI y nombre del depositante (el investigado), haciéndoselo saber al Fiscal y expresando compromiso por empozar suma faltante si así lo determina el acuerdo que eventualmente se alcance, independientemente de la aprobación del acuerdo de terminación anticipada. Teniendo en cuenta que el Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio del Interior debe ser notificado tanto con el requerimiento de terminación anticipada como con la citación a la audiencia respectiva, deberá dársele oportunidad para expresar cuál es su pretensión reparatoria y su justificación razonable⁽¹⁰⁴⁾, siendo el delito de tenencia ilegal de arma de fuego uno de peligro abstracto causado durante el tiempo en el que la persona investigada portó el arma de fuego que no disparó el día de su incautación.

⁽¹⁰⁴⁾ Puede alegarse, sin más referencia al caso real, que el delito de tenencia indebida de armas de fuego es un delito de peligro abstracto no convencional que se caracteriza por ser multicausal y pluriofensivo, cuyo funcionamiento se encuentra rodeado de los más complejos mecanismos a efectos de burlar el control de la ley. También, que pone en cuestión la responsabilidad del Estado de asegurar a los ciudadanos llevar una vida segura y sin mayores riesgos». El Juez de Investigación Preparatoria debe estar atento para identificar estos pseudo argumentos y controlar su aplicación al caso que se le expone. Las generalidades no deben ser admitidas sin más, para justificar una pretensión procesal como la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.

h. Principio de humanidad de las penas

Cuando anunciamos la intención de este ensayo, criticamos nuestra carencia material de política criminal. El principio de humanidad de las penas es considerado por Jescheck & Weigend como fundamento de la política criminal. «De acuerdo con él, la imposición y ejecución de las penas debe tener en cuenta la personalidad del acusado y, en su caso, del condenado, teniendo que hacer frente a la sanción de forma humana y responsable para procurar devolverle su vida en sociedad» (2014, pág. 40).

Así, concebido primero para la imposición y luego para la ejecución de la pena, «se rechaza por cruel toda sanción penal que resulte brutal en sus consecuencias para el sujeto» (Villavicencio Terreros, 2014, pág. 107); pues la conminación y concreción de las sanciones penales deben cumplir con exigencias mínimas de certeza y razonabilidad que aseguren una penalidad justa y equilibrada para cada tipo de delito.

Este principio presupone «que todas las relaciones humanas, personales y sociales que surgen de la justicia en general y de la justicia penal en particular, deben configurarse sobre la base del respeto a la dignidad de la persona, a lo que ha de añadirse su consiguiente derecho al pleno desarrollo de la personalidad» (De la Cuesta Arzamendi, 2009).

Saludablemente, el proyecto de Código Penal al que nos referimos también, incorpora este principio en el Artículo X del Título Preliminar, pues no figura en el Código Penal vigente. Lo enuncia así: «La pena y la medida de seguridad se imponen de acuerdo con el principio de humanidad. Están proscritos la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes en la aplicación y ejecución de cualquier forma de privación de la libertad, sanción penal o medida de seguridad». Adviértase que no se limita el principio a la ejecución de la pena, pues expresamente incluye la aplicación de la pena, que aquí entendemos como su determinación para una persona real.

i. Principio de proporcionalidad de la pena

Siempre sobre la base del hipotético caso concreto planteado al inicio, a fin de acordar la pena concreta y hacer que esta sea justa y propor-

cional, debemos analizar –primero– que no se trate de un delincuente peligroso que requiera tratamiento penitenciario en carcelería, ya que muy distinta a tal consideración es una persona que se dedica a actividades lícitas, que no cuenta con un historial relacionado a la infracción de las normas de pacífica convivencia pero que, no obstante, ha optado por salvaguardar su vida y patrimonio al portar un arma, sin emplearla efectivamente, es decir, sin hacer disparos. Después, debemos tener en cuenta las circunstancias particulares de su intervención en posesión del arma de fuego, pues de la investigación fiscal debe quedar claro que el investigado tuvo por intención principal el uso disuasivo del arma y eventualmente, que no ha realizado ningún disparo, conforme se apreciaría del respectivo dictamen pericial (negativo para plomo, antimonio y bario). En este sentido, resultaría razonable asumir que el arma incautada no habría sido utilizada para amenazar o intimidar a alguna persona, sino que el investigado tenía el arma en el interior de su vehículo, conforme se señalaría en el Acta de Registro Vehicular, y que el único fin por el cual portaba un arma de fuego era por seguridad personal, pues en su labor de taxista podría ser –o ya ha sido– víctima de robo en la noche, no siendo entonces su finalidad la de realizar actos delictivos.

Sobre la proporcionalidad de la pena, al momento de su determinación legal y luego judicial (faceta esta última, que es la que nos ocupa), así como su incidencia sobre la justicia material, el Tribunal Constitucional ha señalado (STC Exp. n.º 0010-2002-AI/TC FFJJ 195 a 199):

195. El principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, éste se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe sólo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no. Y las penas, desde luego, constituyen actos que limitan y restringen esos derechos de la persona.

196. Sin embargo, el principio de proporcionalidad tiene una especial connotación en el ámbito de la determinación de las penas, ya que opera de muy distintos modos, ya sea que se trate de la determinación legal, la determinación judicial o, en su caso, la determinación administrativa-penitenciaria de la pena.

En el presente caso, se ha cuestionado la desproporcionalidad de las penas establecidas en el Decreto Ley N.º 25475; esto es, la impugnación de inconstitucionalidad gira sobre uno de los ámbitos de la determinación de la pena. En concreto, sobre la denominada “determinación legal”.

197. En la medida que el principio de proporcionalidad se deriva de la cláusula del Estado de Derecho, él no sólo comporta una garantía de seguridad jurídica, sino también concretas exigencias de justicia material. Es decir, impone al legislador el que, al momento de establecer las penas, ellas obedezcan a una justa y adecuada proporción entre el delito cometido y la pena que se vaya a imponer. Este principio, en el plano legislativo, se encuentra en el artículo VII del título preliminar del Código Penal, que señala que “la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho (...)”.

198. El Tribunal Constitucional considera que, en materia de determinación legal de la pena, la evaluación sobre su adecuación o no debe partir necesariamente de advertir que es potestad exclusiva del legislador junto los bienes penalmente protegidos y los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, la proporción entre las conductas que pretende evitar, así como las penas con las que intenta conseguirlo. En efecto, en tales casos el legislador goza, dentro de los límites de la Constitución, de un amplio margen de libertad para determinar las penas, atendiendo no sólo al fin esencial y directo de protección que corresponde a la norma, sino también a otros fines o funciones legítimas, como los señalados en el inciso 22) del artículo 139º de la Constitución.

199. Corresponde al ámbito del legislador, al momento de determinar las penas, evaluar factores tales como la gravedad del comportamiento o la percepción social relativa a la adecuación entre delito y pena. Mientras que a dicho órgano le corresponde evaluar los elementos y circunstancias antes señaladas y de conformidad

con ellas, establecer, entre otros supuestos, las penas aplicables para determinados delitos; al Tribunal Constitucional, en cambio, le corresponde indagar si los bienes o intereses que se tratan de proteger son de naturaleza constitucional y por tanto, son socialmente relevantes; asimismo, evaluar si la medida es idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección que se persiguen, por no existir otras penas menos afflictivas de la libertad y, finalmente, juzgar si existe un desequilibrio manifiesto, esto es, excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma.

Adicionalmente a lo ya considerado, se debe reiterar que el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal establece el principio de proporcionalidad de la sanción prescribiendo que la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho, en tanto que el artículo IX del mismo cuerpo normativo señala que la pena tiene una función preventiva, protectora y resocializadora, fines que se podrían alcanzar en el caso propuesto, teniendo en cuenta la juventud del procesado y los demás factores ya abordados, que junto a la exhortación judicial, podrían motivarle a cambiar su actitud y comportamiento futuros, siendo estos elementos razones adicionales que pueden considerarse para aprobar la pena acordada y su carácter suspendido.

VII. Conclusiones

En el marco de un acuerdo de terminación anticipada por el delito de tenencia ilegal de arma de fuego y dependiendo del caso real verificado (caso concreto), la extensión de la pena puede ir por debajo del mínimo legal si es que se prueba la imputabilidad restringida. Así, con este nuevo extremo mínimo de la pena, el descuento de hasta un sétimo de dicha sanción podría significar su eventual carácter suspendido.

Esta determinación de la pena persigue y podría conseguir realizar un fin constitucionalmente legítimo, que es la defensa de la persona humana a través de la imposición de una pena que corresponde al real grado de responsabilidad del imputado por el hecho ilícito, en el contexto de la dimensión objetiva de la antijuridicidad de la conducta y con-

creción de equidad entre el rol del Ministerio Público, representante de la sociedad, y el derecho a la dignidad del ciudadano procesado.

Si así se presentara un acuerdo, la propuesta fiscal de pena concreta implicaría un acto de real defensa de la persona humana ante el riesgo de imposición de una pena que por desproporcionada, no corresponde al caso, pues excede la responsabilidad de la persona por el hecho⁽¹⁰⁵⁾ e implicaría una inequidad material que no debiera obtener aval judicial.

VIII. Lista de referencias

- CHANAMÉ ORBE, R. (2015). *La Constitución comentada*. Lima: Legales Ediciones.
- CHINCHAY CASTILLO, A. (febrero de 2016). Proporcionalidad, legalidad, política criminal, boca de la ley y otros intentos de objetivar la justicia. *Gaceta Penal & Procesal Penal*(80), 32.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. (2009). El Principio de Humanidad en el Derecho Penal. *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*(23), 210.
- JESCHECK, H.-H., & Weigend, T. (2014). *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (Vol. Vol. I). (M. Olmedo Cardenete, Trad.) Lima: Instituto Pacífico.
- Roxin, C. (2006). *Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito* (Vol. I). Madrid: Civitas Ediciones.
- VILLAVICENCIO TERREROS, F. A. (2014). *Derecho Penal. Parte General*. Lima: Grijley.

⁽¹⁰⁵⁾ Código Penal, Artículo VIII del Título Preliminar (modificado por el artículo uno de la Ley n.º 28730, publicada el 13 de mayo de 2006): «La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. Esta norma no rige en caso de reincidencia ni de habitualidad del agente al delito. La medida de seguridad sólo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes».

Derecho Laboral y Procesal Laboral



Imposibilidad jurídica de la reducción de la remuneración pese al retiro de la confianza al trabajador calificado como tal

Legal impossibility of reducing compensation despite the withdrawal of confidence to the worker qualified as such

VALDIVIA DIAZ, FRANKLIN(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Cuestiones previas. III. Perspectiva del desarrollo del proyecto de vida y status económico social, en la relación laboral. IV. Consecuencias remunerativas de la reducción de categoría del trabajador de confianza. V. Conclusiones. VI. Lista de referencias.

Resumen: La relación laboral se compone de dos sujetos: de un lado el empleador y de otro el trabajador. Ambos gozan de la libertad contractual para que puedan establecer las condiciones de trabajo que más se ajusten a sus intereses; no obstante, esta libertad encuentra sus límites en los derechos laborales contenidos en la Constitución y en las leyes. Además, al empleador, se le permite y le garantiza llevar a cabo la dirección empresarial que más le convenga de acuerdo a la

(*) Abogado egresado de la Universidad Nacional de Cajamarca. Docente de Derecho Laboral de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca. Maestrante en la Maestría de Derecho Laboral.

libertad de empresa de la que goza, encontrándose facultado para materializar acciones de dirección y reglamentación y en consecuencia, elija también quiénes materializarán los fines trazados; es decir, quiénes son o pueden ser sus trabajadores de dirección o de confianza.

