

REVISTA
QUAESTIO IURIS
N.º 7

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA



Universidad Nacional
de Cajamarca



Facultad de Derecho
y Ciencias Políticas

REVISTA QUAESTIO IURIS

AÑO VI - N.º 7 - 2019

Director:

Jorge Luis Salazar Soplapuco

Comité Editorial:

- María Isabel Pimentel Tello
- José Luis López Núñez
- Sandra Verónica Manrique Urteaga
- Yorecka Torres Torres

GRILEY

© 2019, **Revista QUAESTIO IURIS • N.º 7**

© 2019, **Universidad Nacional de Cajamarca**

© 2019, **Facultad de Derecho y Ciencias Políticas**

Av. Atahualpa N.º 1050 - Edificio 4 f - 102

Ciudad Universitaria, Cajamarca (Perú)

Telefax: 076-369293

e-mail: jorgeluisalazar@hotmail.com

© 2019, **Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L.**

Diseño y diagramación e impresión:

Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L.

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

T: (51-1) 337-5252

e-mail: elay_grijley@hotmail.com

Hecho el Depósito Legal

en la Biblioteca Nacional del Perú

Registro N.º 2016-12693

ISSN N.º 2664-3960

Tiraje 1000 ejemplares

® **DERECHOS RESERVADOS**

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

Cajamarca, Perú



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

Dr. José Pedro Cerdán Urbina

Director del Departamento Académico de Derecho

Mg. Sandra Verónica Manrique Urteaga

Directora de Unidad de Posgrado Derecho

Dra. María Isabel Pimentel Tello

Directora del Instituto de Investigación Jurídicas y Políticas, IIJUP.

Dra. Teresa Terán Ramírez

Secretaria Académica

Abg. Susy Rodríguez Ravines

Coordinadora Consultorio Jurídico Gratuito

DOCENTES PRINCIPALES

Castillo Román, José	Salazar Soplapuco, Jorge Luis
Cerdán Urbina, José Pedro	Villauueva Pastor, Julio Alejandro
Nacarino Carrión, Julio	

DOCENTES ASOCIADOS

Castillo Montoya, Nixon	Nue Sessarego, Ivy
Grández Odiaga, José	Tantaleán Odar, Reynaldo
Manrique Urteaga, Sandra	Miranda Rodríguez, Juan Carlos

DOCENTES AUXILIARES

Araujo Vera, José	José Luis López Núñez
-------------------	-----------------------

DOCENTES CONTRATADOS

Bobadilla Grados, Luis	Quito Coronado, Lorena
Cerna Pajares, Cinthya	Rojas Torres, Luis Ángel
Chávez Rosero, Fernando	Rubio Barboza, Eduar
Corolado Huamán, William	Ruiz Bazán, Edgar
Fanny Godoy Boy, Fanny	Tello Villanueva, Juan Carlos
Gutiérrez Roque, Walter	Terán Ramírez, Teresa
Mejía Saucedo, Crhistian Pabel	Torres Torres, Yorcka Uliana
Muñoz Oyarce, Bruce Eugenio	Valdivia Díaz, Franklin
Ordóñez Bringas, Isaac Ricardo	Villegas Salazar, Saúl Alexander
Pimentel Tello, María Isabel	

PERSONAL ADMINISTRATIVO

Melgar Alva, Maruja	Arias Silva, Isabel
Secretaria de Facultad	Secretaria de Notas y Registros
Ramírez Herrera, Carmela	Miranda Zapata, Amparo
Secretaria de Escuela Académica Profesional	Secretaria de Departamento Académico

Chico Huamán, Rosa Elisabeth
Asistente Administrativo

SERVICIOS DE BIBLIOTECA

Mantilla Moreno, Kathya
Bravo Ayay, Analí

SERVICIOS LOGÍSTICOS

Moya Linares, Julio

Índice

Presentación rectoral	13
Editorial del licenciamiento a la acreditación, en medio de la crisis.....	15

Derecho Constitucional

Convencionalización y constitucionalización del Derecho de Familia: una forma más humana de resolver conflictos familiares	
Convencionalization and constitutionalization of family law: a more humane way of resolving family conflicts	
MANRIQUE URTEAGA, Sandra Verónica	19
Constitucionalización del Derecho de Familia: a propósito de solucionar dos ausencias normativas	
The constitutionalization of family law: by the way of solving two absences regulations	
COLORADO HUAMÁN, William	33
El Derecho a la Libertad de Cátedra en el Perú: concepto, ámbitos y contenido esencial a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano	
The right to the freedom of expression in Peru: concept, fields and essential content from the peruvian constitutional court	
TERÁN RAMÍREZ, Teresa Ysabel	59

La presunción legal como mecanismo de protección del patrimonio cultural material de la Nación The legal presumption as mechanism to protect the cultural material heritage of the Nation	
TORRES TORRES, Yorcka Uliana.....	73
Los Derechos Humanos de los migrantes en un contexto global de movilidad The human rights of migrants in a global context of mobility	
GALLARDO BARDALES, Augusto David	89
Influencia plural de factores políticos y jurídicos, en la convulsionada Historia Constitucional del Perú Plural influence of political and legal factors, in the convulsional history of Peru	
ROJAS TORRES, Luis Ángel.....	105
La cultura como elemento dinámico del Estado en el reconocimiento de los Derechos de los Pueblos Indígenas Culture as a dynamic element of the state in the recognition of the rights of indigenous peoples	
LÓPEZ NÚÑEZ, José Luis	119
Competencias, mecanismos jurídicos y espacios de los gobiernos subnacionales para vincularse internacionalmente Competences, legal mechanisms and spaces of subnational governments to link up internationally	
DÁVILA ELGUERA, Daél Carlos	129
Constitución económica y los Derechos Sociales Economic constitution and social rights	
SALAZAR SOPLAPUCO, Jorge Luis.....	145

Derecho Civil y Procesal Civil

Familias recompuestas, reconstituidas, reconstruidas: hacia una visión puero-céntrica Recomposed, reconstituted, reconstructed families: Towards a vision puero-centrica PIMENTEL TELLO, María Isabel.....	161
Necesidad de determinar la capacidad económica del obligado porcentual alimentario, en la etapa ejecutiva del proceso, por fenecimiento de su vínculo laboral Need to determine the economic capacity of the food percentual obligate, in the executive stage of the process, by fenciation of its labor link RUIZ BAZÁN, Edgar	177
La prueba electrónica en el Proceso Judicial The electronic evidence in the judicial process DE LA CRUZ CHALÁN, J. Abelardo	187

Derecho Laboral

La falacia del principio de gratuidad en los procesos laborales The fallacy of the gratuity principle in labour processes QUITO CORONADO, Lorena	209
La igualdad salarial desde el enfoque procesal Equal pay from the procedural approach CASTILLO MONTOYA, Nixon Javier.....	219

Derecho Penal y Criminología

El interés público en el delito de violencia familiar. ¿Condicionante en el empleo de mecanismos de simplificación procesal?

The public interest in the crime of family violence. Condition on use of mechanisms of procedural simplification?

ORDÓÑEZ BRINGAS, Isaac Ricardo 235

Eficacia del tratamiento penitenciario en los condenados a pena privativa de libertad entre los años 2008 al 2012 en Cajamarca: una realidad que no ha cambiado

Effectiveness of correctional treatment in persons sentenced to deprivation of liberty between the years 2008 to 2012 in cajamarca: a reality that has not changed

GODOY BOY, Fanny Jaquelin / VÁSQUEZ CASTILLO, Yeison Baltazar 249

Liberación condicional en el supuesto de una tercera condena

Conditional release in the course of a third condemnation

MUÑOZ OYARCE, Bruce Eugenio 265

Perennización de la escena del crimen: fotografía forense y planimetría forense

Perpetuation of the scene of the crime: Forensic photography and forensic mapping

SOPLAPUCO SARMIENTO, César Asunción / BLANCO HUANCA, Henry Almanzor / Alumnos de la Escuela de Educación Superior Técnico Profesional PNP Cajamarca..... 279

Filosofía y Teoría del Derecho

El enfoque procedimental de la argumentación jurídica de Robert Alexy

The procedural approach of legal argumentation of Robert Alexy

TELLO VILLANUEVA, Juan Carlos 297

Presentación rectoral

Con mucho beneplácito presento la edición Número 7 de la Revista de Investigación Jurídica Quaestio Iuris, esfuerzo académico e investigativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de nuestra Universidad Nacional de Cajamarca.

Este resultado de la Facultad de Derecho está siendo imitado por todas las Facultades, no solo porque demuestra identidad universitaria, sino porque además busca concretizar al ser universitario, el mismo que se sostiene sobre tres pilares: calidad en el proceso de enseñanza-aprendizaje, investigación innovativa y responsabilidad social. Además, Quaestio Iuris N.º 7 es parte del proceso de acreditación en la que, luego del licenciamiento institucional obtenido, todas las carreras están inmersas.

Estas publicaciones, que periódicamente realiza la Facultad de Derecho, refleja el compromiso que tiene toda la UNC con el desarrollo de la región y el país.

Por ello, felicitamos a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, y reafirmamos nuestro compromiso de seguir apoyando estas iniciativas muy importantes para la universidad.

Cajamarca, Perú, diciembre de 2019

Dr. Angelmiro Montoya Mestanza

Rector de la Universidad Nacional de Cajamarca

Editorial

Del licenciamiento a la acreditación, en medio de la crisis

La Universidad Nacional de Cajamarca obtuvo en julio de 2018 el licenciamiento institucional por parte de la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria (SUNEDU). Este logro fue resultado del esfuerzo, dedicación y voluntad de todas las autoridades universitarias, docentes, estudiantes, trabajadores administrativos y unidades académicas, entre ellas, de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

Nuestro Licenciamiento es trascendente, pues más allá de una resolución de la SUNEDU, es el hecho de que la comunidad universitaria unecina puede conquistar objetivos institucionales si existe unidad, voluntad concertada y un plan de trabajo bien diseñado. Este esfuerzo concertado concretizó las condiciones básicas de calidad que exige la Ley Universitaria para formar profesionales universitarios.

El número 7 de «Quaestio Iuris» se publica en otras circunstancias muy importantes para la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, pues, luego del Licenciamiento, cada Facultad está inmersa en el proceso de acreditación de sus respectivas carreras profesionales: en nuestro caso, la meta es acreditar la carrera profesional de Derecho.

La Facultad aprobó su nuevo Currículo de Estudios con los criterios de competencias y habilidades profesionales. Asimismo, ha precisado su Misión y Visión, y lo que es fundamental: hemos fortalecido la investigación en ciencias jurídicas y promovido las publicaciones académicas y científicas. Precisamente, esta publicación se enmarca en el este proceso de acreditación de la carrera de Derecho.

En este número de «Quaestio Iuris», se abordan temas en materia constitucional, civil, laboral, penal y procesal.

El Perú se encuentra en un momento de grave crisis de representación. La deslegitimidad y el rechazo social a los principales poderes del Estado, Congreso, Poder Judicial, debido, en gran parte, a los casos de corrupción de los «cuellos blancos y Odebrecht», la detención de expresidentes de la república, el suicidio de uno ellos, el encarcelamiento de importantes líderes políticos, la protesta social por explotaciones mineras inconsultas, han puesto en jaque el sistema político constitucional.

A la publicación de esta Revista, todos esperamos que esta grave crisis se resuelva por el bien del país y la consolidación del Estado Constitucional de Derecho.

De nuestra parte, continuaremos, desde la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, trabajando por la acreditación de la carrera de Derecho, mejorando el proceso de enseñanza-aprendizaje, la investigación y la responsabilidad social, ejes sobre los cuales se debe hacer un esfuerzo fundamental.

Finalmente, pero no menos importante, agradecemos a todos los colegas docentes, juristas y egresados que han contribuido a la edición de esta Revista, especialmente, a la Alta Dirección de la UNC que sigue apoyando estos proyectos académicos.

Cajamarca, Perú, diciembre de 2019

Dr. Jorge Luis Salazar Soplapuco
Director

Derecho Constitucional



Convencionalización y constitucionalización del Derecho de Familia: una forma más humana de resolver conflictos familiares

Convencionalization and constitutionalization of family law: a more humane way of resolving family conflicts

MANRIQUE URTEAGA, Sandra Verónica(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Bloque de convencionalidad y Derecho de Familia. III. Constitucionalización del Derecho de Familia. IV. Resoluciones judiciales pertinentes. V. Análisis y discusión. VI. Conclusiones. VII. Lista de referencias.

Resumen: La familia y la diversidad de relaciones que surgen en su interior, a lo largo de la historia de la humanidad, han mostrado características propias y arraigadas que, por ejemplo, por mucho tiempo se centraron en torno a la figura del *pater familias*, en un solo modelo familiar nuclear, totalizante y,

(*) Abogada, por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca. Maestro en Ciencias, mención en Derecho, Línea: Derecho Civil y Comercial por la Escuela de Posgrado de la UNC. Conciliadora Extrajudicial y árbitro. Docente asociada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNC y directora de la Unidad de Posgrado de la referida Facultad. Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo. Abogada en el ejercicio libre de la defensa. Doctoranda de Derecho en la Escuela de Posgrado de la UNC. savemanu@hotmail.com.

en suma, excluyente y poco tolerante de otras formas familiares que no se adecuen al mismo; sin embargo, actualmente somos partícipes de un cambio de concepción de las relaciones familiares, las que se reclaman deben tener como referente la dignidad, libertad e igualdad de cada uno de sus miembros, quienes se exige sean tratados como sujetos de derechos; un modelo familiar más democrático. Este cambio en las relaciones familiares, no encuentra plena correspondencia en la codificación civil, pues aún podemos hallar en dicha normatividad, rezagos de ese modelo tradicional de familia, lo que exige a los aplicadores del derecho que, a través de sus fallos, garanticen derechos fundamentales de los miembros de la familia, aun cuando la norma civil no obedezca a ello. Así, a partir de la jurisprudencia es que los jueces han desarrollado una forma más humana de resolver los conflictos familiares, más allá de la propia normatividad civil; lo cual, consideramos, es el resultado de dos circunstancias claves que han influido en el Derecho de Familia: La vigencia efectiva del bloque de convencionalidad y la constitucionalización del mismo.

Palabras Clave: Bloque de convencionalidad, constitucionalización del derecho de familia, relaciones familiares, conflictos familiares.

Abstract: Family and the diversity of relationships arising inside, throughout the history of mankind have been entrenched, and own characteristics that for example for a long time families, focused around the figure of the pater in a single family model nuc Lear, totalizing and exclusive in short and little tolerant of other family forms that do not adapt to the same; However, we are currently involved a change of conception of family relationships, which is claimed must have as a reference the dignity, freedom and equality of each of its members, who are required to be treated as subjects of rights; a more democratic model. This change in family relations, didn't find full correspondence in the civil code, because you can still find in such regulations, remnants of the traditional family model, requires applicators of the right, through their failures guaranteeing fundamental rights of l... Family and the diversity of relationships arising inside, throughout the history of mankind have been entrenched, and own characteristics that for example for a long time families, focused around the figure of the pater in a single family model nuc Lear, totalizing and exclusive in short and little tolerant of other family forms that do not adapt to the same; However, we are currently involved a change of conception of family relationships, which is claimed must have as a reference the dignity, freedom and equality of each of its members, who are required to be treated as subjects of rights; a more democratic model. This change in family relations, didn't find full correspondence in the civil code, because you can still find in such regulations, remnants of the traditional family model, requires applicators of the right, through their failures guaranteeing fundamental rights of the family.

Key words: Block conventionality, constitutionalization of family law, family relationships, family conflicts.

I. Introducción

El presente artículo pretende mostrar, a partir de algunas decisiones judiciales expedidas en materias como: reconocimiento de derechos a uniones de hecho, protección a miembros de familias ensambladas, filiación, acogimiento familiar, adopción por excepción, entre otras; cómo la vigencia efectiva del bloque de convencionalidad y la constitucionalización del Derecho de Familia, han generado una manera más humana de resolver los conflictos familiares; ya que más allá de lo establecido por algunas normas del Código Civil, la judicatura nacional viene resolviendo a través de la aplicación directa de normas convencionales y constitucionales, y la necesidad de la interpretación de la normatividad civil conforme a ellas; bajo el entendido de que el Derecho no solo está compuesto por reglas, sino sobre todo por principios jurídicos que dotan de sentido a las reglas y que garantizan la protección y promoción de ciertos bienes o valores jurídicos que se ven expresados en los derechos fundamentales, en este caso, de los miembros del grupo familiar.

II. Bloque de convencionalidad y Derecho de Familia

En palabras de César Landa (2016), la década de los ochenta políticamente significó para América Latina la restauración del orden civil, luego de la caída de los gobiernos militares, cuyos principios básicos son la economía de mercado y la democracia y los derechos humanos; proceso de refundación del Estado que se inició luego de la Segunda Guerra Mundial con la internacionalización de los derechos humanos y su progresiva incorporación en las constituciones latinoamericanas; inicialmente de existencia puramente nominal, pues su vigencia práctica era precaria. Fue con la caída del muro de Berlín y el surgimiento del llamado consenso de Washington que se restableció el orden civil, generándose reformas constitucionales totales y parciales, en las que se incorporaron nuevas instituciones de protección de los derechos fundamentales y la justicia constitucional, así como el reconocimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y de los tratados internacionales como parte del derecho nacional, colocando a la persona y el respeto a su dignidad como fin supremo del Estado y la sociedad. Asimismo, la Comisión Interamericana y posteriormente la Corte Interamericana de Derechos Humanos empezaron a cumplir su rol; lo que significó la potencialización del rol del Derecho Internacional de los derechos humanos en el orden jurídico interno (Landa, 2016).

Así, específicamente respecto a la familia, podemos identificar una serie de instrumentos internacionales firmados y ratificados por el Perú, que desarrollan derechos fundamentales de sus miembros, tales como: El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que entró en vigor para el Perú el 28 de julio de 1978, la Convención contra toda forma de Discriminación a la Mujer, vinculante para el Perú desde el 13 de octubre de 1982, la Convención de los Derechos del Niño, que entró en vigor para el Perú el 4 de octubre de 1990; ello a nivel universal, existiendo lo propio a nivel interamericano, con la Convención Americana de los Derechos Humanos, que entró en vigencia para el Perú el 28 de julio de 1978, la Convención Americana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer vigente para el Perú el 4 de junio de 1996. Instrumentos internacionales en los que se precisan los siguientes derechos: la protección a la familia por parte del Estado y la sociedad, en cuanto elemento natural y fundamental de la sociedad, la cual no puede ser suspendida ni siquiera en caso de guerra; el derecho a constituir una familia, sin más restricciones que la edad mínima y los requisitos de ley, siempre que no impliquen discriminación; la igualdad de derechos y de responsabilidades de varón y mujer; el derecho a contraer matrimonio con el libre y pleno consentimiento de los contrayentes, la protección de la maternidad y la infancia; la igualdad de derechos entre los hijos nacidos dentro y fuera de matrimonio; la obligación del Estado de garantizar igualdad real entre los cónyuges y el interés superior del niño como parámetro primordial a tener en cuenta por cualquier dependencia pública o privada en todas las medidas que involucren a niños y adolescentes.