Ahora bien, al otorgarse un puesto de confianza y aumenta la categoría del trabajador, es natural que se aumenta la remuneración; entonces, cabría preguntarse si al retirarse la misma y variar el puesto de trabajo, ¿se debe cancelar en monto menor la remuneración mensual? Para responder esta pregunta se debe tomar al trabajo como un mecanismo para un adecuado desarrollo del proyecto de vida y percepción patrimonial, por el cual se logra un determinado status económico social; pues, el libre desarrollo de la persona, entendido como proyecto de vida, encuentra su protección en el derecho, siendo que el mayor daño que se puede causar a la persona es el menoscabo de dicho proyecto de vida y status alcanzado. Así mismo, debe tomarse en cuenta que la relación jurídica laboral (como de cualquier otra naturaleza) se encuentra protegida por principios fundantes como la seguridad jurídica, buena fe y prohibición del abuso del derecho.

Por lo que, empleador al retirarle su confianza al trabajador sin tener una causa objetiva, comprobable y razonable, y al cancelarse un monto menor de la remuneración mensual, provoca un ostensible déficit en la calidad de vida de una persona en relación con el nivel que tenía antes de producirse el daño, afectando el desarrollo del proyecto de vida del trabajador, además de la seguridad jurídica y la buena fe laboral; siendo que dicha acción está proscrita por nuestro sistema de valores constitucionales.

Palabras clave: trabajador de confianza, buena fe, seguridad jurídica, remuneración, proyecto de vida, status económico social.

Abstract: *The employment relationship is composed of the two subjects: on one side the employer and another on the worker. Both enjoy the freedom of contract so that they can establish the conditions of work that best fit their interests; but this freedom finds its limits in the labor rights in the Constitution and in the laws. In addition, it allows and guarantees to carry out the business management that suits you, so that in exchange for the freedom of the company is empowered to materialize the actions of management and regulation and therefore also make the business decisions will materialize; ie who are or can be your management or trust workers. When granting a trust position can increase the*

remuneration, then could you cancel in the same amount and change the job? This response must be taken to work as a mechanism for an adequate development of the life project and equity perception. For the free development of the person, understood as a project of life, finds its protection in the right, being the greatest damage that can cause the person is the impairment of said project of life. The employer, by withdrawing his trust from the worker without having an objective, verifiable and reasonable cause, and by canceling a lower amount of the monthly remuneration, provokes an ostensible deficit in the quality of life of a person in relation to the level he had before damage, affect the development of the life of the worker, in addition to legal security and good faith.

Keywords: *Trustworthy worker, good faith, legal security, remuneration, life Project, social economic status.*

I. Introducción

Es obvio que la relación laboral tiene dos sujetos que materializan una relación jurídica, donde además de adquirir obligaciones voluntarias y recíprocas, son objeto de imposiciones estatales. Así, el empleador y el trabajador, por la libertad contractual que constitucionalmente les ha sido reconocida en el primer párrafo del artículo 62 de la Carta Fundamental, pueden establecer las condiciones de trabajo que más se acerque a su conveniencia, siempre que respeten el piso mínimo establecido en las Leyes y la Constitución. Este límite, también tiene fuente Constitucional, pues tal como podemos observar en el inciso 2 del artículo 26 de la Carta Magna, los derechos laborales que tienen su fuente en la Ley y en la Constitución son de carácter irrenunciable; de ahí que, sea un imposible jurídico pactar condiciones que desconozcan el piso mínimo referido por estar proscrito.

Así, la libertad contractual constitucionalmente otorgada, durante la relación laboral, tanto en su conformación, desarrollo y término, deberá respetar el carácter de irrenunciabilidad que tienen los derechos laborales. En el mismo sentido, ya desde la otra parte de la relación jurídica laboral, el empleador tendrá garantizado la dirección empresarial que más convenga a los fines organizacionales, de acuerdo a la Libertad de Empresa consagrada en el artículo 59 de la Constitución, el

cual establece que “El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. ...”.

Decimos lo último, debido a que dentro del contenido constitucionalmente protegido de la Libertad de Empresa no solo está el conformarse como tal según la iniciativa individual o colectiva, sino también, la de definir y materializar sus objetivos, los cuales realizará con la acción concreta de los trabajadores elegidos y dirigidos por aquella.

Así, el Tribunal Constitucional ha precisado en el expediente N° 03075-2011-PA/TC, que “...cuando el artículo 59 de la Constitución reconoce el derecho a la libertad de empresa está garantizando a todas las personas una libertad de decisión no sólo para crear empresas (libertad de fundación de una empresa), y por tanto, para actuar en el mercado (libertad de acceso al mercado), sino también para establecer los propios objetivos de la empresa (libertad de organización del empresario) y dirigir y planificar su actividad (libertad de dirección de la empresa) en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado, así como la libertad de cesación o de salida del mercado. ...”.

Por tanto, es evidente que a partir del derecho fundamental a la libertad contractual y al de libertad de empresa, el empleador se encuentra facultado para materializar acciones de dirección o reglamentación de la actividad que el trabajador contratado debe realizar, con el objetivo de que pueda lograr sus fines y objetivos; y en consecuencia, a elegir quiénes materializarán en primer mando los destinos organizacionales; es decir, quiénes son o pueden ser sus trabajadores de dirección o de confianza.

Ahora bien, teniendo de un lado al trabajador cuyos derechos legales y constitucionales, como la remuneración, protección contra el despido arbitrario, proyecto de vida, etc., son irrenunciables; y del otro, al empleador, cuya facultad directriz le permite elegir a quienes materializarán las decisiones empresariales, debemos encontrar un punto de evidencia de la ponderación con la que se pueden invocar y actuar estos derechos; pues, el trabajo como mecanismo de un adecuado desarrollo del proyecto de vida y percepción patrimonial, debe entenderse cordialmente con la intención patrimonial organizacional.

Ello, teniendo en cuenta la incidencia que las decisiones organizacionales pueden tener en el devenir de la relación laboral, principalmente, a efectos del presente artículo, en la remuneración pactada al otorgamiento del puesto de confianza con ascenso en la categoría del trabajador, y obviamente al retiro de este con manutención del vínculo laboral en diferente puesto; pues, sobre ello vale la pena preguntarse si al otorgarse un puesto de confianza con aumento de categoría y remuneración, al retirarse la misma y variar el puesto de trabajo, ¿se debe cancelar en monto menor la remuneración?

II. Cuestiones previas

En principio, debemos advertir que el asunto que pretendemos sustentar rompe todo pensamiento flojo y arbitrario de que bajo el poder de dirección del empleador sobre un trabajador de confianza, el primero puede sin ninguna justificación *retirarle la confianza*, y por tanto, según sea el caso, proceder a despedirle o *regresarle* a su puesto de origen reduciendo su categoría obtenida. Por ello, a efectos de proceder a explicar la tesis en la que se basa el presente artículo, debemos partir de la pregunta de qué tipo de confianza es la que otorga el empleador al trabajador a efectos de asignarle labores donde este tendrá información privilegiada, brindará informes vinculantes, tomará decisiones en nombre del empleador, tendrá el control del personal, le representará en todos los actos de disposición de derechos, y además, dependerá de su actuación laboral el resultado de la actividad empresarial⁽¹⁰⁶⁾; será una confianza antojadiza sin ningún sustento (confianza subjetiva⁽¹⁰⁷⁾),

⁽¹⁰⁶⁾ Artículo 43° del TUO del D.L. N° 728.- Personal de dirección es aquel que ejerce la representación general del empleador frente a otros trabajadores o a terceros, o que lo sustituye, o que comparte con aquél las funciones de administración y control o de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial. Trabajadores de confianza son aquellos que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservado. Asimismo, aquellos cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales.

⁽¹⁰⁷⁾ Tales acepciones, son introducidos con la finalidad de identificar una diferencia conceptual en el planteamiento del presente artículo, en base a pronunciamientos emitidos por el Tribunal

o será una confianza razonada objetivamente a partir del análisis de resultados, experiencia y conocimientos (confianza objetiva); ya que, de acuerdo a la respuesta resultante, podremos evidenciar si el retiro de confianza (sin ningún sustento; es decir, inmotivada) es suficiente para realizar el despido o reducir de categoría al trabajador, bajo la apariencia del retiro de la confianza.

Así, con la finalidad de respondernos a la pregunta anteriormente formulada, debemos mencionar que la Segunda Sala de la Corte Suprema de Justicia Nicaragüense, a precisado que "...para establecer jurídicamente la existencia de la pérdida de confianza, es necesario examinar la conducta del trabajador, en íntima relación y necesaria conexión, con la índole de las labores que le hayan sido encomendadas..."⁽¹⁰⁸⁾. La misma afirmación, según nuestra normativa nacional, encuentra sustento en que "El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona"⁽¹⁰⁹⁾ (negrita nuestra); por lo que, debe quedar claro que una relación laboral no solo tiene el fin de desarrollar para el beneficio del empresario (empleador) una determinada actividad en función a la acumulación de riqueza, o contribuir con la generación de peculio y rentas al desarrollo social, sino principalmente, la de contribuir con el trabajo a la construcción del proyecto de vida⁽¹¹⁰⁾ del trabajador y con ello, a la obtención de un determinado status económico y social, pues el hombre es un ser en construcción permanente y un fin en sí mismo, siendo que es con el trabajo que el 'ser' se desarrolla en busca de la plenitud, y por tanto, el desarrollo personal y social que se

Constitucional, como el establecido en el fundamento 3 de la STC 03501-2006-AA/TC.

⁽¹⁰⁸⁾ Ver en tal sentido los Votos número 353 de las 10:40 horas, del 5 de abril del 2000 y 638, de las 10:30 horas del 26 de octubre del 2001: Encontrado en: <http://www.binasss.sa.cr/revistas/rjss/juridica13/jurisp10.pdf> (23 de mayo de 2017).

⁽¹⁰⁹⁾ Artículo 22 de la Constitución Política del Perú.

⁽¹¹⁰⁾ Entiéndase como tal, a lo expuesto por el profesor Carlos Fernández Sessarego, cuando precisa que "Se designa como "proyecto de vida" el rumbo o destino que la persona otorga a su vida, es decir, el sentido existencial derivado de una previa valoración. El ser humano, en cuanto ontológicamente libre, decide vivir de una u otra manera. Elige vivenciar, preferentemente, ciertos valores, escoger una determinada actividad laboral, perseguir ciertos valiosos objetivos. Todo ello constituye el "proyecto de vida". Lo que la persona decide hacer con el don de su vida.". (Sessarego, 2017, pág. 25).

logra con el trabajo deberá ser plenamente protegido. En concordancia con ello, debe recordarse el principio-derecho establecido en el artículo 1º de la Constitución Política, el cual señala que "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado"; por lo que, de acuerdo a esta disposición normativa Constitucional, es la persona –es decir, el trabajador, pues antes que ser ello, es una persona humana– el fin último del Estado, y por tanto, de todas las organizaciones públicas y privadas; siendo que, no reviste igual condición las empresas (personas jurídicas) o cualquier otra forma de organización; de ahí que, la organización de estas, así como las acciones que se materialicen en nuestro Estado, deberán respetar dicha prerrogativa Constitucional.