Fernández (2003) refiere que se aborda con particular relevancia en estos instrumentos internacionales los siguientes derechos: El derecho a fundar una familia, el principio de igualdad y no discriminación en las relaciones familiares, el derecho al matrimonio, las uniones de hecho y el divorcio, los derechos sexuales y reproductivos, y las responsabilidades familiares compartidas. Regulación internacional que significó para los estados parte una relectura de las instituciones familiares en consonancia con los derechos humanos.

Esta normatividad internacional exige de cada Estado, luego de su adhesión y ratificación, honrar la responsabilidad internacional asumida a partir de la materialización efectiva de los derechos allí establecidos, armonizándolos, para tal efecto, con el derecho interno, siempre con el propósito de alcanzar la mejor protección a la persona humana y su dignidad.

Ferrajoli, citado por Esborraz (2015), precisa que esto se explica teóricamente en la vigencia de un Estado Constitucional de Derecho que busca garantizar la aplicación efectiva de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y, por tanto, reconoce el principio de supremacía de la misma, el cual

se armoniza con respecto a los instrumentos internacionales con el principio de supremacía de la Convención.

Los alcances de este proceso de internacionalización han significado, para el derecho de familia, una relectura del mismo, a la luz de las disposiciones constitucionales, pero sobre todo de los instrumentos internacionales referidos derechos humanos; influyendo profundamente sobre el contenido y alcances de las relaciones familiares en la normatividad interna; cuya lectura ya no podría ser estricta y formalmente civilista; pues como afirma Esborraz (2015) «una sociedad democrática caracterizada por el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura supone el reconocimiento de una familia democrática y pluralista y, en consecuencia, una reconsideración de la institución familiar desde esta nueva perspectiva» (p. 26).

Es evidente que la vigencia del bloque de convencionalidad ha tenido un altísimo impacto en la manera de abordar internamente la regulación de las relaciones familiares, entendidas, toleradas y aceptadas hasta un determinado momento en base a su lectura estrictamente civilista y por ende positivista, desarraigada por mucho tiempo de cualquier conexión con los derechos fundamentales y su protección para ser repensadas, releídas y deconstruidas en clave de derechos fundamentales; lo cual se verifica en la práctica a través de las resoluciones emitidas por la judicatura nacional e, incluso, por órganos administrativos.

III. Constitucionalización del Derecho de Familia

En opinión de Habermas (1998), «concebir a la Constitución como norma, implica la incorporación de un denso contenido normativo, compuesto por valores, principios, derechos fundamentales y directrices a los poderes públicos» (Citado por Luis M. Cruz, 2005, p. 317).

Luis Prieto Sanchis (2012) precisa que la rematerialización de la Constitución supone un desplazamiento de la discrecionalidad desde la esfera legislativa a la judicial, con la diferencia de que la del legislador era inmotivada, mientras que la del juez pretende fundamentarse en una adecuada argumentación racional. Este neoconstitucionalismo se caracteriza resumidamente por el carácter vinculante de la Constitución, su supremacía en el sistema de fuentes, la eficacia o aplicación directa, ser una garantía judicial, la presencia de un denso contenido normativo, que tiene como destinatarios a los ciudadanos en sus relaciones con el poder, en sus relaciones horizontales y la rigidez constitucional.

Ramírez (2017) refiere al respecto que en el marco del proceso de constitucionalización del derecho iniciado el siglo pasado y que se expresa en la vigencia de los derechos fundamentales en todos los ámbitos de la vida de las personas y,

por tanto, en todas las disciplinas jurídicas se ha abierto paso un nuevo enfoque del derecho de familia, que supera la tradicional visión civilista en esta rama jurídica y da cuenta de los derechos que subyacen en las relaciones familiares.

Esborraz (2015) precisa al respecto que la dinámica de «constitucionalización» e «internacionalización» de los ordenamientos en Latinoamérica ha incidido de manera directa y profunda en el concepto de familia al imponer una relectura de las relaciones familiares a la luz de los derechos fundamentales. Consecuentemente, este nuevo paradigma constitucional ha implicado para la mayor parte de los ordenamientos de Latinoamérica, aunque con diferentes matices, pasar de un modelo de familia totalizante a otro más democrático, en el que se trata de conciliar el interés familiar con el interés personal de sus integrantes y de un modelo «único» de familia al reconocimiento de una «pluralidad» de modelos familiares, todos ellos dignos de igual tutela.

Es así que la constitucionalización ha alcanzado también al derecho de familia; ello explica por qué los aplicadores del derecho han virado la manera de resolver conflictos relacionados con la familia, pues inicialmente se hacía exclusivamente bajo la mirada formal y estricta de la legislación civil sin referirla siquiera a la Constitución y menos a los instrumentos internacionales para actualmente resolver atendiendo a los derechos fundamentales que subyacen a cada conflicto familiar.

IV. Resoluciones judiciales pertinentes

4.1. En materia de reconocimiento de derechos a las uniones de hecho

- a. Reconocimiento de derecho pensionario al conviviente supérstite: El TC en la STC 06572-2006-PA/TC y confirmado en la STC 09708-2006-PA/TC, mediante las cuales se le otorgó una pensión de viudez a la conviviente supérstite, señalándose la inconstitucionalidad sobreviniente del artículo 53 del Decreto Ley 19990, que fue desarrollado bajo el marco de la Constitución de 1933 y que no compatibiliza con la Constitución de 1993, pues esta última consagra la protección de la familia y siendo la convivencia un tipo de estructura familiar le corresponde tal protección.
- b. En el Exp. N.º 22863-2012-0-1801-JR-CI-08 del 7 Juzgado Constitucional de Lima que contiene la Acción de Amparo interpuesta por el ciudadano Oscar Ugarteche Galarza contra la RENIEC se reconoció derechos a parejas del mismo sexo, aplicando el criterio de interpretación evolutiva de la Constitución, acogiendo parte del contenido de la sentencia dictada por un Tribunal español:

[...] DECIMO SÉPTIMO. Que, en base a lo indicado en el considerando anterior esta judicatura considera pertinente recordar el concepto de interpretación evolutiva, debiendo hacer mención al caso 198/2012, de 6 de noviembre de 2012, en el cual el Tribunal Constitucional Español estableció que la Constitución es un árbol vivo que, a través de una «interpretación evolutiva», se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad, y no solo porque se trate de un texto cuyos grandes principios son de aplicación a supuestos que sus redactores no imaginaron, sino también porque los poderes públicos y particularmente el legislador van actualizando esos principios paulatinamente, y porque el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta.

Esa lectura evolutiva de la Constitución, lleva al Tribunal Constitucional español a desarrollar la noción de cultura jurídica, que considera el Derecho como un fenómeno social vinculado a la realidad en que se desarrolla. La aplicación de la interpretación evolutiva, sin recurrir a otras técnicas interpretativas, se alía con cierta doctrina italiana que ha defendido cómo las modificaciones tácitas de la Constitución se verifica en la fase que media entre el ordenamiento formal y su evolución real y continua, que implica una evolución, o avance, que no obliga a una modificación formal del texto constitucional ni a la introducción de preceptos constitucionales nuevos, es decir, la evolución social muta la Constitución por vía interpretativa[...].

- c. En la misma línea el Décimo Primer Juzgado Especializado Constitucional de Lima, ha emitido con fecha 22-03-2019, en el Proceso de Amparo 10776-2017 seguido por Susel Ana María Paredes Pique y Gracia María Francisca Aljovín de Losada contra el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil RENIEC y MINJUS una sentencia en la que se advierte la misma tendencia, en base a la interpretación evolutiva, precisando lo siguiente:

[...] Así, el concepto de familia tenía un criterio bastante restringido y teniendo como base la unión de los cónyuges y sus hijos de ese matrimonio, ha sido la jurisprudencia y luego, las legislaciones, las que han avanzado para extender derechos, primero a los hijos extramatrimoniales, luego a los abuelos (y otros parientes cercanos) en relación con la tenencia de nietos, por ejemplo, y luego, ampliando el concepto a otras formas de familia como la convivencia, las familias monoparentales, las familias ensambladas y más recientemente,

en varios países americanos, las familias del mismo sexo, en algunos casos como vínculo civil-patrimonial únicamente, y en otros casos como familia, sin restricción. Visto así, la redacción, de la Constitución Política actual, no solo no necesitaba de modificación, inaplicación ni interpretación, bajo normas supranacionales, sino simplemente, un análisis e interpretación, bajo los criterios del desarrollo evolutivo del derecho sobre la materia [...].

4.2. En materia de protección a miembros de familias ensambladas

- a. Reconocimiento de identidad propia a las denominadas «familias ensambladas» o «familias de segundas nupcias»: Exp. 09332-2006-PA/TC y afirma la necesidad de extender, particularmente a estas, la protección que nuestra Constitución otorga a la familia. Señalando que la familia es un instituto natural y, como tal, «se encuentra a merced de los nuevos contextos sociales».

4.3. En materia de filiación

- a. Casación N.º 3797-2012, Arequipa (18-06-13):

[...] Cuando se objeta la identidad de una persona se tiene que valorar tanto el cariz estático como el dinámico del referido derecho fundamental; es decir, cuando se impugna la paternidad de una persona, ella no puede justificarse solo en el dato genético, pues ello implicaría olvidar que el ser humano se hace así mismo en el proyecto continuo que es su vida. Más allá de los datos fijos, es la propia historia del individuo lo que lo hace idéntico a sí mismo así analizando el caso en concreto, concluyó que: «[...] el pedido del recurrente no puede admitirse porque se ampara solo en probables supuestos genéticos, teniendo como base afirmaciones vagas de terceros que no individualiza y realizando su impugnación catorce años después de que libremente aceptó la paternidad del menor. Para casos como estos resulta de aplicación los artículos 399 y 400 del Código Civil, dado que interesa tanto al Estado (que necesita saber con certeza la identidad de una persona) como al particular (que ha labrado su identidad dinámica con la certeza de conocer a su padre) que haya un punto de cierre para la impugnación de paternidad. Amparar la demanda significaría que los tribunales de justicia fomenten la impugnación de paternidad por motivos irrelevantes, generando un estadio de incertidumbre absoluta sobre la identidad de las personas.

- b. Casación N.º 1622-2015 Arequipa (03-05-2016):

El hecho que se declare la no paternidad ordenando que se descarte toda referencia a la paternidad del acta de nacimiento, no tendría

efectos positivos, por el contrario, la apreciación de las consecuencias concretas que este tipo de decisiones produce en la realidad evidencia que en los hechos el niño o niña involucrado en la controversia, en realidad no puede acceder a la verdad sobre su origen biológico, pues la decisión jurisdiccional que declara la urgencia de tutelar su derecho a conocer su origen, únicamente se limita a descartar la filiación que hasta ese momento tiene, pero no proporciona nada en reemplazo de esta afectación. No se satisface, entonces, el derecho a la identidad del menor, ya que el padre que formalmente este tiene ya no es tal (se elimina del acta de nacimiento la paternidad que hasta el momento existía), pero en su lugar el Juez no llega a responder cuál es, entonces, la filiación que le corresponde. En consecuencia, si la situación de este menor antes del pronunciamiento del órgano jurisdiccional podría ser cuestionable, su situación luego de este es evidentemente más precaria. [...] Asimismo, de conformidad con el artículo 399 del Código Civil solo se encontraría facultado para impugnar la paternidad, el padre que no intervino en el reconocimiento, cuestión distinta al caso de autos, en donde el actor efectuó el reconocimiento a favor de la menor, pretendiendo ahora, luego de más de dieciséis años negar la paternidad basándose en el supuesto engaño de la madre y el argumento que «por conversaciones con el hijo de la demandada» habría tomado conocimiento recién de que no es el padre biológico de la menor; es decir se encuentra basada en afirmaciones vagas de terceros. En ese orden de ideas, el plazo concedido por la norma para negar el reconocimiento, habría vencido en exceso». [...] En esta medida, las normas cuya infracción se denuncian (artículos 399 y 400 del Código Civil) y que establecen una clara limitación para el ejercicio de la impugnación del reconocimiento de un hijo extramatrimonial, no resultarían opuestos al derecho a la identidad cuando en el proceso no se logre identificar al verdadero padre biológico y simplemente se opte por excluir el apellido del padre que lo reconoció. Contrario sensu, cuando se ha logrado identificar plenamente el real origen biológico, la aplicación de las normas referidas si resultarían opuestas al derecho a la identidad de una persona [...].

c. Casación N.º 950-2016 Arequipa (29-11-16):

[...] que la menor de iniciales F.K.M.S. se encuentra identificada con su padre Luis Alberto Medina Vega y sus hermanos, en una dinámica familiar adecuada con muestras de afecto e identificada en su entorno social con su apellido paterno «medina», configurándose de esta forma la identidad dinámica de la menor; consagrada en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Perú. En consecuencia, las instancias de mérito han infringido

dicho derecho al no hacer prevalecer la identidad dinámica y el interés superior del niño sobre la identidad estática [...].

4.4. En materia de adopción por excepción

a. Exp. N.º 2014-1635-Cajamarca:

El numeral 6 del art. 378 del C.C. establece como requisito para la adopción de menores el asentimiento de los padres del adoptado si estuviese bajo su patria potestad. [...] En el caso de autos queda claro que la titularidad de la patria potestad la ostenta la madre biológica, derivada de la relación materno filial acreditada con la partida de nacimiento, por lo que aparentemente sería indispensable su asentimiento para la adopción; sin embargo, si bien es titular, debe verificarse si esta ha ejercido o no los deberes y derechos respectivos[...].

[...] y como ha quedado sentado en autos la demandada en todo el tiempo que el menor ha estado con los demandantes, no solo no ha cumplido a cabalidad con los deberes y derechos, sino que tampoco ha demostrado verdadero interés en hacerlo, pues de lo que se mostró en audiencia, su único interés es pasar tiempo con el menor, no mostrando interés alguno en su cuidado o atención e incluso en que el menor viva con ella [...].

4.5. En materia de acogimiento familiar

a. Resolución Directoral N.º 255-2016-MIMP/DGA

[...] Que mediante Res. N.º 909-2015 se dispone el ingreso del niño NN al Registro de Niñas, Niños y Adolescentes con carácter de Adoptabilidad del Registro Nacional de Adopciones al haber sido declarado en Abandono el 08 de mayo del 2015. De los antecedentes se tiene que el niño NN se encuentra actualmente en el hogar de la señora María bajo la medida temporal de acogimiento familiar, desde la apertura de la investigación tutelar, esto es, desde hace un año y de acuerdo al informe se indica:

Que el niño se encuentra desde su primer día de nacido con María, desarrollándose favorablemente, identificándola como su mamá, de quien recibe todos los cuidados y afectos de acuerdo a sus posibilidades [...]de allí el deseo de la misma de adoptarlo [...]»; resolviendo que el menor no se encuentra en situación de adoptabilidad administrativa y decla-

rando la imposibilidad de continuar la tramitación del procedimiento administrativo de adopción, RETIRARLO del Registro por no contar con adoptabilidad psicosocial y encontrarse vinculado afectivamente a la señora María.

V. Análisis y discusión

Las resoluciones antes referenciadas muestran claramente la tendencia jurisprudencial de resolver conflictos familiares, tratando instituciones como el matrimonio, la familia, las uniones de hecho y la filiación, no en base a su tradicional e histórico contenido civil, sino teniendo en cuenta que las mismas se van redefiniendo con la evolución de la conciencia social; así ha exigido a los jueces, por ejemplo utilizar el criterio de interpretación evolutiva de la Constitución, en el que el estricto contenido histórico operante para una época, es desplazado ante la necesidad de adecuar a las exigencias de contextos actuales caracterizados por una marcada inclusión de la mujer en espacios públicos, la progresiva inserción laboral de la misma, la flexibilización y por tanto altos índices de divorcio; lo que implica no solo la aceptación sino, la protección de distintas estructuras familiares: uniones de hecho, familias monoparentales, familias ensambladas, uniones de parejas del mismo sexo; todo ello bajo el respaldo y la influencia determinante del bloque de convencionalidad y de las normas constitucionales referidas a la familia y los derechos fundamentales que de ella se derivan como son igualdad, no discriminación y libre desarrollo de la personalidad.

Similar situación ocurre respecto a la forma de determinación de la filiación; así podemos notar en las resoluciones citadas, en las que se ha resuelto, protegiendo el derecho fundamental a la identidad dinámica de los niños y adolescentes involucrados, incluso yendo en contra del propio dato biológico, al dar cabida a la paternidad socio afectiva sobre la biológica, la cual no encuentra justificación en la norma legal, pero sí en normas convencionales y constitucionales como la protección al interés superior del niño, el derecho a la identidad dinámica y el derecho a vivir en una familia; en suma, muestras categóricas de la convencionalización y constitucionalización del derecho de familia.

En igual sentido, se visualiza el razonamiento realizado en el proceso de adopción por excepción, en el cual, el Juez, independientemente de la literalidad de la norma que exige el asentimiento de quien es titular de la patria potestad; ha considerado necesario evaluar si realmente existía un ejercicio adecuado y efectivo de los derechos y deberes que de ella se derivan; arribando así a una decisión con la cual hizo prevalecer el derecho fundamental del adoptado a tener una familia y su interés superior; más allá de rigidez y literalidad de la norma civil.

Finalmente, la última resolución citada muestra como a nivel administrativo también prevalece la protección del derecho fundamental del niño a permanecer con la familia con la cual socioafectivamente se encuentra arraigado; tal es así, que incluso, existiendo un procedimiento administrativo de adopción iniciado a favor del niño, se prefirió retirarlo del Registro de Adoptabilidad al constatarse que se encontraba desarrollándose favorablemente con la persona a quien se le había otorgado temporalmente en acogimiento familiar; haciendo prevalecer derechos fundamentales del niño a crecer en una familia y su derecho a la identidad dinámica.

Esta tendencia jurisprudencial se sustenta en la aplicación de normas principio que recogen valores fundamentales como el de libertad, igualdad y no discriminación, aun cuando las leyes específicas regulen en contra, pues más allá de su validez formal, interesa evaluar su validez material y por tanto pasar de una distinción de casos regulados/casos no regulados a la distinción de casos fáciles/casos difíciles, rasgo distintivo del constitucionalismo que Aguiló (2007) lo explica en la existencia de casos difíciles, en los que la solución no proviene directamente de la aplicación de una regla del sistema sino que hay que buscarla como la respuesta a una cuestión práctica que requiere desplegar una intensa actividad deliberativa y justificativa.

VI. Conclusiones

- 6.1. El bloque de convencionalidad y la constitucionalización del Derecho de Familia exigen una relectura de la institución familiar y de las relaciones que de ella se derivan; exigiendo sean adecuadas a los nuevos contextos sociales, y a la prevalencia de derechos fundamentales como igualdad, no discriminación, libre desarrollo de la personalidad y el derecho a vivir en una familia.
- 6.2. La tendencia jurisprudencial peruana muestra claramente que los conflictos familiares deben ser resueltos, haciendo prevalecer tales derechos, abandonando la aplicación rígida y formal de la normatividad civil y, por el contrario, atendiendo a las razones subyacentes que se hallan detrás de la misma y que se sustentan en valores y principios jurídicos superiores.
- 6.3. Se trata, en suma, de una forma más humana de resolver conflictos familiares, haciendo prevalecer derechos fundamentales de los sujetos involucrados.