A partir de ello, debe recordarse que dado nuestro modelo de Estado Social y Constitucional de Derecho (ver art. 43 de la Constitución Política), la relación jurídica que genera el derecho del trabajo, entendida como aquella donde una persona presta servicios a favor de otra a cambio de una remuneración, necesita de dos elementos sustanciales para su desarrollo pleno: 1. La seguridad jurídica y 2. La Buena fe laboral. Así, cuando se analiza la seguridad jurídica desde la óptica de la relación jurídica laboral, debemos precisar que existen elementos constituyentes del contrato de trabajo que resultan inmodificables a sola voluntad del empleador, como el referido a la permanencia en el puesto de trabajo, que más que depender de la voluntad vacía del patrono, depende del acuerdo común con el trabajador, de las causas objetivas que dieron origen a la necesidad del servicio o a una conducta prohibida. A partir de esto, el artículo 27 de la Constitución Política ha expresado claramente que la "La Ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario" (sin limitar esta protección a algún tipo de trabajador, como de confianza o dirección), siendo que, el artículo 10 del TUO del D.L. N° 728 señala que "El período de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario. (...). La ampliación del período de prueba debe constar por escrito y no podrá exceder, en conjunto con el período inicial, de seis meses en el caso de trabajadores calificados o de confianza y de un año en el caso de personal de dirección" (subrayado nuestro).

Por lo tanto, la misma norma ha previsto que un trabajador de confianza o dirección puede tener protección contra el despido arbitrario (es decir, contra aquel despido que no se base en causas objetivas, razonables y proporcionales), obteniéndose este en un periodo de 03 meses, y pudiendo ampliarse a 06 meses o un (01) año según sea trabajador de confianza o dirección. Dicha norma, evidencia el marco de seguridad jurídica de la relación laboral, de que el empleador no podrá dar por terminada la relación laboral sin que exista una causa objetiva, y luego por supuesto, de haber realizado el debido procedimiento respectivo. Siendo así, en el mismo marco de seguridad jurídica (si es en lo más, es en lo menos), se puede afirmar que un trabajador de confianza o dirección tiene la protección de proscripción de la acción unilateral y subjetiva del empleador de retirarle la confianza (y en función a ello, reducirle la categoría o despedirle) basándose únicamente en su decisión irrazonable y vacía de toda causa objetiva, razonable y debidamente motivada (caprichosa); pues, a efectos de otorgar la confianza al trabajador, no se ha tenido una voluntad vacía de justificación (motivación), sino que se ha generado a partir de logros y capacidades del trabajador (nadie pone su empresa o actividad empresarial en manos de quien solo sabe que es “un buen amigo”).

Por ello, debe tenerse en cuenta que nuestro Estado tiene principios fundantes que otorgan equilibrio a toda decisión que pueda afectar derechos legales o constitucionales, como el debido proceso material, referido a que toda acción (en el ámbito laboral) de cualquier persona deberá respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad; pues, –constitucionalmente– está proscrito el abuso del derecho⁽¹¹¹⁾; de ahí que, si bien el empleador puede retirar la confianza al trabajador (fundado en la libertad de empresa), su actuación no puede ser injustificada e irrazonable. Concordante con ello, el artículo 44 del TUO del D.L. N° 728 ha señalado que “...En la designación o promoción del trabajador, la Ley no ampara el abuso del derecho o la simulación...” (Negrita nuestra), siendo que a partir de ello, se puede concluir con claridad que si en la promoción o designación no se permite el abuso del derecho, tampoco está permitido en la reducción o destitución de los mismos.

⁽¹¹¹⁾ Artículo 103 de la Constitución Política del Estado: “(...) La Constitución no ampara el abuso del derecho.”.

Una muestra de lo afirmado, radica en que, como ha expresado el Tribunal Constitucional⁽¹¹²⁾ y la Corte Suprema⁽¹¹³⁾, el trabajador de confianza, al ser despedido arbitrariamente, tendrá derecho a una indemnización por despido arbitrario; lo cual, obviamente no sucede cuando existe una causa objetiva debidamente comprobada para el despido. Siendo así, es razonable pensar que el legislador ha establecido una regla a partir de los principios de seguridad jurídica y buena fe, que conlleva a no resolver el contrato laboral por mero capricho (causa subjetiva) del empleador; siendo que de hacerlo, no solo podría estar sujeto a la sanción indemnizatoria impuesta, sino a otras condiciones que se hayan menoscabado, como el proyecto de vida, daño moral, lucro cesante, etc. Ahora, cuando el trabajador no es despedido, pero se le retira la confianza regresándole a su puesto originario (disminución de categoría con consecuente remuneración), los efectos pueden ser semejantes, por lo que es necesario proteger las condiciones laborales ganadas respetando el principio de condición más beneficiosa y progresividad de derechos labores.

Al respecto, cabe indicar que el literal b). del artículo 30 del TUO del D.L. N° 728 señala que son actos de hostilidad equivalentes al despido “La reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría;”, refiriéndose precisamente, a que el empleador tiene la exigencia de fundamentar o motivar sus decisiones; es decir, dar razones suficientes en base a causas objetivas, comprobables y proporcionales a partir de la razón por la que toma determinada decisión; pues, por más derecho que el empleador tenga a variar puestos de sus trabajadores (de confianza o dirección), no podrá basarse en conjeturas desconocidas, arbitrarias o desproporcionales; es decir, inmotivadas, pues desnaturalizando nuestro Estado social y evidenciando la materialización del abuso del derecho; por lo que, es vital para la relación jurídica laboral contar con la seguridad jurídica de proscripción de actos arbitrarios y desproporcionales.

Ahora bien, respecto a la Buena Fe Laboral, debe entenderse como aquella actuación sustentada en que la otra parte de la relación jurídica,

⁽¹¹²⁾ Por ejemplo, en la Sentencia emitida en el EXP. N° 03285-2013-PA/TC.

⁽¹¹³⁾ Por ejemplo, en la Cas. N° 3106-2016, LIMA.

actúa conforme a los mandatos constitucionales y legales, proscribiendo todo acto que pueda nublar el normal desarrollo de las prestaciones recíprocas; de ahí que, tal exigencia es necesaria realizarla al trabajador (ver literal a. del artículo 25 del TUO del D.L. N° 728⁽¹¹⁴⁾), como también al empleador; pues, siendo las prestaciones recíprocas y las condiciones de desigualdad consustanciales al ámbito laboral, el empleador no puede eximirse de obligaciones estructurales de toda relación jurídica; por lo tanto, cuando el empleador no actúe de buena fe, y tome sus decisiones temerariamente, dicho acto deberá declararse inválido ordenándose su cese o resarcimiento, o en su caso, la mantención de las condiciones previas existentes.

Siendo así, la respuesta a la pregunta formulada en el inicio del presente literal, respecto al tipo de confianza que deberá existir para el retiro de confianza, es la objetiva, y por tanto, el empleador a efectos de que decida retirar la confianza al trabajador deberá basarse en causas objetivas, comprobables y razonables, pues está proscrito el abuso del derecho y la toma de decisiones sustanciales de manera inmotivada que afecten estructuralmente la seguridad jurídica en la que se basa la relación jurídica laboral. De no respetar ello, estará afecto a indemnización o resarcimientos, o en su caso, a la mantención de las condiciones existentes antes del acto vulneratorio.

III. Perspectiva del desarrollo del proyecto de vida y status económico social, en la relación laboral

El inciso 1 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado, señala que “Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar...”; por lo que, queda claro que el libre desarrollo o materialización del proyecto de vida es un contenido constitucionalmente protegido, pues

⁽¹¹⁴⁾ Artículo 25°.- “Falta grave es la infracción por el trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato, de tal índole, que haga irrazonable la subsistencia de la relación. Son faltas graves: a) El incumplimiento de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral...”

la persona humana se proyecta permanentemente por su propia naturaleza al futuro, en tanto, su actuar responde – normalmente – a mejorar sus condiciones personales, familiares y sociales.

Siendo así, el libre desarrollo de la persona, entendido también como proyecto de vida, encuentra protección en el derecho, “...porque en él está en juego, como se ha dicho, el destino mismo de cada ser humano. El mayor daño que se puede causar a la persona, por consiguiente, es la frustración, menoscabo o retardo en la realización del personal ‘proyecto de vida’. Es por ello que la sentencia de la Corte, con acierto y sensibilidad, expresa que su ‘cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de la Corte’. En efecto, la frustración o menoscabo del “proyecto de vida” supone, como señala la Corte, una reducción de la libertad fenoménica, de aquella que se concreta o realiza en el ‘proyecto de vida’...”⁽¹¹⁵⁾ (negrita nuestra).

Por tanto “es razonable afirmar que los hechos violatorios de los derechos humanos impiden u obstruyen en forma sustancial el desarrollo del individuo”. Es decir, el daño al proyecto de vida, ‘entendido como una expectativa razonable y accesible en el caso concreto, implica la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal en forma irreparable o muy difícilmente reparable’⁽¹¹⁶⁾; así, las acciones permitidas jurídicamente no pueden orillarnos a concluir que el empleador se encuentra facultado para afectar el desarrollo del proyecto de vida del trabajador, ya sea al despedirle sin causa justa o “retirarle” la confianza afectando su categoría, generando graves consecuencias en el ámbito personal y económico social); pues, “...el trabajador al momento de celebrar el contratado de trabajo, así como cuando es promovido a diversas áreas, tiene la certeza de prestar servicios relacionados con su categoría en el puesto de trabajo específico asignado...”⁽¹¹⁷⁾. Así, cuando se procede a reducir de categoría (regreso al puesto de trabajo antes

⁽¹¹⁵⁾ Sessarego, www.pj.gob.pe, 2016; 13.

⁽¹¹⁶⁾ Ídem; p. 15.

⁽¹¹⁷⁾ Cas. N° 2921 – 2011 – LA LIBERTAD, fundamento cuarto.

de asignarle el puesto de confianza o dirección) o destituir al trabajador (despedir al trabajador de confianza o dirección), sin casusa objetiva, razonable y proporcional, pese a adecuados o excelentes resultados en el desarrollo de funciones y capacitaciones laborales, se afecta directamente el derecho fundamental al desarrollo del proyecto de vida y el status económico social alcanzado; razón por la cual, además de proscibirse dichas acciones, deberá orientarse la interpretación y aplicación del derecho a efectos de seguir garantizando las condiciones de vida existentes durante el desempeño de la categoría “retirada”; pues, es con la consecuencia remunerativa del trabajo con el que se adquiere un status de vida y comodidad familiar (al menos, en términos económicos).

Ello, considerando también el principio establecido en el artículo 22 de la Constitución Política, al precisar que “El trabajo (...) Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona.”, el cual es – en su característica de principio – es semejante a los principios de seguridad jurídica, buena fe, y prohibición del abuso del derecho, y por tanto, tienen fuerza normativa directa y vinculante⁽¹¹⁸⁾; por lo que, toda persona (natural o jurídica) está en la obligación de respetar.

IV. Consecuencias remunerativas de la reducción de categoría del trabajador de confianza

El literal (a) del artículo 1 del Convenio N° 100 de la Organización Internacional del Trabajo, señala que el concepto “remuneración” está comprendido por “...el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, y cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, en concepto del empleo de este último;...” (subrayado nuestro).

Ya en la legislación nacional, el artículo 6 del TUO del D.L. N° 728 ha señalado que “Constituye remuneración para todo efecto legal el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en es-

⁽¹¹⁸⁾ Al respecto, puede revisarse Guastini, Riccardo, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento: concepto y condiciones”, Interpretación, Estado y Constitución, Lima, Ara Editores, 2010, pp.153-166.

pecie, cualquiera sea la forma o denominación que tenga, siempre que sean de su libre disposición. (...)”; siendo a su vez este concepto, parte integrante del contenido constitucionalmente protegido del derecho establecido en el artículo 24 de la Constitución Política, el cual refiere que “El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure para él y su familia, el bienestar material y espiritual”; por lo que siendo así, todo concepto económico que perciba el trabajador de confianza, que revista las características de libre disponibilidad, contribución al peculio directo del trabajador, y por la efectiva prestación del servicio, es objeto de protección no solo legal, sino constitucional (por tanto, de los principios de seguridad jurídica, buena fe, y prohibición del abuso del derecho).

En dicha naturaleza, podemos ubicar a la denominada Remuneración Básica, Remuneración por Cargo y Comisión (o como quiera que se le denomine), pues si dichos conceptos cumplen el supuesto exigido por Ley, y por el Convenio N° 100 de la OIT, deberá proscibirse todo acto tendiente, bajo supuestos vacíos de constitucionalidad, a reducir su percepción, pues este ha sido generado a partir de la carrera ascendente y mejora continua de las competencias del trabajador, y por tanto, son legítimamente incorporados a su esfera de derechos tutelados. Así pues, teniendo en cuenta que son derechos ganados por el trabajador (y que a partir del principio de progresividad, siempre deben ir mejorando, y no a la inversa), debe seguir percibiéndolos aun cuando se le encomiende nuevas actividades, tal y conforme la Corte Suprema de Justicia ha establecido, al precisar que “...la movilidad funcional válida (dentro de los límites) implica no desconocer los derechos remunerativos ya adquiridos...”⁽¹¹⁹⁾.

Por tanto, bajo el principio de primacía de la realidad remunerativa, de tener un concepto características remunerativas, ha logrado ser parte estructural de la remuneración total del trabajador, que ahora no podría desconocerse unilateralmente sin afectar derechos laborales, tal como ha quedado establecido en la Casación 3636-2010-CUSCO, y Ca-

⁽¹¹⁹⁾ Casación Laboral N° 6961-2012-JUNÍN, fundamento Vigésimo tercero.

sación N° 2921-2011-LA LIBERTAD, donde se ha precisado en resumen, que el retiro de confianza no podrá afectar la remuneración que percibía (e) el trabajador; siendo que, sobre ello no se puede decir que al modificarse la función asignada, se modificará unilateralmente e inmotivadamente en perjuicio la remuneración total obtenida, ya que ello podría afectar seriamente no solo el desarrollo del proyecto de vida del trabajador, sino directamente el status de socio económico alcanzado, que como hemos visto antes, tiene protección constitucional.

En la misma dirección, a través de la Casación N° 3636-2010-CUSCO, de fecha 17 de agosto de 2011, la Corte Suprema ha establecido con total claridad que "...de las normas constitucionales y supranacionales que respaldan la remuneración de los trabajadores, se colige que: i) es jurídicamente válido aplicar la prohibición legal de reducción inmotivada de remuneraciones consagrada en el inciso b) del artículo 30° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, a los trabajadores de confianza, pues no existe razón jurídica para su exclusión al no existir norma que determine ello (principio de legalidad); ii) a este tipo de trabajadores de "confianza" –utilizando el término genérico que abarca a los trabajadores de confianza propiamente dicho y a los trabajadores de dirección–, también les resulta aplicable conforme lo exige la Ley N° 9463, que medie acuerdo expreso e indubitable respecto de la reducción de la remuneración, no siendo posible admitir la misma, si se origina en la decisión unilateral e inmotivada del empleador; y, iii) el contexto mismo de las circunstancias que rodean a este tipo de trabajadores, como el tiempo que dura la designación, y atendiendo a la conexidad existente entre el derecho a la remuneración equitativa y el principio-derecho a la dignidad de la persona, hace que el quantum remunerativo adquiera una importancia significativa para alcanzar los fines de la remuneración previstos en nuestra norma constitucional, cual es, el lograr el bienestar material y espiritual del trabajador"⁽¹²⁰⁾.

En la misma Sentencia, en el fundamento vigésimo quinto la Suprema Corte ha señalado que "no constituye razón válida para dispensar

⁽¹²⁰⁾ Fundamento Vigésimo Tercero, de la Casación N° 3636-2010-CUSCO.

un trato remunerativo diferenciado al demandante, el haberlo retirarlo (sic) del cargo de confianza que venía desarrollando, pues la tesis de la asunción de distinto cargo –e indirectamente distintas funciones–, desconoce abiertamente no solo el derecho del trabajador de que su remuneración no sea disminuida inmotivadamente, cuya base es constitucional y supranacional; sino que también, desconoce el carácter social del salario, según el cual este "sirve para designar a todos los componentes de la remuneración que no tienen origen contraprestativo" y que implican que "el trabajador se obliga a realizar su prestación para obtener los medios necesarios para satisfacer sus necesidades", dado que, "el salario tiene una doble función: retribuir el servicio prestado y sustentar al trabajador, función recogida por el principio de suficiencia". Es este el contexto en que debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 6° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, que regula lo que debe entenderse por remuneración." Y ello es así, por cuanto "...el poder del empleador para modificar las condiciones de trabajo tiene límites, es decir, no es absoluto, pues dicha libertad se encuentra regulada en los principios de progresividad de las remuneraciones, protección e irrenunciabilidad de los derechos laborales, puesto que ningún acto dentro del sistema de personal debe afectar la integridad de la remuneración del trabajador; en tal horizonte, se establece que toda medida del empleador que busque modificar las condiciones de trabajo, debe superar el test de razonabilidad, es decir, las medidas adoptadas, deben ser razonables, objetivas, proporcionales y previsibles; de no superar dicho test, estaremos ante la existencia de un acto de hostilidad."⁽¹²¹⁾ (Negrita nuestra). Siendo así, fácilmente concluimos que no es posible reducir la remuneración a sola voluntad del empleador por el "retiro" de la confianza (reducción de categoría).

En semejante sentido jurisprudencial, a través de la Casación Laboral N° 2921-2011-LA LIBERTAD, de fecha 21 de marzo de 2011, ante un caso semejante, estableció que para establecer o no la tipificación de reducción inmotivada de categoría y remuneración, es necesario "...

⁽¹²¹⁾ Fundamento Vigésimo Quinto y Sexto de la Casación N° 3636-2010-CUSCO, respectivamente.

precisar qué implica el término ‘categoría’ en la doctrina laboral, según ALONSO OLEA ‘ (...) cada trabajador posee una calificación o categoría profesional que se tiene en cuenta al tiempo de contratar y a lo largo de la ejecución del contrato de trabajo, en virtud de la cual se le clasifica profesionalmente (...)’. Por su parte BLANCAS BUSTAMANTE opina que ‘ (...) categoría profesional y puesto de trabajo devienen conceptos distintos. El primero hace referencia a una posición o status determinado por la profesión, oficio, especialización o experiencia laboral del trabajador; el segundo indica las funciones concretas que desempeña el trabajador con la empresa (...)’. En ese sentido, puede concluirse que el trabajador al momento de celebrar el contrato de trabajo y ser promovido a diversas áreas, tiene la certeza de prestar servicios relacionados a su categoría profesional y, como consecuencia de ello, la prestación de servicios deberá permitir desarrollar aún más sus actitudes profesionales...”.

Siendo así, es legítimo asumir que de dicha seguridad (jurídica) también abarca el contexto remunerativo, y por tanto, el Estado deberá velar porque este no sea reducido a simple voluntad del empleador, afectando el principio de suficiencia remunerativa y dignidad del trabajador; mucho más, si como hemos dicho antes, el trabajo y el ascenso a categoría superior en el desarrollo de este, tiene directa relación con el desarrollo del proyecto de vida, no solo del trabajador, sino de la familia de este, pues, las consecuencias remunerativas de la prestación del servicio bajo subordinación, se evidencian en el bienestar familiar y social, hecho que se logra –entre otras formas– con la remuneración (pago de servicios, universidad, alimentación, vestido, etc).

Por tanto, resulta a la luz de los valores constitucionales estudiados en el desarrollo del presente trabajo, en un imposible jurídico reducir la remuneración obtenida al trabajador que, abusivamente, se le ha ‘retirado’ la confianza y afectado su categoría, pesando frente a esta posibilidad empresarial, valores constitucionales superiores.

V. Conclusiones

- El fundamento del poder de dirección como elemento esencial de la relación jurídica laboral, es el derecho fundamental a la libertad de empresa que tiene todo ciudadano, el cual, no solo implica crear o insertarse en actividades económicas y productivas, sino definir sus propios fines, y en función a ellos auto regularse y dirigirse; de ahí que, se encuentra facultado también, en comunidad con el derecho a la libertad contractual, a elegir quienes serán sus trabajadores de dirección y de confianza.
- La relación jurídica laboral, dado nuestro modelo de estado social, se encuentra revestido con mayor peso, de principios fundamentales como el de seguridad jurídica, buena fe, prohibición del abuso del derecho, dignidad y del desarrollo del proyecto de vida de la persona humana que precisamente es el fin supremo de la sociedad y del Estado; por lo que, toda acción del empleador deberá respetar estos principios, dado que los valores constitucionales así lo exigen; incluso, en tanto principios y derechos directamente invocables.
- Al asignarse funciones de categoría superior que implique el otorgamiento de confianza (que cataloga al trabajador como de confianza), comúnmente se le aumenta la remuneración; la cual, obviamente canaliza la materialización de los valores fundantes a los que nos hemos referido la conclusión anterior; por lo que, al retirarse esta, el empleador deberá cuidar de que su decisión sea debidamente motiva y razonable, a fin de que no trastoque el control de constitucionalidad de la relación laboral.
- En el caso de que el empleador actúe abusivamente, afectando los valores constitucionales como el de seguridad jurídica, buena fe, y prohibición del abuso del derecho, a fin de que no afecte el desarrollo del proyecto de vida del trabajador, el status económico social alcanzado, y por tanto, su esfera de dignidad, estará proscrita la posibilidad de reducirle la remuneración, ya que además, esta (el ‘aumento’) se ha convertido en parte estructural de la relación jurídica laboral.

VI. Lista de referencias

Textos

GUASTINI, R. (2010). La ‘constitucionalización’ del ordenamiento: concepto y condiciones”, Interpretación, Estado y Constitución. Lima: Ara Editores.

REVISTA JURÍDICA DE SEGURIDAD SOCIAL. (23 mayo 2017). Pérdida objetiva de confianza (depende de la labor desempeñada por el trabajador. De <http://www.binasss.sa.cr/revistas/rjss/juridical3/jurisp10.pdf>

SESSAREGO, C.F

(2016). El daño al “proyecto de vida” en la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos. En:

https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/0532498043eb964c941df40365e6754e/El_da%C3%B1o_al_proyecto_de_vida_Carlos_Fern%C3%A1ndez_Sessarego.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=0532498043eb964c941df40365e6754e

(Octubre, 2017). <http://dike.pucp.edu.pe>. En http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_4.PDF

Sentencias y Resoluciones

STC 03501-2006-AA/TC. (Tribunal Constitucional, 15 de marzo de 2007).

Casación N° 3636-2010-CUSCO. (Corte Suprema 17 de agosto de 2011).

Casación N° 2921-2011 (Corte Suprema 21 de marzo de 2012).

Cas. N° 3106-2016, LIMA. (Corte Suprema 9 de setiembre de 2016).

Exp: N° 6961-2012-JUNÍN (Corte Suprema 22 de marzo de 2013).