VII. Lista de referencias

ESBORRAZ, D. *El concepto constitucional de familia en América Latina. Tendencias y proyecciones*, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, N.º 29, 2015, pp. 15-55. DOI: <http://dx.doi.org/10.18601/01234366.n29.02>

FERNÁNDEZ REVOREDO, Marisol. La familia vista a la luz de la Constitución y los dere-

chos fundamentales. Una aproximación al análisis crítico de las instituciones familiares. *Revista Foro Jurídico*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2003.

FERRAJOLI, L. *Garantías Constitucionales de los Derechos Fundamentales*. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 29 (2006) ISSN: 0214-8676, pp. 15-31.

HESSE, K. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

LANDA ARROYO, C. *La Constitucionalización del Derecho. El caso del Perú*. Lima: Palestra Editores, 2018.

PRIETO SANCHÍS, L. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. España: Editorial Trotta, 2003.

Constitucionalización del Derecho de Familia: a propósito de solucionar dos ausencias normativas

The constitutionalization of family law: by the way of solving two absences regulations

COLORADO HUAMÁN, William(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. La unión de hecho y la presencia de dos problemas. III. El ser humano y la razón. IV. Del estado legal de Derecho al estado constitucional de Derecho. V. El proceso de constitucionalización del Derecho de Familia en el Perú. VI. Conclusiones. VII. Lista de referencias.

Resumen: En el presente artículo se reflexiona sobre el surgimiento de la familia y las instituciones que la generan, por un lado, la unión matrimonial y la unión convivencial, siendo que dentro de este último grupo se advierte que en virtud de la reforma legal realizada durante los últimos años se han generado dos problemas; el primero de ellos tiene que ver con la falta de limitación al derecho hereditario entre convivientes, y el segundo que en estos momentos

(*) Abogado por la Universidad Nacional de Cajamarca. Conciliador Extrajudicial y con especialidad en Derecho de Familia. Con estudios concluidos de maestría en Derecho Civil y Comercial. Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca.

no se permite la ruptura unilateral de aquella unión de hecho reconocida; aspectos que generan una seria afectación a los derechos fundamentales de los convivientes. En tal virtud, se estudia el desarrollo del fenómeno de la constitucionalización del ordenamiento jurídico y, en específico, el avance que se ha tenido dentro del ámbito del derecho de familia, con el objetivo de advertir que, dado el cambio de paradigma, los defectos normativos deben ser solucionados interpretando y aplicando la Constitución Política para así brindar una protección general a cada integrante de la población, donde se salvguarde sus derechos e intereses.

Palabras claves: Familia, unión de hecho, reconocimiento de la unión de hecho, constitucionalización, estado constitucional de derechos.

Abstract: This article reflects on the emergence of the family and the institutions that generate it, on the one hand, marriage union and cohabitation; whereas the latter group warns that under the legal reform carried out in recent years, two problems have been generated; the first is about the lack of limitation to hereditary law among cohabitants; and the second, that at the moment the unilateral rupture of that recognized union is not allowed; aspects that generate serious impact on the fundamental rights of cohabitants; in this virtue, the development of the phenomenon of the constitutionalization of the legal order and in specific specific part of the progress that has been made within the field of family law is studied, with the aim of warning that, given the paradigm shift, the defects regulations, should be solved by interpreting and implementing the Political Constitution, in order to provide general protection to each member of the population, where their rights and interests are safeguarded.

Key words: Family, Union of Fact, Recognition of the Union of Fact, Constitutionalization, Constitutional State of Rights.

I. Introducción

La familia no es solo la base o núcleo de la sociedad, como habitualmente se afirma, sino un instituto natural y fundamental que, en virtud de su importancia, ha conllevado que nuestra Constitución Política la regule en el artículo 4⁽¹⁾; sin perjuicio de ello podemos apreciar que esta institución jurídica es compleja, pues en un inicio solo se originaba a partir de la unión matrimonial; sin embargo, dado

(1) Artículo 4: 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.

los cambios económicos, sociales y culturales han generado que la relación concubinaria sea reconocida y protegida.

En ese sentido, la unión de hecho, en los últimos años, ha sufrido una de las modificaciones más significativas referida al reconocimiento de derechos sucesorios entre sus miembros sin perjuicio de ampliar también la potestad del reconocimiento de la relación convivencia a favor de los notarios públicos; reformas con las cuales se busca brindar una protección plena a este grupo familiar que durante mucho tiempo se ha encontrado relegada pese a estar presente en nuestra realidad.

Sobre la base de las premisas descritas haría suponer que, en virtud de los cambios hechos, la unión de hecho no tendría ningún problema que generase conflictos entre sus miembros; sin embargo, ello no es así, pues el primer obstáculo que se advirtió con el reconocimiento del derecho hereditario entre la pareja fue que dicho derecho no estaba limitado por causales específicas, generándose herederos forzosos, los cuales, incluso, podrían heredar en contra de la propia voluntad del causante. Además de ello, pese a extenderse a los notarios públicos, la potestad del reconocimiento de la convivencia; no se pensó, garantizar el supuesto de la ruptura unilateral de dicha relación por uno de los integrantes de la unión de hecho.

Deficiencias normativas que vienen causando serios perjuicios a los convivientes quienes ven afectados sus derechos más esenciales; aspectos que merecen ser solucionados, más aún si en estos momentos, el Derecho Civil y, específicamente, el Derecho de Familia vienen atravesando por el fenómeno de la «Constitucionalización», proceso por el cual la Constitución, en tanto norma suprema del ordenamiento jurídico, desplaza a la ley, desde un punto de vista formal y material. De tal manera, a partir de la interpretación de los dispositivos constitucionales se viene dando contenido a la ley y, por ende, su aplicación a todo problema que presente en la realidad.

II. Unión de hecho y la presencia de dos problemas

Desde la aparición del hombre, este se ha reunido con otros de su misma especie, con el objetivo de atender sus necesidades y desarrollar sus potencialidades; es así que dentro del grupo ha ido gestándose diversas relaciones, formándose lo que hoy conocemos por *familia*, la cual ha sido moldeada bajo la influencia de concepciones religiosas, políticas, sociales y morales de acuerdo con cada período histórico; como lo indica Varsi (2011): «La familia tiene su marco evolutivo ligado a la propia evolución del hombre y de la sociedad, cambiando de acuerdo con los nuevos logros de la humanidad y descubrimientos científicos, no siendo creíble o permitido que sea sometida a ideas estáticas» (p. 16).

En ese contexto, la familia ha sido comprendida bajo las figuras del matrimonio religioso con efectos civiles y el matrimonio civil, donde el modelo ideal (nuclear) estaba basado en el matrimonio heterosexual; pero «ante los cambios económicos, sociales y tecnológicos, un nuevo escenario se va presentando, en el cual, otras formas o arreglos familiares distintos al modelo consagrado, resultan una opción de vida para las personas» (Fernández, 2016, p. 17). Así, el matrimonio y el parentesco van quedando de lado y ceden el paso a uniones estables que son denominadas *uniones de hecho*, también conocidas como concubinatos, unión convivencial o unión extramatrimonial⁽²⁾, las cuales, poco a poco, han dejado el sitio marginado que le otorgaba la sociedad de antaño, pasando a ser toda una realidad de la sociedad de ahora (Haro, 2013, p.1).

En el territorio patrio, no hemos sido ajenos a este fenómeno, ya que nuestra realidad nos muestra una mayor cantidad de familias sin vínculo matrimonial⁽³⁾; sin embargo, durante mucho tiempo se ha carecido de una regulación sobre los efectos personales y económicos que esta produce en sus miembros (Castillo y Torres, 2014, p.13). De este modo, la Constitución Política de 1979 reconoce por primera vez la Unión de hecho, en el artículo 9⁽⁴⁾. Al respecto, Haro (2013) manifestaba:

-
- (2) Como lo señala Haro (2013), la unión de hecho o concubinato es un fenómeno social muy antiguo y como institución legal lo hizo el Código de Hammurabi (año 200 A.C) (p. 2). Además, Gallo (2013), precisa:

Hasta finales del siglo XIX, el concubinato no era reconocido y además prohibido y sancionado. En la actualidad, esta posición ya ha sido abandonada en el derecho moderno occidental [...]; es recién a inicios del siglo pasado que surgen las primeras legislaciones y jurisprudencias que empiezan a reconocer algún tipo de derechos de los concubinos. El siguiente paso fue el establecimiento de una política abstencionista, consistente en no reconocer legislativamente efectos jurídicos al concubinato dejando que sea la jurisprudencia la que determine sus efectos jurídicos a fin de evitar posibles injusticias que se puedan generar por convivencia prolongada. [...] Sin embargo, algunas legislaciones han efectuado avances más importantes, a veces reconociéndoles ciertos efectos jurídicos al concubinato y, en algunos pocos casos, otorgándoles solo ciertos efectos, que esgrimen fundamentos sociales, económicos, morales, culturales y de seguridad jurídica (p. 122).

- (3) Para calificar dicha situación, Espinoza (2013) toma en cuenta los resultados del censo 2007, donde el número de convivientes se ha incrementado progresivamente al pasar de 1 millón 336 mil 326 (12 %) en el año 1981 a 2 millones 488 mil 779 (16,3 %) en 1993 y 5 millones 124 mil 925 (24,6 %) en el año 2007. Válidamente se puede sostener que la cuarta parte de la población se encuentra en el estado civil de convivencia. Por ello, comparto plenamente la opinión de quien sostiene que «aún existe un gran vacío normativo en relación con la unión de hecho no acorde con la realidad y con la fuerza in crescendo que posee en la práctica esta institución jurídica» (p. 78).

- (4) Artículo 9: «La unión estable de un 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».

Por intermedio de dicho precepto constitucional, se otorgaba a la convivencia efectos legales similares y/o semejantes a los del matrimonio, en el tema patrimonial; ello a fin de resguardar los bienes que habían sido adquiridos por los convivientes, bajo el denominado régimen de sociedad de bienes. 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 (p. 3).

Siguiendo la misma línea, la Constitución Política de 1993, dentro del rubro de Derechos Sociales y Económicos, recoge dicha figura jurídica, en su artículo 5⁽⁵⁾. Complementándose la regulación constitucional, en el Código Civil de 1984, donde dentro del Capítulo de Sociedades de Gananciales, en el título correspondiente al Régimen Patrimonial del Libro de Derecho de Familia, se crea el artículo 326⁽⁶⁾, a través del cual se desarrolla sobre 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⁽⁷⁾; atributos

(5) Artículo 5. La unión estable de un varón y una mujer, libres 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.

(6) Artículo 326.f 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 fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos.

La posesión constante de estado a partir de fecha aproximada puede probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita.

La unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral. En este último caso, el juez debe conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos que le correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales. 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.

Las uniones de hecho que reúnan las condiciones señaladas en el presente artículo producen, respecto de sus miembros, derechos y deberes sucesorios, similares a los del matrimonio, por lo que las disposiciones contenidas en los artículos 725, 727, 730, 731, 732, 822, 823, 824 y 825 del Código Civil se aplican al integrante sobreviviente de la unión de hecho en los términos en que se aplicarían al cónyuge.

(7) De acuerdo a lo expresado en el artículo 326 del Código Civil: «se recoge la tesis de la apariencia al estado matrimonial, en tanto se precisa, que la unión de hecho se persigue «alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio». De este modo, se deja de lado, la teoría de la equiparación al estado matrimonial, según el cual la unión de hecho produce los mismos efectos que el matrimonio» (Plácido, 2005, p. 112).

y/o potestades, que para ser ejercidos y protegidos, necesariamente están condicionados a la declaración previa que realice el Juez, a través del correspondiente proceso judicial; o, la declaración que realice el Notario Público, dada la potestad brindada por la Ley N.º 26662 – Ley de competencia notarial en asunto no contenciosos⁽⁸⁾.

En ese orden de ideas, actualmente se garantiza los derechos de los convivientes; proceso que ha ido de forma progresiva consolidándose en el tiempo; muestra de ello, es la promulgación de la Ley N.º 30007⁽⁹⁾, mediante la cual, el artículo 326 del Código Civil, sufre una reforma, en el extremo de reconocer derechos y deberes sucesorios a los miembros de las uniones de hecho propias⁽¹⁰⁾. De este modo, los convivientes pueden heredar entre sí, siempre que su convivencia –*heterosexual*– tenga una duración de al menos dos años continuos, y no tengan ningún impedimento matrimonial; además, que la unión se encuentre reconocida en vía judicial o notarial; sin perjuicio de estar inscrita en el registro personal de cada conviviente (Cárdenas, 2013, p.114); en ese sentido, Gallo (2013) afirma:

La familia de hecho persigue los mismos fines que una familia fundada en el matrimonio, ante situaciones iguales, debiera otorgárseles iguales derechos, por lo que, no existiendo diferencias sustanciales entre ambas formas de organización familiar, consideramos acertada la dación de la Ley N.º 30007, que

(8) Publicada el 22 de setiembre de 1996.

(9) Publicada el día 17 de abril del año 2013, por la cual se modifica el Código Civil, Código Procesal Civil y la Ley N.º 26662 de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos.

(10) Como lo señala Bermúdez (2013):

[Esta ley tiene] como antecedente, las conclusiones de la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional formada durante el gobierno de transición en el año 2001. Este grupo de estudios propuso reconocer que la unión de hecho estable de varón y mujer libres de impedimento matrimonial genera derechos hereditarios y alimentario; así como una comunidad de bienes. [...] Asimismo, el 28 de mayo de 2012, el ejecutivo remitió al Congreso el Proyecto de Ley que reconoce derechos sucesorios entre los miembros de uniones de hecho, con carácter de urgente. Como consecuencia de esta remisión, el Congreso inició el trámite del proyecto de Ley N.º 1184/2011-PE.» (p. 140).

En la exposición de motivos del mencionado proyecto, el Ejecutivo reconoció que el concubinato en el Perú, es «una realidad social y, como tal, no debe ser ignorada por el Estado». En tal sentido, señaló que el integrante sobreviviente de la unión de hecho podrá iniciar, en la vía judicial o notarial, un procedimiento de sucesión intestada con la partida de inscripción de la unión de hecho en el Registro personal o la declaración judicial de unión de hecho.

El mencionado proyecto fue analizado y debatido en la quinta sesión ordinaria de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso, realizado el 30 de octubre de 2012. [...] El texto sustitutorio del Proyecto de Ley N.º 1184/2011-PE, se aprobó por mayoría en la sesión del Pleno del Congreso del 12 de diciembre de 2012, en primera votación y el 7 de marzo de 2013 en segunda votación..

reconoce el derecho de herencia para los concubinos. Más aún si el derecho debe responder a la realidad que regula, la alta presencia de familias conformadas por uniones de hecho (p. 95).

Ahora, el problema se presenta, cuando él o la conviviente, que tiene [reconocido] su derecho hereditario, agravia o falta a su pareja, conllevando que este futuro heredero, tenga que ser excluido de la legítima que le correspondería; ante ello, tendríamos que acudir a la herramienta sustantiva que limita el derecho hereditario entre convivientes; sin embargo, advertimos que no se encuentra contemplado en nuestro ordenamiento jurídico; al respecto Zarate (2013) detalla:

La ley no solo confiere derechos sucesorios a los miembros de las uniones de hecho, sino que les atribuye la calidad de herederos forzosos, legítimos o necesarios, que deben heredar aún en contra de la voluntad del causante, como derecho no solo a la legítima hereditaria sino también a los derechos complementarios a ello como el derecho real de habitación vitalicio y gratuito y al derecho de usufructo que se establecen a favor de cónyuges supérstite en los artículos 731 y 732 del Código Civil; asimismo, el miembro de la unión de hecho que cuenta con reconocimiento legal de su existencia no podrá ser omitido o excluido en el testamento de su pareja, pues de ser en calidad de heredero preterido podrá demandar la caducidad de la cláusula testamentaria de institución de herederos y estará legitimado para imponer una demanda de petición de herencia (p. 134).

En ese sentido, se advierte que el legislador peruano, al momento de reconocer derechos y deberes sucesorios a los miembros de las uniones de hecho propias, ha olvidado regular supuestos normativos que limiten y/o restrinjan estas mismas atribuciones, a través de las figuras jurídicas de la desheredación e indignidad (supuestos que limitan el derecho hereditario); deficiencia normativa que no puede ser corregida por intermedio de la interpretación, ya que no existe norma a interpretar; y, tampoco podría aplicarse de forma analógica las causales de desheredación e indignidad para los cónyuges (normas restrictivas de derechos), por no permitirlo el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil, el cual señala que no se puede aplicar por analogía aquellas que restringen derechos.

Mención aparte, merece advertir que el artículo 326 del Código Civil, garantiza también la libertad a los convivientes, al permitirles acudir ante un notario público a fin de que se reconozca su relación; libertad que se concretiza, también al permitirles finalizar su vínculo, acudiendo nuevamente al funcionario público, donde expresarán su voluntad, quedando plasmado ello, en el acta notarial de su propósito, donde además, se liquidara la comunidad de bienes que se forjó durante el período de con-

vivencia. Sin embargo, el problema se presenta, cuando él o la conviviente, deciden poner término a su relación, pero no encuentran consenso en su pareja, o, de manera voluntaria decide dar por finalizada su convivencia, pero el otro integrante de la unión de hecho, no desea ello, al haber adquirido derechos (*hereditarios, adoptivos, alimentarios*); ante ello, se evidencia una nueva problemática, referida a brindar la herramienta sustantiva y procesal que permita al conviviente, ponerle fin a su relación.

Como podemos apreciar, las deficiencias normativas descritas, generan serios problemas a los miembros de las uniones de hecho, llegando al punto de afectar sus derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, como es su dignidad, su libre desarrollo, y hasta afectar su propia libertad; por lo que es necesario reflexionar sobre ello; más aún si en estos momentos, dado el fenómeno de la Constitucionalización del ordenamiento jurídico, la Constitución en tanto norma suprema del ordenamiento jurídico, desplaza a la ley, pero además, a partir de la interpretación de los dispositivos constitucionales se viene dando contenido a la ley, sin perjuicio de suplir deficiencias normativas, dando solución al problema que se presenta, con el objetivo, de garantizar los derechos esenciales de las personas.