Exp. N° 03285-2013-PA/TC. (Tribunal Constitucional 23 de julio de 2014).

Legislación

Constitución Política del Perú (1993)

D. Leg. N° 728. Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

Investigación Jurídica



La idea de investigación jurídica

The idea of legal research

TANTALEÁN ODAR, Reynaldo Mario(*)

SUMARIO: I. ¿Qué es la idea de investigación? II. Fuentes de las ideas investigativas. III. Recomendaciones para ubicar ideas investigativas jurídicas. IV. Requisitos de la idea investigativa, V. Conclusión: la primera revisión de literatura para afinar la idea. VI. Lista de referencias.

Resumen: En toda investigación, antes de formularse el problema, se presenta la idea, que surge como un pensamiento no sistemático, vago y previo a la profundización del tema de estudio. Es en esta etapa que se cuenta con información preliminar que nos permita contar con los elementos suficientes que nos muestren las facetas diversas del tema elegido, sin los cuales no sería posible desarrollar de manera fructífera la investigación. Es recomendable, por tanto, que se aclaren las ideas y definan claramente sus propósitos, así como rodearse de información. En este artículo se establecen algunas pautas para afinar la idea de investigación, entre las que se consideran la revisión de fuentes relacionadas al tema y el recoger testimonios de los expertos que puedan aportar al aterrizaje del problema; tan importante como estos aspectos, es el asegurarse de que se trate de un tema que no

(*) Abogado por la Universidad Nacional de Cajamarca. Doctor en Derecho. Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca. Juez Especializado Civil.

haya sido materia de una investigación previa y que sea relevante e importante. Se sostiene que la elección de una buena idea, por lo general, asegura una buena investigación; y, por el contrario, una mala elección determina, por lo general, un mal resultado investigativo. El significativo aporte de este artículo lo constituye el desarrollo de los requisitos de una buena idea que son la viabilidad, la novedad y la relevancia; mismos que aseguran que el producto sea calificado como una buena investigación.

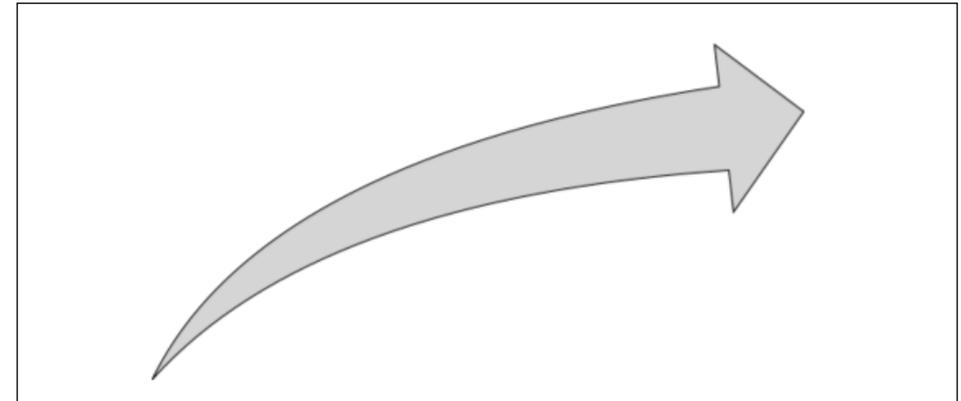
Abstract: *In all research, before formulating the problem, the idea is presented, which arises as a non-systematic, vague and prior to the deepening of the subject of study. It is at this stage that we have preliminary information that allows us to have enough elements to show us the diverse facets of the chosen topic, without which it would not be possible to develop the research in a fruitful way. It is advisable, therefore, to clarify ideas and clearly define their purposes, as well as surround themselves with information. In this article some guidelines are established to refine the idea of research, among which are considered the review of sources related to the subject and collecting testimonies from experts that can contribute to the landing of the problem; As important as these aspects, it is to make sure that it is a subject that has not been the subject of a previous investigation and that is relevant and important. It is maintained that the choice of a good idea, in general, ensures a good investigation; and, on the contrary, a bad choice determines, in general, a bad investigative result. The significant contribution of this article is the development of the requirements of a good idea that are viability, novelty and relevance; same that ensure that the product is qualified as a good investigation.*

I. ¿Qué es la idea de investigación?

La idea es el punto de partida de toda investigación. Se trata de la primera aproximación a aquello que se pretende estudiar. De aquí se desprenderá el problema, luego el proyecto y finalmente la tesis o el producto investigativo que fuere. Por tanto, la elección de una buena idea, por lo general, asegura una buena investigación; en cambio, la elección de una mala idea determina, por lo general, un mal resultado investigativo (*vid.* Bunge 1972, 191; Arellano García 2008, 194). Entonces, el primer paso en todo estudio consiste en sacar a la luz una idea a ser estudiada (Kerlinger y Lee 2001, 14), la cual, obviamente, aún no es el

problema de investigación, sino que es el paso previo para la localización del problema (Sánchez Fernández 2005, 65; Sánchez Zorrilla 2006, 20).

Gráfico 01: El proceso investigativo desde la idea



Así, la primera tarea que tiene un investigador es la de elegir la idea investigativa, y por lo dicho, no se trata de una labor trivial o minúscula.

Lamentablemente esta selección o, mejor dicho, captación de la idea no es una tarea muy sencilla (*cf.* Piscoya Hermoza 1995, 99). Y no lo es porque, si bien los libros pueden orientarnos al respecto, dependerá en gran medida de la habilidad del investigador para detectarlas. Por ello se afirma que esta es la parte más difícil e importante del proceso investigativo (Kerlinger y Lee 2001, 14).

Los temas investigativos no aparecen etiquetados, sino que es tarea del investigador evidenciarlos, haciendo ver por qué pueden ser materia de estudio y de qué modo su solución ayudará al conocimiento (Sánchez Fernández 2005, 60). En efecto, una dificultad insalvable es que no existen procedimientos seguros para detectar buenos problemas investigativos con medios prescritos (Bunge 1972, 192), puesto que el talento del investigador no puede ser suplido por regla o máquina alguna (Piscoya Hermoza 1995, 116). No hay reglas, ni recetas para detectar ideas nuevas, para eso se necesitan cerebros vivos, bien equipados (aunque no excesivamente porque un cerebro muy cargado tendrá la mayor parte de ideas ajenas) (Bunge 2012, 70).

Y aunque los temas investigativos reclaman continuamente ser estudiados, lamentablemente la visión miope y nada crítica del ser humano, no acostumbrado a problematizar, logra que no se dé cuenta de esa gran cantidad de objetos o temas dignos de ser estudiados. Por ello se ha dicho que los problemas susceptibles de investigación abundan pero la dificultad del principiante es no saber localizarlos (Piscoya Hermoza 1995, 100). Ya con algo de experiencia la captación de ideas dignas de investigar se hace más sencilla (*cf.* Bunge 1972, 193), puesto que, si bien se requiere de algo de “sensibilidad” para poder captar ideas interesantes y merecedoras de ser estudiadas (sensibilidad de la cual carece un novato), no es menos cierto que con el tiempo y con ejercicio mental esa sensibilidad puede conseguirse (Sánchez Fernández 2005, 63). Para terminar tenemos que la detección de la idea de investigación es importante porque ella determinará la parcela de la realidad jurídica en la cual se desenvolverá el estudio, que es a lo que se denomina objeto de la investigación (Witker 1995, 25), lo cual se concatena directamente con el área de investigación jurídica.

II. Fuentes de las ideas investigativas

Las fuentes de donde pueden surgir las ideas son múltiples y pueden ir desde fuentes muy calificadas hasta fuentes de nivel elemental o básico. Así, por ejemplo, se pueden ubicar ideas en una clase, en un evento académico, en una revista especializada, en un libro, en un vídeo que contenga una entrevista o una conferencia, en internet, en bases de datos, etc. Pero también podemos encontrar ideas en una experiencia personal, en una conversación, en un evento pasajero, en un sueño, en una película, etc. (*vid.* Kerlinger y Lee 2001, 14).

Quizá lo más importante de esta parte consiste en afirmar que no existe una relación directa entre la calidad de la fuente y la calidad de la idea (Hernández Sampieri, Fernández Collado y Baptista Lucio 2010, 26). Es decir, si bien es cierto que una fuente de alto nivel puede regularmente originarnos una idea de alta calidad, ello no siempre ocurre así. Y esta situación, como ya adelantamos, obedece a que la habilidad del investigador para la detección de ideas no puede ser suplida por nada,

pues es una dificultad insalvable el hecho de que no existan procedimientos seguros para detectar problemas (Piscoya Hermoza 1995, 116). Ergo, uno puede revisar una fuente de alta calidad como una revista especializada y elegir una idea muy elemental; o a la inversa uno puede partir de una fuente simple como una trivial conversación y detectar una idea de alto nivel.

III. Recomendaciones para ubicar ideas investigativas jurídicas

Aunque ya vimos que el talento del investigador es determinante para detectar ideas dignas de ser investigadas, pues los temas investigativos no surgen en forma pasiva y requieren en todos los casos de la actitud inquisidora del agente (Sánchez Fernández 2005, 61), pasamos a dar a conocer algunas sugerencias para su detección.

1.1. Preguntarse si algo anda mal (o por qué no anda mal)

Una primera recomendación muy simple para ubicar ideas es hacernos la pregunta de si “**algo anda mal**” en el sector o rubro donde queremos estudiar. Si percibe que “todo va bien” (cosa que por lo general no ocurre) entonces no habrá espacio para una idea investigativa, a menos que postule que “puede ir mejor”. En cambio, si percibe que algo no anda bien, allí tiene una idea para investigar.

Aquí, es de mucha ayuda la experiencia que tenga el investigador sobre la parte de la realidad que desea estudiar (Zelayarán Durand 1997, 49). Por ejemplo, si alguien desea hacer una investigación en derecho ambiental, debe partir por preguntarse si ¿todo está bien? Evidentemente, si observa con detenimiento, verá que no es así y será capaz de detectar que tenemos dificultades con la regulación y cumplimiento efectivo de los Estudios de Impacto Ambiental, que en muchos lugares se adolece de la licencia social para el despliegue de actividades extractivas-contaminantes, que en algunos sectores administrativos hay un grado de corrupción o deficiencias logísticas que impiden una buena tarea gubernativa en materia ambiental, que el derecho a la libre determinación de los pueblos es de posible aplicación en estos casos, que las normas

penales ambientales casi nunca se cumplen, que las indemnizaciones por daños ambientales no son verdaderamente satisfactivas, entre tantas otras dificultades.

Aunado a lo dicho se pueden intentar otras tantas interrogantes similares respecto de un aspecto puntual, a fin de poder ubicar una idea investigativa, como, por ejemplo: ¿qué aspectos no están claros dentro de un cuerpo de conocimientos?, ¿qué dificultades teóricas o prácticas existen en determinado rubro?, ¿qué se pretende responder?, ¿de qué modo esto ayuda a resolver una discusión?, etc. En suma, se trata de mostrar en qué aspecto del tema elegido hay una dificultad del conocimiento (Sánchez Fernández 2005, 60).

Desde otra óptica, y aunque parezca contradictorio a todo lo que acabamos de decir, con mucho acierto se señala que también es posible investigar justamente en el lado contrario del polo negativo. Efectivamente, no solo generan ideas investigativas los sucesos o hechos negativos para el individuo y la sociedad, sino que también forman parte del espectro científico de la investigación, las situaciones o hechos no problemáticos que son hasta deseables por el individuo y la sociedad. En este contexto, problematizar quiere decir no hacer del tema un problema por resolver, sino más bien significa la explotación de posibilidades de abordaje (Reza Becerril 1997, 223).