III. El ser humano y la razón

Cuando el ser humano aparece sobre la faz de la tierra, mira con gran asombro las cosas que lo rodea, ya que todo cambia, se transforma y para comprender el mundo físico utiliza creencias, como es el caso de los griegos, quienes explican su realidad mediante mitos⁽¹¹⁾. «Pero, en el siglo VII y VI a.C, al producirse una gran crisis de la civilización helénica» (Sobrevilla, 2014, p. 23). Conlleva que estos entablen contacto con otras civilizaciones, tomando conocimiento de tradiciones mitológicas, religiosas y cien-

(11) Sobrevilla (2014) afirma:

Los mitos griegos permitían a los helenos dar cuenta del origen de la realidad, de los fenómenos físicos e históricos, y asimismo formular los preceptos de una moral preteorética a base de ejemplos. Así, [...] la *Teogonía* de Hesíodo contenía mitos sobre el origen de los dioses griegos y sus historias. El mito de Deméter y su hija Core (o Perséfone, como después se la conoció) y Hades, les permitía explicar el cambio de las estaciones. Según este mito, Hades, el dios que reinaba el inframundo, se había enamorado de Perséfone y la había raptado llevándosela a su reino. Como pese a las promesas de la madre de Perséfone, Deméter, Hades no la devolviera, Deméter, que tenía el poder de controlar el crecimiento de los árboles y la vegetación sobre la tierra, hizo que todo sobre ella se pusiera yermo. En estas circunstancias se efectuaron reuniones entre los dioses implicados y se llegó a un acuerdo: Perséfone permanecería tres meses con Hades en el inframundo y luego regresaría a la faz de la tierra por nueve meses. Esta es la explicación mítica griega de por qué durante los tres meses invernales todo se agosta y marchita, pero luego la vegetación se reconstituye y las flores vuelven a aparecer. (p. 23).

tíficas⁽¹²⁾; generando, un problema sobre su visión mítica del mundo; lo que posteriormente implicó, el abandono del mito oral y la tradición, y en su reemplazo, se explique que el orden del mundo se descubre a través del «*logos*» o razón.

Bajo ese contexto, surge la filosofía⁽¹³⁾, como un factor explicativo de lo real mediante la razón; reflexionándose de forma racional, sobre los problemas que tiene el ser humano en el mundo; como lo precisa el filósofo peruano Salazar:

La filosofía es una reflexión crítica, una concepción del mundo y un saber de la vida. El ser humano cuando actúa, piensa, reflexiona sobre su entorno con el objetivo de conocer, saber e interpretar para adecuarse mejor al medio en que vive (como se citó en Páucar, *et al.*, 2006).

En tal virtud, la filosofía dirige su mirada a las distintas manifestaciones del individuo, con el objetivo de poder orientarlo racionalmente en el mundo y, además, estudiando los problemas de especial importancia a fin de tratar el conocimiento⁽¹⁴⁾.

(12) Bernal indica: «De Egipto, tomaron los griegos elementos arquitectónicos, técnicas agrícolas y algunas científicas, de Fenicia el alfabeto y de ambas civilizaciones elementos mitológicos» (como se citó en Sobrevilla, 2014). Por su parte, Sobrevilla (2014), refiere:

Que la caída del imperio Micénico, generó que lo griegos se volcaran hacia el exterior a partir del siglo X. Donde los intercambios con otras civilizaciones dieron lugar a una reorientación de la economía, hacia el comercio marítimo, con lo que Grecia dejó de ser un país aislado; produciéndose la invención de la moneda en el siglo VII; siendo que el nuevo tipo de riqueza da lugar a cambios en la aristocracia y al avasallamiento del pueblo. La justicia deja de ser un asunto cósmico para constituirse en un problema local y concreto, por lo que el castigo del homicida pasó de ser un asunto privado, objeto de la venganza de sangre, a ser una cuestión pública que necesitaba de una represión organizada por la ciudad-estado.

(13) La «filosofía» deriva de dos voces griegas: *filos*, que se traduce por «amor» y, *sofos* por «sabiduría». Es decir, etimológicamente la «filosofía» es el amor a la sabiduría. [...] La filosofía es una de las formas de la conciencia social determinada por las relaciones económicas de la sociedad que se desarrolla en el problema de la relación entre el pensar y el ser, entre la conciencia y la materia. (Páucar, Galarza y Armas, 2006, p. 19).

Sobrevilla (2014) señala:

La filosofía se inició [...] con la escuela de Mileto que está compuesta por Tales, que debe haber vivido hacia el año 585 a. C., Anaximandro, que vivió entre los años 610 y 547 a.C. Y Anaxímenes, que lo hizo entre 585 y 528 a. C. Mileto era una rica ciudad portuaria que estaba situada en un punto de cruce con las grandes civilizaciones del cercano oriente: Egipto, Fenicia, Asiria, Babilonia, Persia, etc. Ahí se planteó la pregunta de cuál es el origen o principio de todas las cosas (p. 26).

(14) Siguiendo la clasificación postulada por Sobrevilla (2014), tenemos:

Que la pregunta: ¿Qué podemos saber?, da lugar a la *parte teórica de la filosofía*, que consiste en la reflexión sobre el mundo dado a fin de conocerlo. Aquí no se trata de intervenir en él, sino solo de conocerlo, lo que se encarga de realizar la *metafísica* (es el estudio racional del ser o de la realidad en su conjunto y de las categorías que sirven para analizarlo), la teoría del

Así, la filosofía del derecho⁽¹⁵⁾ aparece como reflexión filosófica sobre la acción humana, explicando que la vida de relación, genera un sin número de conflictos entre los asociados, destinados a desembocar en violencia; ante ello, la colectividad se ve obligada a limitar la libertad de sus miembros imponiéndoles ciertas reglas de conducta⁽¹⁶⁾. Por lo que, «el ser humano, poco a poco va despertando de la insensibilidad y de la ferocidad de la barbarie primitiva en la que vivía, adquiriendo de forma gradual conciencia de las ventajas de la convivencia ordenada» (Torres, 2019, p. 34). Todo ello, a fin de que el colectivo subsista; de este modo, nace el *Derecho*⁽¹⁷⁾; pero,

conocimiento (es el examen del conocimiento en general, el de la gran cuestión de si es posible conocer [el problema del escepticismo], el de las fuentes del conocimiento y el de la verdad, entre otros problemas más) y la epistemología (es el estudio de un tipo preciso de conocimiento: el conocimiento científico: en que consiste, las distintas variedades de ciencia, la explicación y la dinámica de las teorías científicas).

Ante la pregunta: ¿Qué debemos hacer?, surge la parte práctica de la filosofía, que consiste en la reflexión en torno a la acción humana, reflexión que llevan a cabo la ética (que consiste en el estudio de la conducta humana en relación a los valores morales, en especial frente al bien y al mal), la filosofía política (que se refiere a los problemas filosóficos que plantean la sociedad y el Estado, sobre todo la relación entre el ser humano y el Estado) y la filosofía del derecho (que estudia las normas que regulan la conducta de los seres humanos y que están premunidas de fuerza coactiva).

- (15) Sobrevilla (2014) afirma:

La filosofía del derecho consiste en la consideración filosófica del derecho: qué sea (el derecho), qué sea el derecho en sentido objetivo y en sentido subjetivo, cuál sea la relación entre el derecho y la moral, entre el derecho, orden social y poder, en qué consista la interpretación jurídica, qué sean los valores jurídicos, etc. (p. 200).

Páucar (et al., 2006) refiere:

La filosofía del derecho es un preponderante instrumento del conocimiento que implica reflexionar sobre la problemática que no es posible resolver en el campo estrictamente científico. Para conocer filosóficamente el derecho se recurre a la filosofía como proceso reflexivo para reinterpretarlos, reubicarlos y verlos desde nuevas perspectivas. [...] se preocupa por responder la problemática del hombre, la sociedad y el mundo que le rodea y el derecho como parte del Estado, busca solución a los conflictos humanos en la sociedad donde el hombre actúa con libertad, criterio y razón para lograr seguridad y justicia. [...] surge como una necesidad para que el jurista pueda lograr una interpretación más amplia y profunda de las normas jurídicas superando la explicación fragmentaria del ordenamiento jurídico (pp. 33-34).

- (16) Resulta pertinente tomar las palabras del maestro San Marquino, Torres (2019) quien expresa: Las relaciones sociales requieren de una adecuada ordenación, lo cual conduce inevitablemente a una limitación de la libertad y del poder de cada uno. La ordenación exige que la conducta de los asociados se regule normativamente en forma estable, segura y pacífica, a fin de lograr tanto un orden social justo como la estabilidad y permanencia de la sociedad. Sin este ordenamiento justo de la convivencia humana no es posible que exista sociedad civilizada. A esta ordenación de la conducta humana social mediante normas jurídicas se le denomina Derecho (p. 32).

- (17) Para Páucar (et al., 2006):

Etimológicamente el término *derecho* significa «guiar rectamente un hecho hacia su fin, sin desviarse ni perderse». El Jurista Pedro Flores Polo define al derecho como el conjunto de

además es necesario destacar que dentro del grupo, se van separando también diversos aspectos, uno de ellos es el «*político*», el mismo que se ubica en una esfera propia, apareciendo el Estado⁽¹⁸⁾.

Pero cada individuo, dentro del ámbito de control de su conducta, viene a preguntarse: ¿porque está obligado a respetar aquellas reglas de conducta impuestas (*derecho objetivo*)?, ¿cuál es la razón de la obligatoriedad?; ante ello, surgen diversas respuestas que han sido canalizadas mediante teorías⁽¹⁹⁾; existiendo dos de gran importancia; la primera de ellas denominada «idealista», donde considera que los mandatos provienen de la naturaleza de Dios (*iusnaturalismo*); mientras que la segunda, postula que las reglas provienen o son dictadas por el hombre (*positivismo*).

normas previstas de sanciones que rigen las relaciones de los hombres en la sociedad. Los antiguos romanos afirmaban «donde hay sociedad allí, está el derecho» (*Ubi Societas, ibi Ius*). El concepto de derecho comprende el concepto de sociedad, la idea de orden social, es decir, es organización, estructura de normas en una sociedad. El derecho determina lo justo, equitativo, fundado, juicioso, razonable, honesto y sensato (p. 23).

Torres (2015) afirma:

El derecho es conducta humana social regulada y como tal emerge de la realidad, en el sentido de que esta es la fuente inspiradora de la norma, pero también es instrumento o medio para modificar realidades; tal verdad es esto, como que entre ser humano y realidad social existe profunda interrelación (p. 81).

- (18) Páucar (et al., 2006) señala:

El Estado es la organización política de la sociedad, que surge en el marco de un sistema institucional. El estado designa un conjunto de poderes instituidos que gobierna una población en un territorio determinado. El estado es la nación jurídicamente organizada y políticamente libre. [...] La palabra *estado* tiene su origen en el vocablo latino «status», que se explica como el conjunto de derechos y obligaciones que tenía una persona con respecto a ella misma, a la familia o a la ciudad (p. 30).

- (19) Sobrevilla (2014) detalla que, además del iusnaturalismo, el positivismo y racionalismo jurídico, existen otras concepciones contemporáneas del derecho de menor importancia, como:

- La teoría tridimensional del Derecho* (donde el derecho es una realidad con tres dimensiones: hecho, valor y norma).
- Y, teorías críticas del derecho*, como: *teorías marxistas* (donde el derecho desempeña un papel subordinado frente a otros elementos del todo social); *uso alternativo del derecho* (quienes proponían desarrollar una práctica jurídica que contradijera la evolución social); *la crítica al derecho francés* (cuyo fundamento es el materialismo histórico), *el Análisis Económico del Derecho* (por la cual, la teoría económica es capaz de predecir y explicar el comportamiento de los individuos en presencia de reglas jurídicas); *Critical Legal Studies* (movimiento de izquierda liberal que reivindica a las minorías sexuales, raciales y políticas, que tiene gran preocupación por la enseñanza del derecho); *pluralismo jurídico* (afirma que al lado de la juridicidad escrita y formal estatal existen otras juridicidades informales en la fabricas, los barrios marginales, los grupos indígenas, etc.) y *la crítica feminista del derecho* (donde el derecho es producto de sociedades patriarcales, y aunque se proteja los derecho de las mujeres, se las ha desfavorecido)..

A través del iusnaturalismo, los griegos y romanos⁽²⁰⁾ conciben al derecho como algo anterior y que proviene de una voluntad superior; por lo tanto, prevalece sobre el derecho establecido por los hombres; y solo una persona puede revelarse contra las leyes humanas, cuando estas sean contrarias al derecho natural; en la etapa escolástica medieval, el derecho natural encuentra su más concreta explicación por intermedio de Santo Tomás de Aquino, ferviente precursor, para quien la ley pertenece al ámbito de la razón y la define como una regla y medida de los actos humanos, que procede de la autoridad competente y que tiene por objeto el «bien común»; precisando que esta ley puede ser dividida en cuatro tipos: la *ley divina*, la *ley eterna*, la *ley natural* y la *ley humana*⁽²¹⁾, coligiendo, que «la ley humana que no se derive del derecho natural, no es ley, sino corrupción de la ley».

En la época moderna, se mantuvo la concepción medieval con el agregado que la ley natural es eterna, pero que no proviene de Dios directamente, sino de la razón suprema; siendo esta postura cuestionada durante los siglos XVIII y XIX, a través de Giambattista Vico, para quien el derecho natural no es un derecho eterno e inmutable, sino que va adquiriendo una forma histórica distinta según las diversas épocas de la historia (Sobrevilla, 2014).

(20) Sobrevilla (2014) refiere:

Heráclito fue el primer autor griego, con la concepción iusnaturalista, quien sostenía que hay un *lógos* o razón que es común a todos los fenómenos al igual que la ley que rige las ciudades. Por su parte, Sófocles, en su obra *Antígona*, registra que el derecho natural prima sobre el derecho escrito por el hombre, cuando Polinices y Etéocles, combatiendo en torno a Tebas (el primero atacándola y el segundo defendiéndola). Y al asumir entonces el gobierno de la ciudad Creón, hermano de Yocasta, ordena como sanción dejar insepulto el cadáver de Polinices, por ser un traidor a Tebas. Pero Antígona lo entierra y cuando es encarada por su tío el rey, el cual le pregunta cómo se ha atrevido a desobedecer una orden, le responde: «No fue Zeus quien la dicto. Ni tampoco Díke [la justicia], que habita junto a los dioses subterráneos, ha establecido estas normas. Tampoco creo que tus decretos tengan tanta fuerza [...]». Por su parte, dentro del movimiento sofístico (los cuales eran sabios ambulantes que iban de ciudad en ciudad, enseñando sobre diversos temas como derecho, retórica, astronomía, etc., a cambio de dinero), tenemos a Trasímaco y Calicles. En Aristóteles, se encuentra la distinción entre lo justo natural y lo justo legal. De igual manera, los estoicos sostuvieron la idea del derecho natural, a través de Cicerón, de esta manera, pensaban que existía una ley divina que se halla en la naturaleza que tiene una estructura racional, esa ley es eterna y por consiguiente no cambia en el tiempo y es la misma además para todos los pueblos.

(21) De acuerdo con Sobrevilla (2014), la *ley divina* se refiere a la finalidad sobrenatural del hombre. Por su parte Torres (2015) señala que la *ley eterna* es la razón divina que establece el orden del universo y rige el movimiento de los seres animados e inanimados. Siendo que, la *ley natural* es un reflejo de la ley eterna que el hombre conoce por medio de la razón. Y finalmente, la *ley humana* es la creada por el hombre.

En el siglo XX, el jusfilósofo italiano Giorgio del Vencchio postula que las acciones humanas están sometidas a principios éticos o del deber en general (moral). Asimismo, Gustav Radbruch señala que el derecho es la realidad que tiene sentido solo al servir al valor o a la idea de justicia; por su parte, John Finnis, conceptúa al derecho, como aquellas reglas producidas por la autoridad y apoyadas por sanciones, todo ello, orientado a resolver los problemas y tener un bien común (Sobrevilla, 2014).

De este modo, para el iusnaturalismo, el derecho vale y consecuentemente obliga, no porque lo haya creado un legislador humano o tenga su origen en cualquiera de las fuentes formales, sino por la bondad o justicia intrínseca de su contenido (como se citó en Páucar, 2006); posición que lleva a vincular al derecho con la moral, donde la verdad, la justicia, la igualdad, son las únicas que pueden hacer la ley.

En contraposición a esa forma de percibir el derecho⁽²²⁾, y como un nuevo paradigma⁽²³⁾, surge en la época moderna el positivismo, donde el derecho es aquel «puesto»; es decir, decretado o promulgado por la autoridad, sobre todo por el Estado; de este modo, ya no hay una intervención o voluntad divina; sino que es producto de la voluntad humana; donde el hombre con la fuerza de su razón, puede descubrir principios y reglas de convivencia.

Es pertinente hacer mención al pensamiento de Hobbes, en su obra *Leviatán* (1651), quien señalaba que en el Estado de naturaleza, la libertad es el derecho que tiene cada persona de usar su poder como quiera y que la ley natural es el precepto o norma que permite usarlo como uno desee, lo que genera un estado de inseguridad; pues, es una guerra de todos contra todos; ante ello, los seres humanos preocupados por su subsistencia, deciden realizar un pacto social; que es la unión y sumisión al soberano con el que se logra la ansiada seguridad, pero al precio de estar sometido al gobernante. Mediante la institución del Estado, los derechos naturales se concretan en leyes civiles (de palabra o por escrito) que son para todos; y estas se obedecen bajo pena de aplicar una sanción. A través de esta concepción se rompe el nexo entre el derecho natural y el derecho positivo, pasando a ser la justicia lo meramente legal: justo es hacer lo que el soberano manda e injusto desobedecer sus órdenes (Sobrevilla, 2014).

(22) Moreso y Vilajosana (2000) afirman:

Por más de dos mil años de reflexión acerca del derecho estuvieron dominados por las concepciones iusnaturalistas, pero en los dos últimos siglos estas concepciones han cedido terreno de manera bastante claro a las concepciones iuspositivistas. La disputa entre el iusnaturalismo y el positivismo parece no tener fin, pero una presentación de dicho debate puede agudizar nuestra comprensión del derecho en dos sentidos.

(23) La palabra «paradigma» procede del filósofo de la ciencia Tomas Kuhn, y significa «Modelo» (Cabanellas, 1999).

En el siglo XX, aparece el más ferviente positivista que ha existido, como es el austriaco Hans Kelsen, para quien:

El derecho es norma o conjunto ordenado de normas⁽²⁴⁾. Cada norma encuentra su fundamento en otra norma de rango superior, y así hasta llegar a la norma de origen (norma hipotética fundamental) de la que reciben su valor todas las demás (como se citó en Torres, 2015).

Agregando, que si el derecho pretende constituirse como una ciencia, debe eliminar de su ámbito, el aspecto moral *-en concreto la justicia-*, por lo que, en su obra Teoría Pura del Derecho, se encarga de estudiar el derecho existente, como una ciencia autónoma, dejando de lado, puntos de vista morales, políticos, religiosos o éticos; para tal efecto, parte de dos perspectivas; la primera de ellas, es la perspectiva *estática*, donde analiza las características de las normas en estado de inercia y forjando los conceptos que las explican; y, en segundo lugar, la perspectiva *dinámica*, donde considera, como se genera unas normas de otras y, en última instancia, de la Constitución y de la protoconstitución, constituyendo una pirámide jurídica (Sobrevilla, 2014).

En el año de 1961, el profesor H.L.A Hart plantea un positivismo amplio y menos radical, teniendo en cuenta aspectos del iusnaturalismo; en tal virtud, para que el derecho positivo fuera obedecido por los participantes de forma natural y sin coacción de sanciones, debe contener un mínimo de derecho natural; por lo que, las reglas morales son más importantes que las reglas jurídicas; pese a ello, tiene la férrea convicción, que el derecho es un sistema de normas o reglas, donde no puede existir una conexión conceptual entre la moral y derecho; agregado que este último, está integrado por reglas primarias, (que contienen sanciones y son dirigidas a los ciudadanos); y reglas secundarias (que no tienen sanciones y son para los funcionarios del sistema).