Es decir, si un problema en sentido negativo es, por ejemplo, la violencia física y psicológica de un varón a una mujer dentro de un país machista, es totalmente viable y hasta interesante estudiar a los varones que no violentan ni física ni psicológicamente a sus mujeres estando aun dentro del mismo entorno machista. Igualmente, si se hacen estudios donde se muestra que una familia con carencia económica es un factor determinante para la aparición de adolescentes pandilleros, es importante también estudiar a los adolescentes que provienen de familias con similares o peores carencias económicas pero que jamás de inmiscuyeron en pandilla alguna. En la misma senda, si por lo general un reo al salir de prisión no sale resocializado, sería significativo investigar por qué algunos reos sí salen prácticamente resocializados y con ánimo de no volver a delinquir.

1.2. Revisión del devenir diario

Otro modo de ir detectando ideas es hacer la observación del día a día de cada sujeto para encontrar temas merecedores de ser investigados (*cf.* Ramos Núñez 2000, 32 y ss.), es decir, se trata de la observación cuidadosa de los hechos y de los fenómenos que nos rodean (Pérez Escobar 1999, 116), pero recordando que se trata de una observación problematizante (Sánchez Fernández 2005, 61), es decir, crítica de la cotidiana realidad social, institucional o normativa (Solís Espinoza 2008, 138), lo cual se facilita si se recuerda que el derecho tiñe todas las esferas de la vida humana (*cf.* Nino 2003, 1). Por ejemplo, una chica al levantarse se aplica un producto cosmético y detecta que le genera escozor. Busca la fecha de vencimiento y no la encuentra, entonces procede a llamar al número gratuito que aparece en el envase, y al llamar resulta que no puede acceder porque la línea realmente no es gratuita. Superado este impase, le contestan que la fábrica no está obligada a colocar fechas de vencimiento a estos cosméticos y que en todo caso la fecha es 11/12/16. Estando en el año 2016, la chica entiende que el producto está vigente, pero al seguir preguntando resulta que el rotulado es a la inversa por lo que el producto habría vencido en el año 2011.

Como se puede ver, en este breve caso podemos detectar un sinnúmero de ideas: ¿qué tan cierto es que los cosméticos no deben llevar fecha de vencimiento?, de ser cierto ello ¿por qué se ha regulado así?, de no ser cierto ¿por qué en esta fábrica dicen que ellos no tienen la obligación?, ¿por qué no se la sanciona?, ¿habrá normatividad internacional al respecto?, ¿qué autoridades son las competentes para esta vigilancia? Por otro lado: ¿quién controla lo de las líneas de servicio gratuito?, ¿cuáles han sido los criterios para establecer la gratuidad de estas líneas?, ¿qué sanción se impone en caso de incumplimiento?, ¿quién la impone? En fin: ¿existe regulación respecto de la colocación de fecha en el rotulado?, si la hay ¿por qué no se sigue el patrón de la gente común? o ¿por qué no se la respeta?, y si no la hay ¿por qué no la hay?, si este producto es importado ¿por qué no se unifica a un solo patrón de fecha?, etc.

Para culminar, a este devenir diario se puede aunar la observación de los cambios sociales, institucionales, tecnológicos o normativos, entre otros,

que dan lugar a nuevas situaciones problemáticas y, por ende, a nuevas ideas de investigación (Solís Espinoza 2008, 138); pues se ha dicho que, a fin de cuentas, la fuente última de ideas a investigar es la práctica social, pues los problemas prácticos reiterativos generalmente evidencian que hay alguna dificultad por superar en la teoría (Sánchez Fernández 2005, 62-63).

1.3. Revisar las reducciones y relaciones de los ámbitos de validez normativa

Otra de las recomendaciones para detectar ideas jurídicas investigativas, por cierto, de sumo provecho, es seguir el esquema de las reducciones y relaciones de los ámbitos de validez de la norma jurídica (*cf.* Bobbio 2013, 20 y ss.; Díaz 1998, 17 y ss.). Así tenemos que respecto de una norma jurídica es posible establecer, mínimamente, hasta tres criterios valorativos, siendo dichos criterios independientes entre sí. O sea, al ingresar al estudio de una norma jurídica se postula un triple orden de problemas que se tornan necesarios evaluar: Si la norma jurídica es válida o inválida, si es eficaz o ineficaz, y si es legítima o ilegítima.

Resumiendo, tenemos que el problema de la validez refiere averiguar si la norma jurídica existe o no dentro del ordenamiento jurídico; por su parte, el problema de la eficacia normativa busca conocer si la norma jurídica es o no cumplida por las personas a quienes se dirige, y en el caso de ser violada, si es que se la hace valer con medios coercitivos por la autoridad que la ha impuesto; por último, el problema de la legitimidad o justicia de la norma jurídica parte de entender que todo ordenamiento jurídico persigue siempre algunos fines o valores, así la norma será justa si es apta para realizar esos valores.

Con todo lo dicho, es fácil entender que la norma jurídica perfecta será aquella que cumpla con los tres requisitos a la vez, es decir que sea válida, eficaz y legítima al mismo tiempo, y, por ende, ese será un espacio inidóneo para ubicar ideas investigativas.

Pero gran parte de las normas jurídicas no cumplen con los tres criterios por lo que, si procedemos a combinarlas en grupos de dos, llegaremos a seis resultados que nos pueden facilitar la detección de ideas para investigar.

- La norma válida pero ineficaz trata de la norma jurídica debidamente promulgada o emitida pero que en la vida real no se cumple, o que no existen mecanismos coercitivos suficientes para coaccionar a los incumplidores. Por ejemplo, se puede ver una Ordenanza Municipal que prohíbe arrojar basura en un lugar determinado, y justamente es en ese mismo lugar donde la basura abunda. Otro claro ejemplo es el de los paraderos prohibidos, donde lamentablemente los vehículos se parquean. Un ejemplo adicional lo constituye la pena de muerte que, si bien está vigente constitucionalmente, es absolutamente ineficaz dado que no se la aplica realmente.
- En el caso de la norma eficaz pero inválida, estamos frente a una norma que es cumplida en la realidad de modo espontáneo y habitual pero que no ha llegado a ser aún acogida formalmente por el ordenamiento jurídico, en el sentido de no haber sido acogida estrictamente por la autoridad competente para ello. Los ejemplos típicos aluden a las costumbres arraigadas en algunos lugares cuyo cumplimiento es ineludible para los moradores, evidentemente sin estar respaldadas por algún dispositivo que así lo mande.
- En el caso de la norma válida pero ilegítima hablamos de la norma jurídica correctamente emitida pero que es considerada injusta por sus destinatarios. Por ejemplo, tenemos al pago de pensiones en una institución educativa particular por un número menor de meses efectivos por el que se cancela.
- La norma legítima pero inválida se trata de una norma que está acorde al sentir de justicia de los destinatarios, pero que en la realidad no existe como tal. Por ejemplo, cuando en una institución universitaria no existe un procedimiento para sancionar a los docentes que inasisten a una sustentación de grado. Aquí el dispositivo no existe formalmente, pero debiera existir. Este punto es clave en materia investigativa puesto que los abogados muchas veces piensan en sus investigaciones de manera propositiva, apuntando a la dación de un dispositivo o a la modificación o supresión de uno ya existente. Justamente en estos casos se suele ver la disparidad entre la legitimidad y la invalidez.

- El caso de la norma eficaz pero ilegítima trata de una norma que efectivamente se cumple en la realidad, pero que desde la óptica de los destinatarios es ilegítima o injusta. Aquí podemos ver el caso de algunos embargos o desalojos que formalmente son correctos pero que a la luz de la justicia no lo son.
- Por último, una norma puede ser legítima pero ineficaz, o sea, es una norma considerada justa pero incumplida en la realidad. Y al igual que en el caso anterior, el hecho de que una norma no sea respetada tampoco es prueba determinante de su injusticia. Por ejemplo, podemos ver a muchas sanciones por infracciones de tránsito, donde todos están de acuerdo en que se las imponga, pero lamentablemente ello no es lo usual.

En resumen, si alguien detectase una norma jurídica en donde falte o la validez, o la eficacia, o la legitimidad, ya puede hacer una aproximación a una idea investigativa.

Por otro lado, ya vimos que una norma perfecta sería aquella que, a la vez, es válida, eficaz y justa, constituyéndose en una buena solución. Pero una fuente permanente de ideas investigativas lo constituye también la constante revisión y el cuestionamiento a que está sujeta una construcción teórica, y ello porque esta puede perder su condición de buena solución de la que gozaba en un momento dado. Es decir, se generan ideas cuando dentro del ámbito para el cual se aceptó que una construcción teórica se cumplía, se detectan acontecimientos que ya no son satisfactoriamente explicados por ella (Piscoya Hermoza 1995, 102).

1.4. Revisar literatura y otras fuentes de alto nivel

Es evidente que, al revisar literatura jurídica de nivel, se puedan detectar temas merecedores de ser investigados, pues los libros y otros documentos son siempre fuente de inspiración para las investigaciones (Pérez Escobar 1999, 115; Zelayarín Durand 1997, 49). Y lo mismo sucede cuando se conversa con especialistas en determinado ámbito del derecho; ellos nos pueden dar luces para ubicar ideas investigativas provechosas, pues siempre son fructuosas las conversaciones con personas

versadas en determinados temas (Arellano García 2008, 194-195; Pérez Escobar 1999, 116; Zelayarín Durand 1997, 49).

Ciertamente, los libros, artículos y otras publicaciones especializadas pueden sugerir o generar ideas de investigación, así como la consulta o discusión con personas que tienen mayor experiencia en el campo que se pretende estudiar (Solís Espinoza 2008, 139-140). Sin embargo, es recomendable enterarse, sobre todo, de los temas que han sido objeto de tesis o investigaciones recientes (Pérez Escobar 1999, 116).

En este punto es menester precisar que será de mayor utilidad una lectura o escucha crítica (Sánchez Fernández 2005, 62) que cuestione lo dicho por los autores, antes que una mera revisión de las fuentes.

1.5. Revisar los problemas y soluciones vigentes

El profesor Bunge (1972, 192), con la claridad que lo caracteriza, recomienda cuatro acciones indistintas para detectar buenas ideas, las cuales son plenamente aplicables al ámbito jurídico: 1) Criticar soluciones conocidas, buscando puntos débiles en ellas, de modo tal que se les encuentre algún defecto y se intente la mejor;⁽¹²²⁾ se trata, entonces, de una suerte de redescubrimiento, volviendo a hacer las mismas observaciones y experiencias que otros han hecho para comprobar si sus métodos y conclusiones fueron o no acertados (Pérez Escobar 1999, 116); 2) Aplicar soluciones conocidas a situaciones nuevas y examinar si siguen valiendo para estas, de tal modo que se examine si estas soluciones tienen un ámbito de validez mayor;⁽¹²³⁾ 3) Generalizar viejos problemas, de manera que se actualice un problema antiguo con la introducción de nuevas propiedades o variables;⁽¹²⁴⁾ y 4) Buscar relaciones entre problemas, es decir conectando los problemas eminentemente jurídicos con otras

⁽¹²²⁾ Como la crítica a la propuesta de ponderación de Robert Alexy. Cf. Ruay Sáez 2014.