(24) Sobrevilla (2014) indica:

Para Kelsen, el *derecho es un sistema de normas*, las normas son proposiciones significativas: una norma es el sentido de ciertas acciones humanas dirigidas con intención hacia el comportamiento de otro, por las que se ordena, o se prohíbe o se autoriza un comportamiento. [...]

Las normas jurídicas son proposiciones que tienen la siguiente estructura: son proposiciones hipotéticas con un antecedente que describe una transgresión unida por una imputación a una sanción como consecuencia. Es decir que si una persona comete el hecho prohibido descrito por el antecedente (si una persona causa lesiones graves a otra) se le deberá imputar al causante de la transgresión la sanción contenida en la parte final de la norma (se le deberá imponer pena privativa de la libertad no menor de tres ni mayor de ocho años). antecedente y consecuente están unidos por el nexo de la imputación, a diferencia de lo que sucede en las proposiciones de la ciencia natural en las que el antecedente está unido con el consecuente por el nexo de la causalidad (por ejemplo, la proposición «si un cuerpo se calienta, se dilata») (p. 213).

De este modo, la tendencia del positivismo, es considerar al derecho, como la norma o conjunto ordenado de normas desprovistas de toda consideración valorativa y social; pero ello no queda allí, pues a través de esta noción, el derecho fue el reflejo del triunfo del más fuerte; ya que el «derecho es lo que es útil a la nación»; esto, le valió al nazismo, al fascismo, al estalinismo y todo gobierno tiránico, para poder gobernar imponiendo sus intereses, no importando que las normas sean justas o injustas, pues, únicamente importaba que sean válidas; es decir, creadas respetando los límites materiales y formales establecidos por otra norma superior, sin tener en cuenta consideraciones valorativas o de otra índole⁽²⁵⁾. En ese sentido, Gustavo Radbruch critica a los positivistas jurídicos de la época nazi, afirmando que la ideología positivista del *Gesetz ist Gesetz* (la ley es la ley), los había llevado a someterse a la dictadura nacionalsocialista del gobernante, generando con ello la afectación de los derechos de las persona judías; sosteniendo además, que los principios fundamentales de la moral humanitaria eran y son parte del concepto del derecho y que no pueden ser dejados de lado⁽²⁶⁾.

(25) Sobrevilla (2014) refiere:

Existe una tercera gran corriente de la filosofía del derecho, denominada «realismo jurídico», la cual surgió en el siglo XX, y se opone al iusnaturalismo y al positivismo jurídico, en cuanto que estas dos corrientes consideran al derecho como un sistema de normas; en su lugar, considera que el derecho está constituido por la conducta de los jueces al resolver la causas que se les presenta, y por la explicación de dicha conducta por motivaciones realistas de índole psicológica y sobre todo sociológica.

Existiendo dos formas de realismo; por un lado, está el realismo norteamericano, conformado por el juez norteamericano Oliver Wendell Holmes, para quien el derecho no es un misterio, sino una profesión conocida que estudia los procesos ante los tribunales y como evitar acusaciones ante ellos. De igual manera, se tiene la sociología del derecho de Roscoe Pound, quien aboga por la captación científica de las relaciones del derecho con la sociedad y de las necesidades, intereses y opiniones de la sociedad de hoy y sobre el derecho afirmo que este cumplía el papel de ser un medio de control social, que permite modelar el comportamiento de los ciudadanos. En contraposición al pensamiento de Pound, se encuentra Jerome Frank, quien sostenía que en el derecho existe un factor de incertidumbre que es inevitable, por lo que todo a lo que se podía aspirar es a que el derecho dispense una seguridad meramente dinámica a las actividades humanas y sociales. Siguiendo el ejemplo de Frank, Karl N. Llewellyn, critico a Pound, manifestando que la ciencia sociológica del derecho postulada le faltaba sociología. Finalmente otros realistas norteamericanos importantes fueron Joseph W. Bingham, Felix S. Cohen, Walter S. Cppk, Herman Oliphant y Max Radin.

El realismo escandinavo, estuvo representado por Axel Hägerström, para quien el único derecho existente es el positivo que surge de una multiplicidad de factores sociales, que dan lugar a las normas jurídicas; y no procede de una manifestación de la voluntad (como había sostenido Hobbes y Austin) ni tampoco una norma fundamental (como enseñaba Kelsen).

(26) Debemos precisar que las corrientes filosóficas desarrolladas, tienen que ver con el estudio del derecho objetivo. Ahora, en lo que respecta al derecho subjetivo. Sobrevilla (2014)

IV. Del estado legal de Derecho al estado constitucional de Derecho

En Europa, con la Revolución Francesa, nació el Estado de derecho⁽²⁷⁾, cuyo objetivo había sido garantizar la libertad, la igualdad de los ciudadanos y acabar con los privilegios del clero y la nobleza; para ello, se desarrolló el reconocimiento y la declaración de un catálogo de derechos y libertades de las personas; así como, organizar el Estado (separación de poderes y sumisión del poder a los derechos). Pero, por motivos políticos (la existencia de monarquías) y dada la ideología «legalista» (que concebía a la ley como norma justa), impidió que la idea de Constitución se desarrollase de forma simbólica, como aquella norma jurídica vinculante para todos los poderes. Gascón y García (2016) afirman:

afirma, que este es concebido como la potestad o facultad que tiene una persona, siendo que su estudio lo ha realizado el iusfilósofo francés Mickel Villey, quien sostuvo que la noción surgió en el mundo moderno, a través de una lenta evolución de la noción de individuo, que se inició con los estoicos que pasaron a entender el derecho desde un punto de vista moral y prosiguió con el cristianismo que paso a juzgar el derecho según la moral religiosa. Siendo que la noción, surgió como respuesta a la desvaloración de la existencia terrenal en nombre de la existencia en el otro mundo.

Como consecuencia del advenimiento de la noción de individuo surgió después la noción de los derechos subjetivo que se encuentra en el siglo XVII, en Tomas Hobbes, quien sostuvo que los individuos poseen derechos en el estado de naturaleza, previos al nacimiento del Estado, pero para hacerlos efectivos es preciso que a través del pacto social se constituya el Estado, el cual los hace valer. Como dato histórico, se nos precisa que la expresión «derechos subjetivos» recién apareció en el siglo XIX, donde se encuentran tres corrientes básicas:

- a) Del pandectista alemán Bernhard Windscheid, para quien el derecho subjetivo es la manifestación de voluntad amparada por el derecho objetivo.
- b) Del jurista alemán Rudolf Von Ihering, para quien el derecho subjetivo es el interés jurídicamente protegido, es decir amparado por el derecho objetivo.
- c) Y, la teoría mixta, que combina las dos anteriores, donde el jurista alemán George Jellinek. Sostiene que el derecho subjetivo es el interés tutelado por la ley mediante el reconocimiento de la voluntad individual.

Por otro lado, el eminente jurista norteamericano W. N. Hofeld, busco aclarar los diversos sentidos de la expresión, llegando a establecer que, por derecho subjetivo, se debe entender: 1) Pretensión de algo; 2) Privilegio; 3) Potestad o Poder; y, 4) Inmunidad. Por su parte, Hans Kelsen, sostenía que las disciplinas que tenían mucho dualismo no tenían el carácter de ciencia; en ese sentido, cuando analiza el derecho objetivo y subjetivo, trata de eliminar este último, resaltando que el derecho objetivo, es un sistema de normas promulgado por el Estado, y el derecho subjetivo, solo es un reflejo del primero, el cual surge a partir de una norma que genera la idea de un deber correlativo; finalmente tenemos a H. L. A Hart, quien sostiene que, si hay derecho en el campo moral, entonces de allí se sigue que hay por lo menos un derecho natural y a través de transacciones particulares, siguen otros derechos especiales.

⁽²⁷⁾ Gascón y García (2016) afirman: «Estado de derecho es aquel en el que el poder actúa conforme a Derecho, o a la ley en sentido amplio, a normas jurídicas preconstituidas, y responde a la idea de gobierno de los hombres» (p. 15).

En aquella época] La sumisión del poder al derecho (el estado de derecho) se construye sobre la concepción unitaria de la soberanía como poder *legibus solubus*, de manera que la ley, expresión de esa soberanía, queda al margen de cualquier límite o control. Pero, además, la ley que entroniza el Estado de derecho no es cualquier ley sino una norma caracterizada por la generalidad y la abstracción, rasgos formales que garantizan su justicia y que postulan, por tanto, el sometimiento a ella. Por ello, el Estado de derecho se configura como Estado Legislativo y más que de principio de legalidad en sentido amplio, cabe hablar de imperio de la ley en sentido estricto: de un lado, las Constituciones terminaron siendo meras cartas políticas y los proclamados derechos constitucionales solo tendrían eficacia jurídica en la medida en que la ley los reconociera y con el alcance que la ley les diera de manera que no constituirían un límite a la legislación; de otro, el consagrado principio de separación de poderes no supuso la articulación de un sistema de frenos y contrapesos recíprocos, sino simple y llanamente la subordinación al legislativo de los otros poderes (pp. 16-17).

De esta manera, el Estado de derecho, que se desarrolla en Europa es uno de carácter «legal», que implica el sometimiento del gobierno⁽²⁸⁾ y del juez a la ley; en este último aspecto, la actuación de los jueces solo es aceptable en la medida que puedan aplicar exactamente la ley, por lo que, su labor era interpretar literalmente la norma; existiendo incluso un Tribunal de Casación, que se encargaba de controlar la legalidad de los pronunciamientos judiciales; una célebre descripción de dicha situación, es la frase de Montesquieu, quien señala: «el juez es la boca que pronuncia la palabra de la ley».

Pero, a finales del siglo XX, luego de la Segunda Guerra Mundial, se inicia un nuevo proceso de reconstruir los distintos ámbitos sociales; dentro de los cuales se encuentra el derecho, pues, en ese momento se acusa al positivismo jurídico, de haber propiciado un espacio, para que el totalitarismo se desarrolle; ello debido al haber promovido una obediencia a las normas inicuas, lo que generó regímenes nacionalista nazis y fascistas; en tal virtud, aparece un nuevo paradigma⁽²⁹⁾, que representa la ruptura con la cultura jurídica formalista que se tenía; a partir de

(28) Gascón y García (2016) refieren que «la sumisión de la administración a la ley, en efecto, se establece en términos de subordinación donde la administración solo puede actuar previa habilitación legislativa, por lo que rige el principio «todo lo que no está permitido está prohibido».

(29) Sobrevilla (2014) afirma: «Así, el iuspositivismo fue un nuevo paradigma a comienzos de la edad moderna y en los Estados Unidos el realismo jurídico fue un nuevo paradigma jurídico por los años treinta del siglo pasado» (p. 230).

allí, viene la constitucionalización del orden jurídico⁽³⁰⁾, por la cual, se transforma la concepción del Estado de Derecho, a un Estado Constitucional del Derecho, donde específicamente el derecho constitucional ocupa todo espacio de la vida social y política, condicionando la legislación, la jurisprudencia, el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, las relaciones privadas y demás⁽³¹⁾ (Guastini, 2018, p. 279).

(30) Para Aguiló (2018):

La «constitucionalización del orden jurídico», alude a un proceso histórico que ha tenido lugar en países europeos y latinoamericanos, y que se ha desarrollado y practicado desde la Segunda Guerra Mundial, hasta nuestros días, y que está produciendo una transformación profunda en la concepción del Estado de Derecho (p. 13).

Según Guastini (2016):

La expresión «Constitucionalización del ordenamiento jurídico» puede ser empleada en no menos de tres significados.

- (1) En un primer sentido –y quizás, es este el significado más común– se habla de constitucionalización para hacer referencia a la introducción de una primera constitución escrita en un ordenamiento jurídico que antes carecía de una.
- (2) En un segundo sentido, en ocasiones, se habla de constitucionalización para hacer referencia a un proceso histórico-cultural que transforma en relación jurídica la relación que media entre los detentadores del poder político y aquellos que se encuentran sometidos a dicho poder. Este fenómeno es distinto al precedente, ya que no se dice que el proceso en cuestión se resuelve en una codificación constitucional, vale decir, en una constitución escrita.
- (3) Un tercer sentido, actualmente se habla de constitucionalización para entender un proceso de transformación de un ordenamiento jurídico, al final del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente «impregnado» por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una constitución externamente pervasiva, invasora, desbordante (pp. 277-278).

(31) Para Guastini (2016), en un ordenamiento constitucional, ocurre lo siguiente:

- (a) La legislación está condicionada por la constitución en el sentido de que está concebida tendencialmente ya no como una actividad «libre en el fin», sino al contrario, como una actividad «discrecional», dirigida a actuar la constitución (en otras palabras: el legislador no puede elegir libremente los fines a perseguir, solo puede elegir los medios más convenientes y/o más eficientes para realizar algunos fines heterónomos preconstituidos: aquellos establecidos en la constitución).
- (b) La jurisprudencia está condicionada por la constitución en el sentido de que los jueces tienen el poder y el deber de aplicar no solo las leyes, sino también la constitución.
- (c) Por consecuencia, las relaciones privadas están condicionadas por la constitución en el sentido de que la constitución no solo regula las relaciones entre estado y ciudadanos, sino también las relaciones, como se suele decir, «interprivadas».
- (d) El estilo doctrinal está condicionada por la constitución en el sentido de que la doctrina tiende a buscar en la constitución el fundamento axiológico de las leyes (penales, civiles, administrativas, procesales, tributarias, etc.) y tiende a exponer su contenido normativo como un mero desarrollo de principios constitucionales; de modo que, por ejemplo en específico (supongamos el derecho de los contratos) es precedido por el análisis de los principios constitucionales que rigen la materia en cuestión (en este caso, los contratos).

En el mismo sentido, Guastini (como se citó en Aguiló, 2018) detalla que el proceso de constitucionalización, es el resultado de la combinación de factores, como es la rigidez constitucional, la garantía jurisdiccional de la Constitución, que tiene fuerza vinculante, la aplicación inmediata de las normas constitucionales, la interpretación de la ley conforme a la carta fundamental y una fuerte influencia de la misma en los debates y el proceso político. Por su parte, Atienza [...] detalla lo siguiente:

Por estado constitucional [...] no se entiende simplemente el Estado en el que está vigente una Constitución, sino el Estado en el que la Constitución (que puede no serlo en sentido formal; puede no haber un texto constitucional) contiene: a) un principio dinámico del sistema jurídico político, o sea la distribución formal del poder entre los diversos órganos estatales; b) ciertos derechos fundamentales que limitan o condicionan (también en cuanto al contenido) la producción, la interpretación y la aplicación del derecho; y c) mecanismos de control de la constitucionalidad de las leyes.

Como consecuencia el poder del legislador (y el de cualquier órgano estatal) es un poder limitado y que tiene que justificarse en forma mucho más exigente (p. 17).

De este modo, hablar de Estado Constitucional⁽³²⁾ implica partir de la existencia de una Constitución, que positiviza derechos humanos, y la misma es la supremacía política, que supone el sometimiento del poder al derecho; donde los jueces pueden y deben hacer valer la carta fundamental en detrimento de la ley; de igual forma, se garantiza la protección de los derechos de las personas al margen de la ley; en tal virtud, se incrementa la tarea de justificación de los órganos públicos y por tanto, se exige una mayor demanda de argumentación jurídica.

Así, podemos ver que la Constitución es el límite para toda actividad pública o privada, donde se exige que los valores⁽³³⁾ y los princi-

(32) Para Gascón y García (2016):

Constitucionales con aquellos sistemas donde, junto a la ley, existe una Constitución democrática que establece auténticos límites jurídicos al poder para la garantía de las libertades y derechos de los individuos y que tiene, por ello, carácter normativo: la Constitución (y la carta de derechos que incorpora) ya no es un trozo de papel o un mero documento político, un conjunto de directrices programáticas dirigidas al legislador; sino una auténtica norma jurídica con eficacia directa en el conjunto del ordenamiento; y además, por cuanto procedente de un poder con legitimidad «cualificada» (el poder constituyente) es la norma «más alta», por lo que también la ley queda sometida a la Constitución, que se convierte así en un parámetro de validez (p. 21).

(33) Según la clasificación que realiza DWONKIN, quien nos habla de normas y principios, siendo que dentro de este último concepto, vamos a encontrar directrices, que son un es-

prios⁽³⁴⁾ sean desarrollados en su máxima expresión; garantizándose y protegiéndose los derechos de las personas; por lo que, el derecho ya no solo es concebido como una herramienta para regular relaciones humanas, sino para brindar justicia.

Aguiló (2018) precisa que existen diversos autores que valoran ese cambio, pero objetan, indicando que se está poniendo en crisis al Estado de Derecho, al debilitar las exigencias normativas derivadas del «gobierno de las leyes»; por lo que, se está retrocediendo hacia esquemas vetustos vinculados al «gobierno de los hombres» (*de las elites intelectuales y judiciales*). De este modo, el derecho está dejando de ser general (*los principios constitucionales acaban desembocando en el derecho del caso*) claro (*la aplicación de principios implica un razonamiento jurídico que no es puramente deductivo*) y coherente (*los principios constitucionales son contradictorios entre sí y no cabe establecer prioridades estables entre ellos*).

Pero, más allá de las críticas, también existen autores que resaltan la importancia de los nuevos fenómenos jurídicos, exigiendo la formulación de un nuevo paradigma teórico; en tal sentido, podemos apreciar que la disputa se avoca, a ver, si los cambios que supone la constitucionalización del orden jurídico son meramente cuantitativos (de grado), en cuyo caso no hace falta formular un nuevo paradigma teórico; o si, por el contrario, se trata de cambios verdaderamente cualitativos que exigen una revisión profunda de los esquemas teóricos con los que se aprehende y transmiten los fenómenos jurídicos (Aguiló, 2018).

En ese sentido, a los que afirman la continuidad del paradigma, se los llama *positivistas* o partidarios del paradigma construido en torno a la concepción del Estado de derecho como un «imperio de la ley»; y, a los segundos, que afirman la necesidad de la revisión de dicho paradigma, se los conoce como *postpositivistas*

tándar que propone un objetivo político, social o económico para la comunidad; en cambio los principios, son un «estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de moralidad» (como se citó en Poma, 2017, p. 172).

- (34) Según la clasificación que realiza Atienza, quien advierte que en el argot jurídico el término «principios jurídicos» contiene las siguientes acepciones: a) principio, en el sentido de norma general; b) «principio», en el sentido de norma redactada en términos particulares vagos; c) «principio», en el sentido de norma programática o directriz; d) «principio», en el sentido de norma que expresa valores superiores de un ordenamiento jurídico; e) «principio» en el sentido de norma especialmente importante; f) «principio» en el sentido de norma elevada a jerarquía; g) «principio» en el sentido de norma dirigida a los órganos de aplicación jurídica; y, h) «principio», en el sentido de regla iuris entendido como máxima de la ciencia jurídica (como se citó en Poma, 2017, p. 172).

o neoconstitucionalistas o partidarios de un paradigma construido en torno a la concepción del Estado de Derecho como un Estado Constitucional⁽³⁵⁾.

V. El proceso de constitucionalización del Derecho de Familia en el Perú

Como acabados de explicar, en estos momentos estamos viviendo un nuevo fenómeno, denominado «constitucionalismo», por el cual, se postula que el sistema de fuentes del derecho, se encuentra encabezado por la Constitución, la cual es la norma de producción e interpretación de otras fuentes de derecho y ella es la misma fuente de la cual derivan directamente derechos y obligaciones para la ciudadanía y para los poderes públicos (como se citó en Hesse, 1992, pp. 57 y 58).

De este modo, tomando las palabras de Alvites (2018, p. 365), la posición del texto constitucional permite no solo que sus dispositivos disciplinen la formación de las demás normas jurídicas, sino que condicionen también su contenido y la interpretación de las distintas instituciones jurídicas que conforman las otras ramas del ordenamiento legal, por lo que el legislador como los interpretes de la ley, tienen en la fuerza constitucional límites formales y materiales; así, la interpretación de la legislación se ve condicionada y subordinada a lo establecido en la Constitución, todo ello a fin de poder garantizar la protección de los derechos fundamentales de las personas y el ejercicio no arbitrario del poder. En tal sentido, Atienza (2014) señala:

la constitucionalización del derecho, [pone] fin [al] positivismo jurídico [...] [por la cual] supone una nueva forma de ver el derecho, hoy ya no es solo el impuesto por la autoridad, sino es una creación humana, cuyo sentido es satisfacer ciertos valores que se plasman en derechos fundamentales (p. 8).

Hasta aquí, tenemos una visión clara, que la Constitución es la norma aplicable directamente, que forma parte del material normativo, y por ende, debe tenerlo presente todos los jueces, más aun si su contenido axiológico despliega sus efectos en las distintas áreas del derecho; tal como lo precisa Landa (2013, p. 71): «El concepto de Constitución se convierte en un concepto interpretativo por excelencia donde la

(35) De acuerdo con Sobrevilla (2014):

El neoconstitucionalismo no se trata de una escuela ni siquiera de un movimiento sino a lo sumo de una tendencia que se presenta en países diversos como Estado Unidos, Alemania, Italia y Argentina, donde escriben autores que profesan ideas con características parecidas. Entre otros jusfilósofos, se menciona a Atienza, Ronald Dworkin, Robert Alexy, Luigi Ferrajoli, Joseph Raz, Neil McCormick y Carlos Santiago Nino (p. 230).

creación del derecho no es algo que viene ya dado o acabado por la norma, sino que se convierte en el producto de una interpretación constructiva».

Como lo venimos afirmando, el derecho no puede ser concebido solo como el conjunto de normas que organizan el uso legítimo de la fuerza sino como el conjunto de normas que tiene por finalidad garantizar los derechos fundamentales, ya que, estos derechos dotan de unidad de sentido al resto del sistema jurídico, por ello, se afirma que la Constitución condiciona el contenido y aplicación de todas las demás normas del sistema jurídico. La importancia de estos derechos es tal que se considera incluso que las normas que los incorporan son «necesarias» no solo porque son inderogables sino porque sin ellas no podría concebirse el estado constitucional.

Ahora, a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la jurisdicción constitucional ha ido consolidando su legitimidad, al reconocer y proteger derechos fundamentales de las personas, teniendo gran aceptación por ello; en tal virtud, Landa detalla que, la constitucionalización del derecho peruano ha encontrado en la garantía de la supremacía constitucional y en la protección de los derechos fundamentales, el fundamento de su institucionalización y funcionamiento.

De este modo, remitiéndonos al derecho privado, la constitucionalización se ha manifestado en el ámbito del derecho de familia, en un primer momento reconociendo a la unión de hecho como una fuente legítima de la cual surge la familia; en ese sentido, el Tribunal Constitucional⁽³⁶⁾ expresó lo siguiente:

Reflejo de la percepción negativa y del rechazo era la ausencia de reconocimiento de efectos legales a este tipo de uniones [de hecho]; pero, el incremento de prácticas convivenciales y el progresivo cambio de sociedad y el Estado (y su legislación), fue imponiendo un contexto en el que era necesaria una regulación a esta realidad social.

Pero, ello no quedo allí, ya que el Poder Judicial, siguiendo la línea del Tribunal Constitucional, expreso en la Casación N.º 1532-2013-Lambayeque, que la unión de hecho, según la Constitución, es una fuente generadora de familia y, como tal, merece protección. Afirmando, que se encuentra implícito, en el artículo 5 de la Carta Magna, el reconocimiento de la unión de hecho, como derecho humano a fundar una familia. Concluyendo que la acción de reconocimiento de la unión no se encuentra sujeta a plazo de prescripción, pues los derechos humanos son imprescriptibles por su propia naturaleza. Acto seguido, fijo como criterio que,

(36) Stc. N.º 06572-2006-PA/TC de 6/11 /2017, fundamento 12.

tratándose de demandas de reconocimiento de unión de hecho, no es aplicable incluso el plazo de prescripción de 10 años previsto para la acción personal en el inciso 1 del artículo 2001 del Código Civil.

Ahora, cimentando las sentencia expedidas, también se tiene el reconocimiento de derechos personales, muestra de ello, es el caso de la señora Irma Doris Anaya Cruz vs. el Gobierno Regional de Lambayeque, donde se exigía una pensión de viudez; aquí, inicialmente el Tribunal Constitucional, tuvo la posición de proteger solo a la familia proveniente del vínculo matrimonial, ya que la Constitución ordenaba la promoción del matrimonio y que la protección que se brindaba a las uniones de hecho solo era en el ámbito patrimonial, por ende no generaba derecho pensionarios; sin embargo, esta posición, luego fue cambiada, por el mismo colegiado, en el caso de Luz Sofía Baca Soto vs Jefe de Personal del Ministerio de Educación; afirmándose que la normativa constitucional como la del Código Civil, regula la unión de hecho considerando que esta se encuentra destinada a cumplir deberes semejantes a los del matrimonio; es decir, que un varón y una mujer, como pareja, entre ellos tienen derechos, deberes y responsabilidades iguales al sostenimiento del hogar; por lo que, se reconoce que la unión de hecho propia, es la base de un hogar, de modo que al fallecer uno de sus integrantes, le asiste al otro el derecho a la pensión de viudez.

Asimismo, el Tribunal Constitucional, dentro del caso de Janet Rosas Domínguez vs O.N.P, expreso que la protección constitucional de las uniones de hecho, se debe dar; siempre y cuando no se vulnere los propios valores constitucionales y sea compatible con las demás normas del ordenamiento jurídico; es el caso puntual, sobre la capacidad nupcial que debe tener la pareja –libres de contraer matrimonio, lo que implica que la unión sea monogámica y heterosexual, además que tenga una duración de por lo menos dos años y que tenga la apariencia de vida conyugal pública.

Como un punto adicional a traer a colación, tiene que ver con la obligación que tiene el Estado de proteger a las distintas modalidades de familia; en ese sentido, si bien el artículo 4 de la Constitución Política, ordena promover la familia matrimonial, en la medida que supone mayor estabilidad y seguridad de los hijos, no podemos dejar de lado, que la familia no solo puede ser concebida como una institución netamente destinada a la procreación, sino que se trata de un núcleo esencial de la comunidad en el que se transmiten valores éticos, cívicos y culturales. Preámbulo que nos permite describir el caso presentado por el señor Oscar Ugarteche Galarza vs. RENIEC, quien exigía se reconocimiento de su matrimonio celebrado con una persona de su mismo sexo, realizado en la ciudad de México; siendo que la Corte Superior de Lima, ordeno a RENIEC, registre ese matrimonio

como válido en el Perú, en atención que el referido matrimonio entre personas del mismo sexo, se fundamenta en los derechos fundamentales a la igualdad y la no discriminación, así como al libre desarrollo de la personalidad, reconocidos por la Constitución peruana, y demás tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Perú es parte, conforme a la cuarta disposición final y transitoria de la propia Constitución.

Lo expresado hasta aquí nos ayuda a tener una visión completa de como se viene transformando el derecho de familia; pero además, como se viene solucionando los conflictos latentes que presenta nuestra sociedad y en especial dentro de la institución de la unión de hecho; bajo ese contexto, y de acuerdo a los problemas descritos en el presente trabajo; desde un punto de vista legal, podríamos decir, que ante la ausencia normativa no podríamos solucionar los conflictos presentados, mucho menos tratar de aplicar por analogía algún supuesto legal, ello dado las características especiales de cada situación en particular.

Por lo que, frente a ello, consideramos que debemos recurrir a nuestra Constitución, y advertir que en ella se encuentra el artículo 1, el mismo que recoge un valor y principio medular, como es la dignidad de la persona, por el cual, los derechos fundamentales del individuo proyectan su efecto regulador tanto al ámbito de la sociedad, como a la propia autonomía privada; así, teniendo en cuenta que el hombre es un ser racional y por ende debe ser protegido en toda sus esferas; conlleva que los defectos normativos latentes dentro del ordenamiento jurídico, deberán ser atendidos interpretando el referido precepto constitucional; con esto, se garantiza que aquellas personas que faltaron o agravaron a su pareja, puedan ser excluidas del derecho hereditario que ostentan; sin perjuicio de que también se pueda permitir la ruptura unilateralmente la relación reconocida; pues con ello, se logra garantizar otro derecho fundamental como es el libre desarrollo que tiene cada persona, en poder hacer satisfacer sus interés y a la vez hacer respetar su voluntad frente a los demás.

VI. Conclusiones

1. En la actualidad, debido a factores económicos, sociales y culturales ha implicado que dentro de nuestro ordenamiento jurídico se reconozca aquellas uniones diferentes al matrimonio, efectivizándose, de este modo, el derecho de libertad que tienen todos los ciudadanos, al permitírseles decidir, en poder formalizar su relación sentimental o no.
2. Asimismo, en estos momentos se viene desarrollando el fenómeno de la constitucionalización del ordenamiento jurídico, por el cual, se exige la presencia de

una Constitución, la cual positiviza derechos fundamentales de las personas y dada su supremacía, impone el sometimiento del poder al derecho, por lo que los jueces se encuentran obligados hacer valer la carta fundamental dejando incluso de lado a la misma ley, por lo que se exige que el operador jurídico incremente su justificación en solucionar un caso –argumentación jurídica–.

3. En virtud a los defectos que pueda presentar nuestro ordenamiento jurídico, la solución a las mismas debe partir por considerar que nuestra Constitución es el límite de toda actividad pública o privada; conllevando que el derecho deje de ser una norma expresa contenida en un Código Civil, para convertirse en una herramienta argumentativa, interpretativa e integradora, que pueda respetar los derechos esenciales de los ciudadanos.

VII. Lista de referencias

- BASADRE, J. *Historia del Derecho*. 3.^a ed. 3 tomos. Lima: Gráfica Horizonte S.A, 2001.
- CABANELLAS, G. *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Trigésima edición. 8 tomos. Buenos Aires: Heliasta, 1999.
- CÓDIGO CIVIL COMENTADO. 3.^a ed. 10 tomos. Lima: Gaceta Jurídica, 2010.
- CORNEJO, H. *Derecho familiar peruano*. 10.^a ed. Lima: Gaceta Jurídica, 1999.
- CORRAL, H. *Derecho y Derecho de la Familia*. 1.^a ed. Lima: Grijley, 2005.
- FERNÁNDEZ, M. *Manual de Derecho de Familia*. 1.^a ed. Lima: Fondo Editorial, 2016.
- GASCÓN, M. Y GARCÍA, A. *La argumentación en el Derecho*. 3.^a ed. Lima: Palestra Editores, 2016.
- HAWIE, L. *Manual de jurisprudencia de Derecho de Familia*. 1.^a ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2015.
- MANRIQUE, K. *Derecho de Familia. La unión de hecho*. 1.^a ed. Lima: Ffecaat, 2011.
- MESÍA, C. *Derechos fundamentales dogmáticos y jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. 1.^a ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2018.
- PÁUCAR, A. GALARZA, J. Y ARMAS, J. *Fundamentos de la filosofía del Derecho*. 1.^a ed. Lima: Editorial Mantaro, 2006.
- PLACIDO, A. *Manual de Derecho de Familia*. 1.^a ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2001.
- POMA, F. (2017). *La reparación civil en el proceso penal peruano*. 1.^a ed. Lima: A & C

Ediciones.

- RAMOS, C. *Cómo hacer una tesis en Derecho y no envejecer en el intento- Estudios de pregrado-maestría-doctorado*. Lima: Gaceta Jurídica, 2000.
- SÁNCHEZ, F. *La investigación científica aplicada al Derecho*. Primera edición. Lima: Ediciones Normas Jurídicas, 2016.
- SOBREVILLA, D. *Introducción a la filosofía*. 1.^a ed. Lima: Editorial Universitaria, 2014.
- TORRES, A. *Introducción al Derecho*. 5.^a ed. Lima: Instituto Pacífico, 2015.
- TORRES, M. *La responsabilidad civil en el Derecho de Familia*. 1.^a ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2016.
- VARSÍ, E. *Tratado de Derecho de familia*. 1.^a ed. 4 tomos. Lima: Gaceta Jurídica, 2011.
- CASTILLO, M. Y TORRES, M. ¿Se puede desheredar o declarar indigno al miembro de la unión de hecho? *Gaceta Jurídica*, 16(1), 2014, 13-25.
- HARO, I. *Uniones de hecho en sede registral*. Recuperado de <http://C:/Users/USER/Downloads/Dialnet-UnionesDeHechoEnSedeRegistral-5476713.pdf>, 2013.
- PEÑA, R. *La Unión de Hecho su cese unilateral y los Derechos Sucesorios de esta*. Recuperado de http://www.asider.pe/la-union-de-hecho-su-cese-unilateral-y-los-derechos-sucesorios-de-esta_90.html, 2017.

El Derecho a la Libertad de Cátedra en el Perú: concepto, ámbitos y contenido esencial a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano

The right to the freedom of expression in Peru: concept, fields and essential content from the peruvian constitutional court

TERÁN RAMÍREZ, Teresa Ysabel(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Anotaciones acerca de la regulación constitucional y legal de la docencia universitaria. III. El derecho a la libertad de cátedra. 3.1. Concepto de derecho a la libertad de cátedra. 3.2. Aspectos característicos del derecho a la libertad de cátedra. 3.3. Ámbitos del derecho a la libertad de cátedra. 3.4. Contenido esencial del derecho a la libertad de cátedra. 3.5. Anotaciones acerca de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el EXP. N.º 2724-2005-PA/TC. 3.6. Anotaciones acerca de los modos de extralimitación en el ejercicio del derecho a la libertad de cátedra. IV. Conclusión. V. Lista de referencias.

(*) Abogada, maestra en Ciencias con mención en Derecho Constitucional y Derechos Humanos, y candidata a doctora en Derecho por la Universidad Nacional de Cajamarca, Perú. Conciliadora extrajudicial y especializada en Familia. Asesora Legal. Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, Perú. Correo electrónico: tyteranr@unc.edu.pe

Resumen: El presente artículo tiene como propósito dar a conocer los principales aspectos del derecho a la libertad de cátedra reconocido en el Perú. Para ello, se han analizado sentencias del Tribunal Constitucional peruano recaídas en el Expediente N.º 0091-2005-PA/TC y en el Expediente N.º 2724-2005-PA/TC, a través de las cuales el Alto Tribunal desarrolla aspectos sobre el concepto, ámbito y contenido esencial de la libertad de cátedra. Asimismo, se hace mención a los modos de extralimitación del ejercicio del derecho a la libertad de cátedra, en mérito a las opiniones de estudiantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, en cuyo quehacer han visto manifiesto el ejercicio de esta importante garantía.

Palabras clave: Libertad de cátedra, docente, Tribunal Constitucional.

Abstract: This article is intended to present the principal aspects of the right to freedom of expression recognized in the Peru. To do this, we have analyzed the Peruvian Constitutional Court rulings relapses recovery on record N.º 0091-2005-PA/CT and in the dossier N.º 2724 - 2005-PA/TC, through which the High Court develops aspects of the concept, scope and substance of the freedom of expression. Also referred to the modes of the excess of the exercise of the right to freedom of expression, in merit to the views of students of the Faculty of law and political science of the National University of Cajamarca, in whose work have been the exercise of this important warranty manifesto.

Key words: Freedom of professorship, teacher, Constitutional Court.

I. Introducción

La libertad de cátedra en tanto garantía estatal, así considerada y regulada expresamente en el artículo 18 de la Constitución Política peruana de 1993, ha cobrado un singular espacio como elemento del régimen universitario en nuestro país; básicamente por cuanto, de un lado, su titular, el docente universitario, ha sido considerado como uno de los protagonistas para la necesaria reforma educativa de cara a las actuales exigencias seculares; y, de otro lado, por la importancia que ha significado la determinación de su contenido esencial en tanto elemento estructurador del sistema jurídico interno⁽¹⁾.

En tal sentido, mediante el presente artículo, fundaremos anotaciones acerca del derecho a la libertad de cátedra, considerando el tratamiento jurisprudencial del Tribunal Constitucional peruano; a fin de abundar en el conocimiento jurídico en torno a derechos fundamentales.

(1) En opinión de Barranco (2009), «los derechos son normas superiores y al asumir una dimensión objetiva es porque se convierten en los elementos estructuradores del sistema» (p. 21).

II. Anotaciones acerca de la regulación constitucional y legal de la docencia universitaria en el Perú⁽²⁾

La regulación normativa de la docencia universitaria se encuentra expresada, a nivel constitucional, en el artículo 18 de la Constitución Política del Perú de 1993; y, a nivel legal, en los artículos del 79 al 96 de la Ley N.º 30220- Ley Universitaria (en adelante la Ley). Así, el texto constitucional refiere acerca del régimen universitario, señalando los fines de la educación universitaria (la formación profesional, la difusión cultural, la creación intelectual y artística y la investigación científica y tecnológica), a la libertad de cátedra como garantía del Estado y, el funcionamiento y el significado de la universidad (comunidad de profesores, alumnos y graduados).

Por su parte, la Ley establece las funciones de los docentes (investigación, mejoramiento continuo y permanente de la enseñanza, proyección social y gestión universitaria) así como su condición (ordinarios, extraordinarios y contratados) y respecto a sus ayudantes de cátedra (el ayudante debe estar cursando los dos (2) últimos años de la carrera y pertenecer al tercio superior; y, la designación de los mismos debe ser vía concurso hecho público a toda la comunidad universitaria, conforme lo que disponga cada Estatuto universitario), los requisitos para ejercicio de la docencia, admisión y promoción en la carrera docente (para ejercer la docencia se exige poseer grado de Maestro para la formación en el nivel de pregrado, el grado de Maestro o Doctor para maestrías y programas de especialización; y, el grado de Doctor para la formación a nivel de doctorado.