⁽¹²³⁾ Por ejemplo, evaluar si la nulidad por fraude procesal es extensible a los diversos mecanismos de resolución de conflictos sean auto-compositivos o hetero-compositivos. Cf. Tantaleán Odar 2008.

⁽¹²⁴⁾ Por ejemplo, cuando se recrean los clásicos vicios de la voluntad negocial introduciendo los aspectos informáticos, de asimetría informativa, de abuso de posición dominante, etc. Cf. Espinoza Espinoza 2008, 464 y ss.

áreas del saber; por ejemplo con la educación,⁽¹²⁵⁾ la arquitectura,⁽¹²⁶⁾ etc., pero sin perder de vista que el estudio tiene que ser de índole jurídica y no de otra rama del saber humano (Arellano García 2008, 194).

1.6. Elegir la idea dentro de un área de interés del investigador

La elección de la idea de investigación implica la determinación del objeto de la tesis, el cual está constituido por aquella parcela de la realidad jurídica donde se desenvolverá el estudio. Esta parcela, a su vez, pertenece a un conjunto más amplio del saber jurídico (Witker 1995, 25).

A cada uno de estos campos los denominamos área de investigación. Y estas áreas se concatenan con las diversas ramas del saber jurídico.

Para entendernos, conocemos que el saber jurídico cuenta con subdivisiones. Por ejemplo, la primera divide al derecho en público, privado y mixto (*cf.* Arellano García 2008, 184 y ss.). Dentro del derecho privado están el derecho civil, el comercial y el cooperativo. A su vez cada uno de ellos se subdivide; por ejemplo, el derecho civil se divide en parte general y especial; y la parte especial, a su vez, en derecho civil patrimonial (reales y contratos-obligaciones) y en no patrimonial (personas, familia y sucesiones). Algo similar sucede con el derecho comercial y con cada una de las ramas presentes en la esfera pública y mixta;⁽¹²⁷⁾ lo que no quiere decir que sea inadecuado un estudio que se engarce en más de un área, rama o subrama jurídica (Arellano García 2008, 190).

Como es evidente, un punto de partida sumamente útil para empezar los estudios jurídicos consiste en elegir el área jurídica en la que el investigador se sienta a gusto (*vid.* Arellano García 2008, 191; Bunge

⁽¹²⁵⁾ Nos ha tocado revisar una tesis donde se detectaban y evaluaban las consecuencias nefastas que trajo consigo la propuesta educativa de los “profesores de tercera” implantada en el Perú a base de normas jurídicas improvisadas.

⁽¹²⁶⁾ Por ejemplo, alguna vez hemos evaluado una investigación sobre arquitectura jurídica referida a cómo y dónde se deben construir los establecimientos penitenciarios.

⁽¹²⁷⁾ El profesor Arellano (2008, 184-190) nos habla de sector, rama, subrama e institución. Por ejemplo, para un primer caso: derecho privado, derecho civil, acto jurídico, la acción pauliana; y para otro supuesto: derecho público, derecho constitucional, derecho constitucional general, el control difuso.

1972, 191; Pérez Escobar 1999, 128; Reza Becerril 1997, 218; Sánchez Zorrilla 2006; 11-15), hecho que se ve favorecido por la amplia gama de áreas de estudio del derecho.

Por tanto, una primera labor del investigador consiste en ubicarse en el área donde se sienta cómodo, sea porque le gusta y conoce el tema o porque sin conocerlo tan bien, le apasiona dicha rama, puesto que ello servirá como automotivación, sobre todo en los momentos de infertilidad intelectual.

Se trata, entonces, de un interés espontáneo hacia determinada área del saber jurídico, donde se comprende también al interés que pueda tener el estudioso por motivos de especialización o perspectiva profesional (Arellano García 2008, 192; Bunge 1972, 191; Reza Becerril 1997, 218-219; Witker 1995, 26), pues, por lo regular, quien define mejor su tema a investigar es aquel que desde un inicio se aboca al desarrollo de una materia con cierta especialización (Sánchez Fernández 2005, 63).

En suma, para que la investigación sea fecunda, el problema debe ser interesante, debe apasionar al estudioso (Bunge 1972, 214-215).

Como contrapartida, si no nos gusta, peor, si detestamos una determinada área jurídica, mal haríamos en iniciar una investigación en dicho espacio, pues no hay nada peor que trabajar en lo que a uno no le agrada.

Suele ser también un buen criterio para elegir el área del estudio, aquella que uno maneja o según la labor que uno despliega en el día a día (Arellano García 2008, 192; Pérez Escobar 1999, 129; Reza Becerril 1997, 218; Witker 1995, 26). Por ejemplo, si trabajo en la Administración tributaria, se me facilitaría elegir como área de investigación el derecho tributario.

Ciertamente, se dice que para que un estudio sea fructífero, además de que el problema atraiga al investigador, este también debe estar bien equipado para estudiarlo, pues es muy poco frecuente que un aficionado sin preparación pueda enfrentarse con un problema científico (Bunge 1972, 214-215 y 222).

No obstante, insistimos en que el mejor criterio es siempre la atracción individual hacia tal o cual rama jurídica. Ergo, si a mí no me gusta

el derecho tributario, mal haría en iniciar una tesis en dicha rama, incluso trabajando al interior de la Administración tributaria; y esto lo decimos porque existen bastantes sujetos que trabajan en centros laborales donde no están a gusto, y que dominan una determinada materia, pero que tiene que seguir allí debido al déficit de puestos de empleos o las deficiencias remuneratorias de nuestro país.

Como adelantamos, la elección del área de derecho que más nos atraiga servirá como un aliciente automotivador a lo largo del trabajo (*vid.* Bunge 1972, 192); y justamente hará que sigamos adelante cuando nos sobrevengan los momentos aridez mental y cansancio.

1.7. Ubicar varias ideas

Una recomendación para finalizar consiste en que es mejor hacer un esfuerzo para detectar **varias ideas** y no solo una. Esta pluralidad de ideas hará que el investigador cuente con más opciones ante cualquier eventualidad, pues ya la primera revisión de literatura se encargará de mostrar cuál de las ideas merece ser tratada como tal y cuál deberá ser desechada.

IV. Requisitos de la idea investigativa

Pasemos ahora a revisar los requisitos que rodean a una idea investigativa

1.1. Viabilidad

El punto de partida para que una idea siga adelante es que sea viable, es decir, susceptible de ser estudiada. Que una idea sea viable quiere decir que su estudio, por las circunstancias que la rodean, es probable de poderse llevar a cabo; por ello no suele bastar que a un investigador le guste cierta idea para ser desarrollada.

Si bien la viabilidad se conecta más con asuntos objetivos que subjetivos, para fijar el tema de la viabilidad, el investigador debe tomar muy en cuenta los recursos en general y el tiempo con los que cuenta. Muchas tesis no se terminan porque, por ejemplo, el investigador no pudo

acceder a libros por su alto valor,⁽¹²⁸⁾ o no pudo costear la obtención de tantas copias de ciertos documentos, o simplemente algunos documentos vitales para el estudio no estaban a su alcance; otras tantas no se culminan porque el tiempo que se les concedió era muy reducido para el plan que elaboraron (*vid.* Arellano García 2008, 194), o porque el investigador planificó un estudio que requería de mucha más dedicación, pero apenas sí contaba con algo de tiempo para su avance.⁽¹²⁹⁾

En la misma línea, por ejemplo, por muy interesante que parezca, es prácticamente imposible un estudio a base de archivos secretos de las fuerzas armadas locales.

Igualmente, no se puede hacer una tesis que implique ineludiblemente el conocimiento de un idioma extranjero que no conoce el investigador (Eco 1977, 43). Por ejemplo, si alguien quisiese estudiar la evolución del pensamiento penal alemán en cuanto a la estructura de los elementos subjetivos del delito, es ineludible que debe saber alemán; pues, por muy buena que sea la idea, no será viable de ejecución, si es que en ese momento el estudioso no maneja el idioma teutón.

A la par sucede cuando en un trabajo de campo no se cuenta con el personal de apoyo suficiente como para ejecutar el estudio, no pudiendo realizarlo únicamente el investigador.

De modo resumido, si bien la inclinación o gusto que demuestre el investigador por cierta área de investigación es un buen punto de partida para la detección de la idea, ello debe ir de la mano con las capacidades con las que cuenta para abordar el tema investigativo elegido, además de los recursos con los que cuenta para ello (*vid.* Bunge 1972, 192). En suma, hay que saber conjugar los intereses del estudioso, sus capacidades individuales y las posibilidades de acceso al conocimiento del tema elegido (*cf.* Witker 1995, 26-27). Se trata de actitud y aptitud, de lo que se quiere y de lo que se puede.

⁽¹²⁸⁾ Cuando no exista mucha bibliografía directa no significa que el tema tenga que ser abandonado, pues siempre habrá fuentes indirectas para los temas conexos y materias que apoyan la cimentación del tema (Arellano García 2008, 193).

⁽¹²⁹⁾ Es por ello que siempre se sugiere elaborar un plan realista y consecuente (Witker 1995, 24-25).

1.2. Novedad

Para alcanzar la novedad y originalidad de una investigación se pueden intentar cualquiera de los siguientes ejercicios (Pérez Escobar 1999, 121):

- Debe tratarse de un tema no explotado.
- Debe procurarse la sustentación de la heterotesis, o sea, de una explicación diversa a la comúnmente aceptada o ya corroborada.
- Debe emplearse un nuevo método o estrategia, o distinto punto de vista para estudiarlo.
- Debe implicar la explotación de materiales o datos no tocados, aunque el trabajo fuese solamente confirmatorio de resultados ya obtenidos previamente.
- Debe significar una superior planificación o sistematización en el acopio de datos y en la exposición de los temas ya conocidos.

Como vemos, estos ejercicios implican la novedad y originalidad, pero a lo largo de toda la investigación; mas como estamos recién ingresando a estudiar la idea de investigación, esta idea se debe caracterizar por su novedad, tal y como se muestra al inicio de estos supuestos.

En efecto, en investigación se recomienda no investigar sobre algún tema que ya se haya estudiado muy a fondo, pues, a la larga, se puede únicamente repetir lo que ya se ha dicho (Reza Becerril 1997, 218). Lo anotado implica que una buena investigación debe ser novedosa. Para ello, entonces, es mejor ubicar un tema poco estudiado, o en su defecto, dar una visión diferente o innovadora a un problema aunque ya se haya examinado repetidamente (Hernández Sampieri, Fernández Collado y Baptista Lucio 2010, 28).

Se trata de hacer un aporte y no una simple recopilación de datos y autores. La novedad implica el compromiso del investigador de obtener o lograr un producto jurídico nuevo (Witker 1995, 24), aunque sea modesto y sencillo (Eco 1977, 27-32), pues, ciertamente, los que buscan la seguridad deben escoger problemas pequeños, ya que únicamente los estudiosos audaces tomarán el riesgo de gastar muchos años en luchar con problemas gigantescos (Bunge 1972, 192).

En resumen, la investigación, para ser novedosa tiene que decir sobre el objeto elegido lo que no se ha dicho aún, o bien revisar con óptica diferente lo que ya se ha dicho (Eco 1977, 49).

Al respecto es menester una aclaración. La novedad no quiere decir que se trate de un tema absolutamente nuevo (*cf.* Reza Becerril 1997, 217), donde nada se haya escrito, pues de ser así no sería posible hablar luego de revisión de literatura, de marco teórico y de referencias. Por ello el profesor Legaz y Lacambra (1952, 136) acertadamente ha dicho que no hay novedades radicales bajo el sol del pensamiento jurídico y que solamente es nuevo el enfoque personal, lo que está determinado por la personal actitud de cada pensador.