Asimismo, la admisión a la carrera docente se hace por concurso público de méritos; la promoción de la carrera docente se clasifica según se trate, en profesor principal, asociado y auxiliar; también, el 25 % de los docentes de la universidad deben ser a tiempo completo), el periodo de evaluación para el nombramiento y cese de los profesores ordinarios (el periodo de nombramiento de los profesores ordinarios es de tres (3) años para los profesores auxiliares, cinco (5) para los asociados y siete (7) para los principales), el régimen de dedicación docente (dedicación exclusiva, a tiempo completo y a tiempo parcial), el Docente investigador (dedicado a la investigación e innovación del conocimiento y su designación es en razón de su excelencia académica), deberes (puntualizados en el artículo 87 de la Ley y fundados en su labor como educadores universitarios), los derechos del Docente (determinados en el artículo 88 de la Ley, siendo uno de ellos el derecho al

(2) Precítese que lo aquí anotado tiene como fuente a la Constitución Política del Perú de 1993 y a la Ley N.º 30220-Ley Universitaria, vigente a partir del 09-07-2014..

ejercicio de la libertad de cátedra en el marco de la Constitución Política del Perú y de la ley especial), las sanciones a imponer a los Docentes (aplicables en casos de transgresión a los principios, deberes, obligaciones y prohibiciones en el ejercicio de la función docente; y, son: amonestación escrita, suspensión en el cargo hasta por treinta (30) días sin goce de remuneraciones, cese temporal en el cargo sin goce de remuneraciones desde treinta y un (31) días hasta doce (12) meses) y destitución del ejercicio de la función docente; la sanción de cese y de destitución se aplican previo proceso administrativo disciplinario, cuya duración no será mayor a cuarenta y cinco (45) días hábiles Improrrogables) y remuneraciones de los docentes (se establecen por categoría y su financiamiento proviene de las transferencias corrientes del tesoro público; asimismo, las remuneraciones de los docentes de las universidades públicas se homologan con las correspondientes a las de los Magistrados Judiciales).

Dicho ello, es necesario precisar que la docencia universitaria, la cual «[...] se podría resumir en una palabra: la profesionalidad» (Anaya, s.f), es una función propia del Docente, el cual es un profesional legalmente reconocido y cuyas principales funciones, consideramos, son la investigación y el mejoramiento continuo y permanente de la enseñanza, mismas que se ejercen dentro de un determinado espacio denominado *Universidad*, la cual se define en los términos siguientes:

La universidad es una comunidad académica orientada a la investigación y a la docencia, que brinda una formación humanista, científica y tecnológica con una clara conciencia de nuestro país como realidad multicultural. Adopta el concepto de educación como derecho fundamental y servicio público esencial. Está integrada por docentes, estudiantes y graduados. Participan en ella los representantes de los promotores, de acuerdo a ley.

Las universidades son públicas o privadas. Las primeras son personas jurídicas de derecho público y las segundas son personas jurídicas de derecho privado que no es sino una comunidad académica orientada a la investigación y a la docencia, que brinda una formación humanista, científica y tecnológica con una clara conciencia de nuestro país como realidad multicultural. Adopta el concepto de educación como derecho fundamental y servicio público esencial. Está integrada por docentes, estudiantes y graduados. Participan en ella los representantes de los promotores, de acuerdo a ley» (Artículo 3, Ley N.º 30220).

Consecuentemente, el docente es sujeto integrante de la universidad pues, con su particular actuación, coadyuva al cumplimiento de los fines que dicha entidad persigue; siendo uno de sus principales derechos, el ejercicio de la libertad

de cátedra, cuya regulación, como ha quedado indicado, es tanto constitucional como legal. Por tanto, en las siguientes líneas expondremos acerca de este importante derecho fundamental, no solo para conocerlo sino también para exigirlo cuando corresponda.

III. El Derecho a la libertad de cátedra

3.1. Concepto de Derecho a la Libertad de Cátedra

El alto Tribunal de la Constitución, en relación a la libertad de cátedra, ha puntualizado lo siguiente:

[...] la libertad de cátedra, como principio organizativo dentro de la enseñanza –pública o privada– supone la libre transmisión del saber en el proceso educativo. La autonomía e independencia como parte de la libertad de cátedra, se desarrolla dentro de la investigación y la enseñanza, como libertades para elegir y aplicar los métodos, procedimientos y tratamientos conducentes a la adquisición, exposición y transmisión de los conocimientos a los posibles receptores o educandos -siempre dentro de los límites que supone el respeto de los derechos y libertades de la persona- o Así, son sujetos de este derecho cada uno de los docentes que imparten conocimientos en organizaciones educativas.

En ese sentido, queda claro que la libertad de cátedra supone reglas o métodos de carácter subjetivo de libre formulación y elección de cada docente o catedrático, los cuales son destinados a perseguir una mejor recepción y aprehensión de la información brindada a los educandos. (STC, de fecha 30-06-2005, recaída en el EXP. N.º 2724-2005-PA/TC. F.J. 4).

De esta forma, el Tribunal de la Constitución ha precisado que la libertad de cátedra es un principio organizativo que orienta la enseñanza, ya sea esta pública o privada, con el fin de viabilizar el conocimiento impartido por parte de los educadores, como sujetos de la libertad de cátedra, a fin de concretizar el desarrollo integral del discente o educando.

De otro lado, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), mediante la Recomendación relativa a la Condición del Personal Docente de la Enseñanza Superior, de fecha 11 de noviembre de 1997, ha reconocido a la libertad académica (así denominada a la libertad de cátedra) como uno de los derechos y libertades del personal docente de la enseñanza superior. En dicho sentido, se considera lo siguiente:

El personal docente de la enseñanza superior tiene derecho al mantenimiento de la libertad académica, es decir, la libertad de enseñar y debatir sin verse limitado por doctrinas instituidas, la libertad de llevar a cabo investigaciones y difundir y publicar los resultados de las mismas, la libertad de expresar libremente su opinión sobre la institución o el sistema en que trabaja, la libertad ante la censura institucional y la libertad de participar en órganos profesionales u organizaciones académicas representativas. Todo el personal docente de la enseñanza superior debe poder ejercer sus funciones sin sufrir discriminación alguna y sin temor a represión por parte del Estado o de cualquier otra instancia. Este principio solo puede aplicarse de manera efectiva si el entorno en que actúa es propicio, requisito que, a su vez, solo se puede cumplir si el ambiente es democrático: de ahí que incumba a todos la tarea de construir una sociedad democrática.

De esta manera, la UNESCO entiende a la libertad académica como derecho del personal docente de la enseñanza superior⁽³⁾, que supone la conjunción de una variedad de libertades, tales como: enseñar, debatir, investigar (que incluye la difusión y la publicación de los resultados de las mismas), expresar libremente su opinión sobre la institución o el sistema en que trabaja y ante censura institucional, participar en órganos profesionales u organizaciones académicas representativas. Visto de tal forma, consideramos que la libertad de académica es un derecho continente cuyos elementos integrantes no solo se centran en la investigación y en la trasmisión del conocimiento; sino, además, en el rol que el docente puede desempeñar frente a la institución donde ejerce sus propias funciones. Por tanto, dado el alcance internacional de la Recomendación citada emitida por la UNESCO, sus disposiciones se encuentran aptas para ser observadas por los Estados miembros de la comunidad internacional universal pues, su cumplimiento, dotará de efectividad a las mismas.

En opinión de Fernández (2017):

El derecho fundamental a la libertad de cátedra puede definirse como el derecho de quienes llevan a cabo la función de enseñar a desarrollarla con libertad. Esto supone la facultad que ostenta todo docente de transmitir en su actividad docente sus conocimientos como considere oportuno, de modo

(3) A consideración de la UNESCO, el término «personal docente de la enseñanza superior» designa a todas las personas que en instituciones o programas de enseñanza superior se dedican a enseñar y/o realizar estudios académicos o investigaciones, y/o a prestar servicios educativos a los estudiantes o la comunidad en general.

que pueda expresar sus ideas y convicciones científicas, técnicas, culturales y artísticas y de elegir el planteamiento teórico y el método, sin más límites que los establecidos en la Constitución y en las leyes y los derivados de la organización de las enseñanzas en la Universidad (pp. 2-3).

En consecuencia, la libertad de cátedra supone la facultad del docente para expresar el conocimiento científico bajo los límites determinados en la Constitución, las leyes y por la Universidad.

3.2. Aspectos característicos del Derecho a la Libertad de Cátedra

Los aspectos característicos del Derecho a la Libertad de Cátedra son:

- a. Es un derecho constitucional, pues su regulación se encuentra en el artículo 18 de la Constitución Política del Perú de 1993.
- b. Es un derecho cuya titularidad y ejercicio corresponde a los docentes quienes expresan su libre pensamiento, básicamente, en la transmisión del conocimiento.
- c. Es un derecho que presenta límites inmanentes en su ejercicio; así, en términos del Tribunal Constitucional, estos límites son «[...] el deber de respetar la libertad de cátedra de los demás, velar por la discusión ecuaníme de las opiniones contrarias y tratar a todos sin discriminación por ninguno de los motivos prohibidos» (STC, de fecha 18-02-2005, recaída en el EXP. N.º 0091-2005-PAITC. F.J. 8). Por tanto, debe ejercerse con respeto a las discrepancias que dentro de este marco existieren.
- d. Para su disfrute es «imprescindible la autonomía de las instituciones de enseñanza superior [...]» (STC, de fecha 18-02-2005, recaída en el EXP. N.º 0091-2005-PAITC. F.J. 8); por cuanto, es la universidad aquella que autónomamente establece pautas que orientarán su quehacer institucional.
- e. La garantía constitucional para la defensa del derecho a la Libertad de cátedra es el Proceso de Amparo, ello atendiendo a lo prescrito en el artículo 37 numeral 21 del Código Procesal Constitucional.

3.3. Ámbitos del derecho a la libertad de cátedra

Para el desarrollo de este punto, acudiremos a lo que el Tribunal Constitucional ha dejado anotado en la STC, de fecha 18-02-2005, recaída en el EXP. N.º 0091-2005-PAITC. F.J. 8. Así, dicho órgano ha precisado que la Libertad de cátedra presenta dos dimensiones: objetiva y subjetiva.

3.3.1. *Ámbito objetivo: Este aspecto refiere que:*

[...] legislativamente, se consagra la libertad de cátedra en su dimensión objetiva, referida a la autonomía universitaria. Solo se puede disfrutar del derecho a la educación si va acompañado de la libertad de cátedra del cuerpo docente, de conformidad con el primer párrafo del artículo 18 de la Constitución.

Siendo ello así, la Libertad de cátedra constituye el elemento esencial para la efectividad del derecho a la educación; debido a que son los docentes los sujetos que participan en el proceso educativo, el cual exige que la transmisión del saber científico se presente de manera libre y en el marco de lo jurídicamente permitido.

3.3.2. *Ámbito subjetivo:*

Este ámbito connota que «[...] el titular de la mencionada libertad cuenta en el desarrollo de su labor docente tanto con un contenido de inmunidad que le protege frente a indebidas injerencias externas (contenido negativo), como con un conjunto de facultades de acción (contenido positivo)» (Castillo, 2004, pp. 163-164). A la vez, acorde a la opinión del Tribunal Constitucional, en la sentencia antes prescrita:

Como derecho subjetivo, entonces, supone la posibilidad de expresar las ideas o convicciones que cada profesor asume como propias con relación a la materia objeto de su enseñanza, y la prohibición genérica con la finalidad de evitar intromisiones en el ejercicio de su labor, la cual debe ser desarrollada conforme a sus convicciones, pero con los límites immanentes impuestos por las currículas aprobadas por las instancias estatales pertinentes, cumpliendo el catedrático una función de desarrollo de dichos contenidos.

Por tanto, el ámbito subjetivo se define por la estricta libertad en el objeto de la enseñanza docente y al aspecto de no injerencia en dicha función, de ningún otro sujeto en general.

3.4. Contenido esencial del derecho a la libertad de cátedra

Sobre el particular, el Supremo Tribunal de la Constitución ha registrado lo siguiente:

El contenido esencial de la libertad de cátedra, en esa medida el ámbito protegido por esta vía constitucional, comprende la libertad del individuo para expresar libremente sus opiniones sobre la institución o el sistema en el que trabaja, para desempeñar sus funciones sin discriminación ni miedo a la represión del Estado o de cualquier otra institución, o de participar en or-

ganismos académicos profesionales o representativos y de disfrutar de todos los derechos humanos reconocidos internacionalmente que se apliquen a los demás habitantes del mismo territorio. (STC, de fecha 18-02-2005, recaída en el EXP. N.º 0091-2005-PA/TC. F.J. 8).

Por tanto, el Derecho a la Libertad de cátedra define su contenido esencial en la autonomía del docente, como sujeto de derecho, exteriorizada en su actuación durante el ejercicio de su función así como frente a la institución donde presta labores, dentro de un contexto emancipado de injerencias de parte del Estado y de particulares.

3.5. Anotaciones acerca de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el EXP. N.º 2724-2005-PA/TC

3.5.1. Aspectos generales señalados en la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N.º 2724-2005-PA/TC⁽⁴⁾

Con fecha 30-06-2005, la Sala Primera del Tribunal Constitucional emitió sentencia recaída en el EXP. N.º 2724-2005-PA/TC, caso Norka Jacken Gouro Mogollón. Dicho pronunciamiento se expide a propósito del Recurso de Agravio Constitucional interpuesto por Norka Jacken Gouro Mogollón contra la sentencia de la Segunda Sala Especializada Civil de la Corte Superior de Justicia de Piura su fecha 1 de febrero de 2005, que declaró improcedente la demanda de amparo de autos (La primera instancia, el Primer Juzgado Civil de Piura, declaró improcedente la demanda por estimar que la recurrente no agotó la vía administrativa, y porque el amparo no constituye la vía idónea para tramitar su pretensión; de otro lado, la segunda instancia confirmó la decisión de primera instancia bajo el argumento de que la recurrente no ha acreditado haber interpuesto los recursos correspondientes para cuestionar los hechos materia de la demanda).

A modo de antecedente se precisa que, con fecha 12 de abril de 2004, la recurrente, invocando la afectación de sus derechos a no ser acosada bajo ninguna causa, de petición, al debido proceso, de defensa, a discrepar con la cátedra en aspectos profesionales y al honor y buena reputación, interpone demanda de amparo contra Inés Claux Carriquiry, Presidenta de la Comisión de Gobierno de la Facultad de Arquitectura de la Universidad Nacional de Piura (UNP); Gilberto Vassallo Colchao, Jefe de Departamento de la Facultad de Arquitectura de la UNP; Edgar Vargas Martínez, Secretario Académico de la Facultad de Arquitectura de

(4) Debe indicarse que lo aquí anotado tiene como fuente el contenido de la Sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 30-06-2005, recaída en el EXP. N.º 2724-2005-PA/TC.

la UNP; Leopoldo Villacorta Icochea, catedrático del Curso Taller Diseño V de la Facultad de Arquitectura de la UNP; Miguel Adrianzén Huancas, Miembro de la Comisión de Gobierno de la Facultad de Arquitectura; Manuel Lizarzáburu Aguinaga, Profesor Asistente del Curso Taller Diseño V; Roberto Chávez Olivos, Jefe de práctica del Curso Taller Diseño V; y Edwing Vegas Gallo, Rector de la UNP, a fin de que se deje sin efecto la calificación impuesta en su segundo trabajo de Diseño V, así como la sanción impuesta mediante la Resolución N.º 014-UNP-FAU/2004, de fecha 05-04-2004, pues las considera arbitrarias y vulneratorias de los derechos invocados. Tales demandados niegan haber vulnerado los derechos citados alegados por falta de probanza.

Es así que, de la demanda de amparo se determina que la recurrente pretende cuestionar los criterios de evaluación tomados en cuenta en la calificación obtenida en el curso de Diseño V de la Facultad de Arquitectura de la Universidad Nacional de Piura, aplicados por los catedráticos de la Facultad de Arquitectura, y a los que fue sometido el trabajo que realizó, pues considera que dicha calificación no se ajusta al debido proceso administrativo, al carecer de motivación, ya que nunca se acreditó que plagiera el trabajo de Juan Carlos Córdova Guarnizo, y que, como represalia de sus reiteradas solicitudes, se le ha impuesto una sanción de suspensión por 15 días, mediante la Resolución N.º 014-UNP-FAU/2004, de fecha 5 de abril de 2004. Solicita, además, que en ejecución de sentencia se ordene la apertura de instrucción contra los demandados por delitos de abuso de autoridad y acoso sexual y se fije un monto de S/ 100.000.00 nuevos soles como indemnización, y se ordene a los emplazados al pago de los costos del proceso.

Finalmente, el Tribunal Constitucional resuelve por una parte, declarando improcedente la demanda, en los extremos referidos a la invocada afectación del derecho al honor y buena reputación, y la existencia de actos de acoso sexual; y, por otra, declarando infundada la demanda en los otros extremos.

3.5.2. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N.º 2724-2005-PA/TC

En principio, la recurrente interpone el Recurso de Agravio Constitucional ante la declaración de improcedencia de la demanda por los órganos jurisdiccionales competentes del Poder Judicial; en consecuencia, conforme a sus atribuciones, el Alto Tribunal resolverá emitiendo pronunciamiento acerca de la procedencia de la demanda.

De otro lado, la demandante en el proceso de amparo alega afectación a su derechos tales como: a no ser acosada bajo ninguna causa, de petición, al debido

proceso, de defensa, a discrepar con la cátedra en aspectos profesionales y al honor y buena reputación. De esta forma, es de resaltar que, a su miramiento, la accionante se reconoce como titular del «derecho a discrepar con la cátedra en aspectos profesionales»; en tal sentido, corresponde señalar que el referido derecho alegado no existe como parte del catálogo de derechos que la Constitución regula; no obstante, existe el derecho constitucional a la Libertad de Cátedra que es protegido por el amparo y sobre el cual el Alto Tribunal ha efectuado comentario.

Asimismo, como puede notarse, los demandados en el proceso de amparo son, según el cargo que ocupan, autoridades y docentes de la de la Facultad de Arquitectura de la Universidad Nacional de Piura (UNP) y Rector de dicha casa superior de estudios; emplazados atendiendo a lo anotado en el artículo 200 numeral 2 de la Constitución.

Como puede apreciarse, la accionante en el proceso de amparo pretende cuestionar los criterios de evaluación tomados en cuenta en la calificación obtenida en el curso de Diseño V a los que fue sometido el trabajo que realizó, pues considera que dicha calificación no se ajusta al debido proceso administrativo, al carecer de motivación, ya que nunca se acreditó que plagiera el trabajo de Juan Carlos Córdova Guarnizo. El señalado contexto permite discutir si tales hechos configuran extralimitación en el ejercicio del derecho a la Libertad de cátedra; por lo que, atendiendo a lo señalado por el Tribunal Constitucional en el sentido de que «[...] la libertad de cátedra supone reglas o métodos de carácter subjetivo de libre formulación y elección de cada docente o catedrático, los cuales son destinados a perseguir una mejor recepción y aprehensión de la información brindada a los educandos» (STC, de fecha 30-06-2005, recaída en el EXP. N.º 2724-2005-PA/TC. F.J. 4), afirmamos que dentro del marco discrecional del docente atribuido tanto por la Constitución como por la ley, y limitado por estas, tal sujeto de derecho encuentra la posibilidad de construir y aplicar los criterios de evaluación que tengan como propósito la materialización de la comprensión del conocimiento impartido. Así, en el caso particular no se evidencia extralimitación en el ejercicio del derecho a la Libertad de cátedra; por cuanto, a circunspección del Tribunal Constitucional, «[...] no se encuentra acreditado en autos que los demandados hayan rebasado, en perjuicio de la actora, la discrecionalidad con la que cuentan en el ejercicio de su libertad de cátedra, tanto más, cuando como ha quedado dicho, la calificación otorgada se encuentra suficientemente motivada» (STC, de fecha 30-06-2005, recaída en el EXP. N.º 2724-2005-PA/TC. F.J. 6). Entonces, expresamos conformidad con esta postura.