La novedad de la idea también nos conlleva a hablar de la historicidad de los problemas en dos sentidos. Primero, en que lo que se suele designar como problema a lo largo de la historia no es sino una realidad variable y múltiple porque bajo una denominación idéntica se encubre una serie de diversas urgencias vitales. Y segundo, en que algunos problemas están adscritos de un modo más preciso a una circunstancia histórica, por ello se habla de *problemas nuevos* que se plantean desde cierto momento; aunque también hay problemas que dejan de serlo, no tanto por haber encontrado la solución, sino porque dejan de presentarse como una situación problemática, es decir, de tener una urgente necesidad de solucionarlos (Marías 2005, 6-7).

Dicho de otro modo, los problemas de una época no necesariamente son los mismos de otra, y ello se debe a que hay problemas que dejan de ser tales porque se obtiene una solución para ellos, o, porque sin llegar a ser solucionados, dejan de tener vigencia por aspectos histórico-sociales; ello sin perder de vista que estos problemas sin solucionar pueden resurgir en cualquier momento y adquirir, incluso, mayor importancia que la que tuvieron en el pasado (Piscoya Hermoza 1995, 102-103).

Con todo lo dicho, entonces, tenemos que es cierto que hay temas poco estudiados, y que son los espacios idóneos para ubicar ideas, pues estos territorios serán alicientes para los autores que pretendan ser precursores de una determinada rama jurídica (Arellano García 2008, 192).

Empero si nos atrae un tema bastante estudiado, será menester un esfuerzo adicional en el modo de aproximación al objeto para generar una idea novedosa, salvo que ya se cuente con la autoridad académica suficiente en la especialidad (*vid.* Arellano García 2008, 192); puesto que sería sumamente inútil desplegar esfuerzos innecesarios por responder a una pregunta que ya no es realmente un problema (Piscoya Hermoza 1995, 117).

En fin, no hay que olvidar que el ubicar ideas problemáticas de investigación es una tarea tan importante como su solución, es decir, la genialidad a veces está más en haber ubicado un buen problema que en la solución que posteriormente se postulará (Bunge 1972, 190; Piscoya Hermoza 1995, 105).

1.3. Relevancia

Una vez detectada la idea para investigar hay que evaluar su importancia, una vez elegida la idea hay que estimar su valor (Bunge 1972, 193), pues la investigación tiene que ser útil a los demás (Eco 1977, 50).

Las ideas investigativas deben buscarse, no de manera aislada del mundo, sino pensando en las necesidades, ideales y aspiraciones del progreso de la humanidad (Pérez Escobar 1999, 129). Es decir, una idea será digna de ser investigada cuando no se trate de un asunto trivial, sino significativo, por más que pueda cumplir formalmente con todas las fases metodológicas (Piscoya Hermoza 2009, 27).

Con ello se quiere decir que es posible “adecuar” cualquier idea al esquema metodológico, pero ello en manera alguna asegura que se trate de un asunto merecedor de ser investigado.

Como anticipamos, una idea digna de investigación no se define únicamente por su contenido o enunciación de algo desconocido o de la aparente incompatibilidad de dos ideas, sino que se basa esencialmente en su problematicidad, o sea, en que es indispensable que se necesite saber eso que se ignora, o que sea necesario compaginar las ideas o nociones discordantes, porque no se puede estar más en dicha situación, pues urge encontrar una solución (Marías 2005, 5).

En resumen, es indispensable la ubicación de una idea cuya solución sea significativa o relevante para el incremento de los conocimientos científicos, humanísticos o tecnológicos disponibles (Piscoya Hermoza 2009, 28).

Insistir en temas insustanciales e intrascendentes traerá serias dificultades al investigador, sobre todo al momento de elaborar la fundamentación o justificación de la investigación.

V. Conclusión: la primera revisión de literatura para afinar la idea

El problema se inicia con la idea que no es sino un pensamiento vago o no científico, o un presentimiento no sistemático que requiere ser refinado (Kerlinger y Lee 2001, 14). Así, la característica principal de la idea de investigación es que adolece de vaguedad (Hernández Sampieri, Fernández Collado y Baptista Lucio 2010, 27), y para superar esta etapa nebulosa es necesario intentar un conocimiento algo más profundo del tema elegido, con el cual hacer “aterrizar” la idea de una manera más estructurada.

En efecto, antes de empezar cualquier profundización en el tema de estudio, es imprescindible contar con una información preliminar que pueda sugerir la variedad de facetas entorno al asunto elegido (Witker 1995, 25); puesto que sin lograr definir el problema el investigador difícilmente podrá seguir adelante y esperar que su trabajo sea fructífero (Kerlinger y Lee 2001, 14).

Quien pretende elaborar una investigación debe primero aclarar sus ideas, pues con dudas y divagaciones no podrá llegar muy lejos (Arellano García 2008, 193), hay que enterarse, entonces, sobre qué tanto hay alrededor del tema seleccionado (Reza Becerril 1997, 218), ya que nunca o rara vez el problema surge por completo en esta etapa inicial, pues, por lo regular, será luego cuando el investigador defina el problema (Kerlinger y Lee 2001, 14).

Para afinar la idea de investigación dos son los caminos más cortos y recomendados. El primero consiste en hacer una primera revisión de

las fuentes al respecto, sobre todo si hablamos de un tema con el cual el investigador no está muy familiarizado. Elegido el tema, el estudiante debe proceder a efectuar un sondeo general de las fuentes existentes en el área elegida, siendo que esta revisión general se traduce en una consulta rápida que darán una visión panorámica, a modo de un marco informativo preliminar (*vid.* Reza Becerril 1997, 218; Sánchez Zorrilla 2006, 21; Witker 1995, 27). Pero como no nos podemos tomar mucho tiempo en esta etapa, hay que hacer un esfuerzo por conseguir pocas fuentes, de alto nivel, relevantes, y puntuales sobre la idea elegida. Luego de esta primera lectura la idea se irá acentuando o, en el peor de los casos, se la terminará por desechar.

El segundo camino consiste en dialogar al respecto con algún experto en el tema, toda vez que el conocedor será capaz de darnos luces sobre la idea elegida, a efectos de orientarnos o hacernos ver si estamos andando equivocadamente. En efecto, en esta fase son importantes las consultas con los profesores y asesores (Sánchez Zorrilla 2006, 22-23; Witker 1995, 28), quienes con su experiencia pueden encaminar el estudio por mejor sendero.

Este primer recojo de información, a través de la revisión de literatura o la consulta con expertos, además de aclarar los alcances teórico-prácticos del tema elegido, ayuda para asegurarse si el tema no ha sido ya tratado en el pasado (y, por ende, cuenta con una solución, es decir, ya no es problema), así como para cerciorarse de que se trata de un tema importante.

Esta fase es incluídible en el proceso investigativo, y los frutos dependerán de con qué ahínco se la lleve a cabo. Nos ha tocado ver, verbi gracia, estudiantes que detectaban muy buenas ideas investigativas, pero por no llevar a cabo esta primera revisión, deambulaban por casi todo el curso con el mismo nivel de vaguedad inicial, perjudicando el desarrollo de su investigación.

En suma, sea como se lleve a cabo esta fase –revisando literatura y/o conversando con expertos– ella nos ayudará sobremanera para afianzar la idea de investigación, detectando posible vacíos o defectos en la literatura y desarrollando la pregunta en torno a la cual girará toda la investigación, es decir, afinando el tema o asunto investigativo.

Además, como ya adelantamos, en caso de contar con una pluralidad de ideas, será esta primera revisión la que se encargará de filtrar los temas por su calidad.

VI. Lista de referencias

- ARELLANO GARCÍA, Carlos. *Métodos y técnicas de la investigación jurídica - Elaboración de tesis de licenciatura, maestría y doctorado, tesinas y otros trabajos de investigación jurídica*. 4ª edición. México: Porrúa, 2008.
- BOBBIO, NORBERTO. *Teoría General del Derecho*. 4ª edición. Traducido por Jorge Guerrero R. Bogotá: Temis, 2013.
- BUNGE, Mario. *Diálogos urticantes*. Lima: Fondo Editorial de la UIGV, 2012.
- . *La investigación científica - Su estrategia y su filosofía*. 2ª edición. Barcelona: Ariel, 1972.
- DÍAZ, ELÍAS. *Curso de Filosofía del Derecho*. Barcelona - Madrid: Marcial Pons, 1998.
- ECO, UMBERTO. *Cómo se hace una tesis - Técnicas y procedimientos de investigación, estudio y escritura*. Traducido por Lucía Baranda, & Alberto Clavería Ibáñez. Barcelona: Gedisa, 1977.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Acto jurídico negocial - Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*. Lima: Gaceta Jurídica, 2008.
- HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto, Carlos Fernández Collado, y María del Pilar Baptista Lucio. *Metodología de la investigación*. 5 edición. México: McGraw-Hill/Interamericana Editores, 2010.
- KERLINGER, FRED N., Y HOWARD B. Lee. *Investigación del comportamiento*. 4ª edición. Traducido por Leticia Esther Pineda Ayala, & Ignacio Mora Magaña. México: McGraw-Hill, 2001.
- LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Derecho y Libertad*. Buenos Aires: Librería Jurídica, 1952.
- MARÍAS, Julián. *Introducción a la filosofía*. Décimo novena edición. Madrid: Manuales de la Revista de Occidente, 2005.

- NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. 2ª edición ampliada y revisada 12ª reimpresión. Buenos Aires: Astrea, 2003.
- PÉREZ ESCOBAR, Jacobo. *Metodología y técnica de la investigación jurídica*. 3ª edición. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1999.
- PISCOYA HERMOZA, Luis. *El proceso de la Investigación Científica - Un caso y glosarios*. Reimpresión. Lima: Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilazo de la Vega, 2009.
- . *Investigación científica educacional - Un enfoque epistemológico*. 2ª edición. Lima: Amaru Editores, 1995.
- RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Cómo hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento*. Lima: Gaceta Jurídica, 2000.
- REZA BECERRIL, Fernando. *Ciencia, metodología e investigación*. México D. F.: Alhambra Mexicana, 1997.
- RUAY SÁEZ, Francisco Alberto. «Una crítica al juicio de ponderación de Alexy a propósito del procedimiento de tutela laboral.» *Revista de derechos fundamentales* (Universidad de Viña del Mar), n° 12 (noviembre 2014): 123-161.
- SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Luis Manuel. *Notas para la investigación en Derecho y Ciencias sociales - La elaboración de la tesis*. Arequipa: Universidad Nacional San Agustín de Arequipa, 2005.
- SÁNCHEZ ZORRILLA, Manuel. *Guía para elaborar una tesis*. Cajamarca: Universidad Nacional de Cajamarca, 2006.
- SOLÍS ESPINOZA, Alejandro. *Metodología de la Investigación Jurídico Social*. 3ª edición. Lima: ByV distribuidores, 2008.
- TANTALEÁN ODAR, Reynaldo Mario. *La nulidad de cosa juzgada fraudulenta en la conciliación extrajudicial*. Cajamarca: San Agustín, 2008.
- WITKER, Jorge. *La investigación jurídica*. México D.F.: McGraw-Hill, 1995.
- ZELAYARÁN DURAND, Mauro. *Metodología de Investigación Jurídica*. Lima: Ediciones Jurídicas, 1997.

Se terminó de imprimir en los
Talleres gráficos de Editora Grijley
el 30 diciembre del 2017