No obstante, respecto de la decisión contenida en la sentencia *in comento* enunciamos nuestra discrepancia; toda vez que, el pronunciamiento expuesto no atiende a lo exigido en el artículo 20 del Código Procesal Constitucional en el

sentido de que, observando este dispositivo legal, el órgano de control de la Constitución debe pronunciarse sobre lo solicitado en el recurso interpuesto (improcedencia de la demanda de amparo) mas no respecto al fondo del asunto (demanda de amparo), lo cual es tarea de los órganos competentes del Poder Judicial; aspecto no observado en el presente caso, pese a la necesaria reclamación de velar por el resguardo de los derechos fundamentales procesales previstos en nuestro Estado.

3.6. Anotaciones acerca de los modos de extralimitación en el ejercicio del derecho a la libertad de cátedra

Para determinar los modos de extralimitación a la libertad de cátedra se ha formulado la siguiente interrogante: ¿En qué casos se excede el ejercicio del derecho a la libertad de cátedra? Tal cuestionamiento ha sido formulado a 12 estudiantes del V ciclo de la Escuela Académico Profesional de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, cuya identidad de reserva, matriculados durante el periodo académico 2019-I y selectos según su capacidad crítica. A continuación se reproduce las respuestas receptadas; en tal virtud, el ejercicio del derecho a la Libertad de cátedra se excede en los siguientes supuestos:

- a. Cuando el docente no considera las opiniones del estudiante al indicar que no entienden los temas como consecuencia de la aplicación de determinado método de enseñanza que este aplica.
- b. Cuando el profesional adecúa reglas que son demasiado exigibles y no sabe escuchar o entender algunas circunstancias a los que enseña.
- c. Cuando prima elementos subjetivos del docente por sobre los derechos que tienen los estudiantes, aprovechando su condición de autoridad por sobre ellos.
- d. Cuando el docente establece reglas a observar durante la cátedra; sin embargo, estas reglas son cumplidas únicamente por los estudiantes pero no por él, quien las dio.
- e. Cuando, durante la cátedra, el docente pretende transmitir e implantar en los estudiantes, ideologías de carácter personal o de orden político; lejos de impartir el conocimiento propio del curso que dicta.
- f. Cuando no se considera el interés superior del estudiante.
- g. Cuando el docente ejerce la libertad de cátedra sin considerar los derechos fundamentales de los estudiantes.
- h. Cuando en la libertad de expresar una u otra posición durante un debate, se quiere imponer ciertas ideas sin respetar las de los demás participantes.

- i. Cuando el docente presenta conductas poco tolerantes para con sus estudiantes.
- j. Cuando en el docente incumple los reglamentos universitarios.
- k. Cuando el docente no permite que el estudiante otorgue opiniones libres, intimidando a los estudiantes.
- l. Cuando el docente no observa lo asignado por el Departamento o Escuela Académica; también, cuando realiza conductas que perjudiquen a estudiante u otro docente e, incluso, cuando realiza una calificación arbitraria.

Como puede apreciarse, el no respeto a los derechos de los estudiantes, la no tolerancia a las discrepancias, el no cumplimiento a la normativa jurídica universitaria, son aspectos definitivos por los estudiantes como aquellos que extralimitan el ejercicio del derecho a la Libertad de cátedra; en consecuencia, es imperioso se advierta que este derecho presenta limitaciones concretas, propiamente contenidas en la Constitución y en las leyes.

IV. Conclusión

En el Perú, el Derecho a la Libertad de Cátedra ostenta regulación constitucional y legal. Su titularidad y su ejercicio recaen en el profesional dedicado a la docencia, en cuya actividad se evidencia su relación tanto con el estudiante, a través de la autonomía en la investigación y en la transmisión del conocimiento científico, con las limitaciones impuestas por la normativa jurídica; así como, con la institución educativa donde desenvuelve su labor. En consecuencia, para el logro de su tutela como derecho fundamental, resulta pertinente que se desarrolle en el marco de la proscripción de injerencias por parte del Estado y de los particulares en general.

V. Lista de referencias

5.1. Textual

- ANAYA SANTOS, G. (s. f.). *Concepciones sobre Docencia Universitaria*. Universidad de Valencia. <https://www.uv.es/arbelaez/v2n201concepciones.htm>
- BARRANCO, M. *Teoría del Derecho y Derechos Fundamentales*. Lima: Palestra Editores, 2009.
- CASTILLO CÓRDOVA, L. *El Principio de Libertad en el Sistema Educativo*. Lima: ARA Editores 2004.
- FERNÁNDEZ VIVAS, Y. *La libertad de cátedra: concepto, límites y armonización con otros Derechos y obligaciones, Conferencia estatal en el XX Encuentro Estatal de Defensores*

Universitarios realizada del 8 al 10 de noviembre de 2017 en Cuenca. Universidad de Castilla-La Mancha. http://www.cedu.es/images/encuentros/estatales/XXEncuentro/Tema2_libertad_de_catedra_II.pdf.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN, LA CIENCIA Y LA CULTURA. (1997). *Recomendación relativa a la Condición del Personal Docente de la Enseñanza Superior*. http://portal.unesco.org/es/ev.phpURL_ID=13144&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.

5.2. Resoluciones del Tribunal Constitucional peruano

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RECAÍDA EN EL Exp. N.º 0091-2005-PA/TC, de fecha 18-02-2005.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RECAÍDA EN EL Exp. N.º 2724-2005-PA/TC, de fecha 30-06-2005.

La presunción legal como mecanismo de protección del patrimonio cultural material de la Nación

The legal presumption as mechanism to protect the cultural material heritage of the Nation

TORRES TORRES, Yorcka Uliana(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Institucionalización administrativa pública del sector cultura. III. Protección del patrimonio cultural en la normatividad supranacional. IV. El patrimonio cultural en la Constitución Política del Perú y la Ley General del Patrimonio Cultural y su Reglamento. V. Finalidad de establecer la presunción legal en relación al patrimonio cultural. VI. Conclusiones. VII. Lista de referencias.

Resumen: El patrimonio cultural de la nación constituye uno de los elementos importantes para la identidad de una nación, por ende, su protección es una tarea que, desde el Estado, debe ser atendida con diligencia; y es en tal sentido que la vigente Constitución Política del Perú reconoce a la presunción legal como una herramienta que permitirá generarle protección.

(*) Abogada por la Universidad Antonio Guillermo Urrelo. Maestrante en Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, Perú. Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, Perú.

En tal sentido, el presente artículo presenta diversos cuestionamientos en torno a si realmente la presunción legal ha cumplido su propósito o quizás nos permite entender que, especialmente, en temas culturales es necesaria una articulación de esfuerzos para realizar esta tarea planteada, en primer lugar, desde el Estado.

Palabras clave: Patrimonio cultural, identidad de la nación, Constitución, presunción legal.

Abstract: The cultural heritage of the nation is one of the important elements for the identity of a nation, its protection is a task that, from the State, must be prioritized; and it is in this sense that the current Political Constitution of Peru recognizes the legal presumption as a tool that will allow it to generate protection.

This article presents various questions about whether the legal presumption has actually served its purpose or perhaps allows us to understand that, especially in cultural issues, it is necessary to articulate efforts to carry out this task, in the first place, from the State.

Key words: Cultural heritage, identity of the nation, Constitution, legal presumption.

I. Introducción

Referirnos a la importancia del patrimonio cultural de la nación constituye un factor clave para entender por qué debe ser protegido, y sin entender el tema bajo un enfoque monumentalista y estático, el patrimonio cultural contiene enfoques básicos para destacar su trascendencia histórica en tanto evidencia material e inmaterial de la consecución de un *continuum* cultural; desde un aspecto social, el patrimonio cultural está referido a la identidad cultural necesaria para la formación de la nación y, en el marco de una mirada de desarrollo integral y sostenible, es necesario mencionar el enfoque económico, que si bien en nuestro país no se toma muy en cuenta, en diversas partes del mundo, el patrimonio cultural acompañado de una correcta y especializada gestión contribuye de manera notable al crecimiento del PBI, como queda demostrado en la Cuenta Satélite de la Cultura (CSC), en la cual se evidencia el aporte del PBI en los países (Ministerio de Culturas y Turismo de Bolivia, Ministerio de Cultura de Perú y otros, 2018).

En tal sentido, y entendiendo este tema desde un enfoque interdisciplinario, la protección del patrimonio cultural se debe generar desde diversas dimensiones; en cuanto al tema jurídico, se han generado mecanismos para su protección, especialmente en cuanto a normas, básicamente administrativas y penales. Sin embargo, es necesario recordar la trascendencia de este tema a nivel constitucio-

nal, atribuyéndole principios para su protección como está determinado por la presunción legal *iuris tantum*.

En el presente trabajo, presentaremos el desarrollo histórico constitucional y legal de la presunción legal que asiste al patrimonio cultural, asimismo, las incoherencias que se han generado desde el propio Estado peruano, sea por acción u omisión, para desarrollar su objetivo primordial en cuanto a la protección del patrimonio cultural de la nación, mandato además establecido en diversos tratados, convenios y otros documentos normativos de carácter internacional.

Siendo la temática de patrimonio cultural tan vasta, el presente artículo abordará exclusivamente el tratamiento del patrimonio cultural material.

II. Institucionalización administrativa pública del sector cultura

La institucionalización administrativa pública de la cultura en nuestro país ha sido desarrollada desde el Ejecutivo en el siglo pasado, específicamente en el Ministerio de Educación a través de la Dirección de Educación Artística y Extensión creada en el año de 1941 por la Ley Orgánica N.º 9359 (Ley Orgánica de Educación Pública); en cuanto a los temas de patrimonio cultural, estaba encargado de coordinar con el Patronato Nacional de Arqueología y el Consejo Nacional de Conservación y Restauración de Monumentos Históricos; esta entidad fue disuelta al crearse el Instituto Nacional de Cultura en el año de 1971, siendo este último un organismo público descentralizado del sector Educación, es decir, dependiente del Ministerio de Educación, esta institución ha tenido como finalidad, según lo estipulado en el documento de trabajo denominado Instituto Nacional de Cultura – Organización y Funciones 1971-2001 con la tarea de «afirmar la identidad nacional mediante la ejecución de acciones descentralizadas protección, conservación, promoción, puesta en valor y difusión del Patrimonio Cultural de la Nación» (Instituto Nacional de Cultura y Coloma Porcari Cesar, 2001, p. 28)

Posteriormente, en el año 2010, se creó el Ministerio de Cultura a través del Decreto Legislativo N.º 29565, como el organismo rector en materia de cultura que ejerce competencia, exclusiva y excluyente, respecto de otros niveles de gobierno en todo el territorio nacional, en la formulación, planeación, dirección, coordinación, ejecución, supervisión, evaluación y fiscalización de las políticas nacionales y sectoriales del Estado en materia de cultura, aplicables y de cumplimiento en todos los niveles de gobierno y por todas las entidades del sector cultura, en tal sentido y según su estructura indicada en su Reglamento de Organización y Funciones, cada región del país contará con una Dirección Desconcentrada de Cultura, la cual tendrá a cargo diversas tareas en torno a cuatro áreas programáticas establecidas en la Ley

de creación del Ministerio de Cultura a) Patrimonio cultural de la nación, material e inmaterial. b) Creación cultural contemporánea y artes vivas. c) Gestión cultural e industrias culturales. d) Pluralidad étnica y cultural de la nación (Cultura M. d., 2018).

Entender esta lógica de institucionalización del sector cultura es trascendente y pone en evidencia el poco tiempo que tiene como tal en el sector de la administración pública, siendo así, pensar en la construcción de instituciones jurídicas específicas para el tema como el patrimonio cultural, amerita conocimiento e involucramiento en el tema, especialmente por quienes producen las normas correspondientes. Cabe señalar que en cuanto a la normatividad, son las normas supranacionales las cuales han desarrollado con mayor amplitud el tema cultural desde el punto de vista jurídico y en el marco de los Derechos Humanos.

III. Protección del patrimonio cultural en la normatividad supranacional

Con la aparición de la UNESCO como organización de las Naciones Unidas para la educación, la ciencia y la cultura desde el año de 1945, son numerosas los documentos internacionales generados para la protección del patrimonio cultural, en los cuales, el Estado peruano es parte; específicamente en cuanto al patrimonio cultural material tenemos que priorizar los siguientes:

- 3.1. **Carta Cultural Iberoamericana**, Montevideo, Uruguay, 2006. Documento aprobado por diversos representantes del área cultural de países de Iberoamérica reunidos en la XVI Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, en el cual señala que se debe buscar: «Fomentar la protección y la difusión del patrimonio cultural y natural» (Organización de Estados Iberoamericanos, 2007, p. 2).
- 3.2. **Convención de la OEA sobre la Defensa del Patrimonio Arqueológico, Histórico y Artístico de las Naciones Americanas de la Organización de Estados Americanos (OEA)**, Santiago, Chile, 1976. Conocida también como Convención de San Salvador. Aprobada por el Perú por Decreto Ley Nro. 22682 de 18 de septiembre de 1979. Con este documento se comprometen los Estados a generar disposiciones normativas, creación de órganos técnicos, y demás herramientas para la protección del patrimonio cultural, materializando así el carácter tuitivo de los Estados con respecto al Patrimonio Arqueológico.
- 3.3. **Carta de Machu Picchu - Ciudades Históricas Congreso Internacional de Arquitectos y Técnicos en Monumentos Históricos-CIAM**, Cusco, Perú, 1977. Este importante documento trata de brindar pinceladas de actualización a

la Carta de Atenas de 1933, hace referencia a la preservación y defensa de los valores culturales y patrimonio histórico monumental (Cultura, 2007, p. 142).

- 3.4. Carta Cultural Iberoamericana XVI Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y Gobierno.** Montevideo, Uruguay, 2006. Documento que tiene entre sus fines fomentar la protección y la difusión del patrimonio cultural y natural, material e inmaterial iberoamericano a través de la cooperación entre los países, poniendo énfasis en que los Estados tienen la facultad y la responsabilidad de formular y aplicar políticas de protección y promoción de la diversidad y del patrimonio cultural en el ejercicio de la soberanía nacional (Instituto Nacional de Cultura - Perú, 2007).
- 3.5. Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural.** París, 17 de octubre al 21 de noviembre de 1972. Este documento se genera a partir de la 17ª Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la educación, la Ciencia y la Cultura, en el cual se pone de manifiesto la necesidad de protección al patrimonio cultural y natural, y que la desaparición de estos «constituye un empobrecimiento nefasto del patrimonio de todos los pueblos del mundo» (Organización de las Naciones Unidas para la Educación, 1972, p. 4).

Cabe señalar que estos son solo algunos de los documentos en los cuales se compromete a los Estados parte para que generen todas las acciones necesarias para la protección del Patrimonio Cultural, las cuales se evidenciarán a través de las políticas culturales, las normas e institucionalidad de este sector; y es en cuanto a este último tema mencionado que tenemos que resaltar que el sector cultura se constituye en un elemento joven en la nuestra estructura de la administración pública, por ello, es necesario siempre repensar las instituciones jurídicas que utiliza.

IV. El patrimonio cultural en la Constitución Política del Perú, la Ley General del Patrimonio Cultural y su Reglamento

Desde la Constitución Política del Estado peruano, el patrimonio cultural es abordado en la Constitución de 1979, siendo que en su preámbulo señala que es tarea del Estado peruano la defensa del patrimonio cultural, y más adelante, en el mismo documento, específicamente en el artículo 36 indica que «Los yacimientos y restos arqueológicos construcciones, monumentos, objetos artísticos y testimonios de valor histórico, declarados patrimonio cultural de la nación, están bajo el amparo del Estado. La ley regula su conservación, restauración, mantenimiento y restitución».

Tanto en el preámbulo como en el artículo citado se puede desprender que:

- a) Es tarea del Estado peruano la defensa del patrimonio cultural.
- b) El patrimonio cultural, para que sea protegido por el Estado peruano, debe estar declarado.

En el año de 1993, y en un escenario alborotado, se publica y entra en vigencia al año siguiente una nueva Constitución que, con respecto al Patrimonio Cultural, establece:

Artículo 21. Patrimonio Cultural de la Nación

Los yacimientos y restos arqueológicos, construcciones, monumentos, lugares, documentos bibliográficos y de archivo, objetos artísticos y testimonios de valor histórico, expresamente declarados bienes culturales, y provisionalmente los que se presumen como tales, son patrimonio cultural de la Nación, independientemente de su condición de propiedad privada o pública. Están protegidos por el Estado.

En consonancia con la norma constitucional citada, tenemos que la Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación – Ley N.º 28296, que desarrolla en su Título Preliminar los alcances de la presunción de la siguiente manera:

Artículo II. Definición

Se entiende por bien integrante del Patrimonio Cultural de la Nación toda manifestación del quehacer humano -material o inmaterial- que por su importancia, valor y significado paleontológico, arqueológico, arquitectónico, histórico, artístico, militar, social, antropológico, tradicional, religioso, etnológico, científico, tecnológico o intelectual, sea expresamente declarado como tal o sobre el que exista la presunción legal de serlo. Dichos bienes tienen la condición de propiedad pública o privada con las limitaciones que establece la presente Ley.

Artículo III. Presunción legal

Se presume que tiene la condición de bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación, los bienes materiales o inmateriales, de la época prehispánica, virreinal y republicana, independientemente de su condición pública o privada, que tenga la importancia, el valor o significado, referidos en el artículo precedente y/o se encuentren comprometidos en los tratados y convenciones sobre la materia en los que Perú es parte.

La presunción legal queda sin efecto por declaración expresa de la autoridad competente, de oficio o a solicitud de parte.

Asimismo, en el Reglamento de la Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación - Decreto Supremo N.º 011-2006-ED, señala lo siguiente:

Artículo 11º.- Declaración que deja sin efecto la presunción. De oficio, o a iniciativa de parte, podrá dejarse sin efecto la presunción legal de un bien cultural mediante declaración expresa del organismo competente, previo informe técnico sustentatorio.

De la lectura sistemática de los artículos antes citados, se puede desprender tres premisas sumamente importantes para el presente artículo:

- a. El Estado tiene la tarea de proteger el patrimonio cultural.
- b. El patrimonio cultural puede ser declarado a través de un acto administrativo o puede presumirse como tal.
- c. La presunción legal de patrimonio cultural corresponde a la presunción *iuris tantum* por admitir prueba en contrario mediante declaración expresa de organismo competente.

Al respecto, debe señalarse que, según la Ley de Procedimientos Administrativos- Ley N.º 27444 del año 2001, contiene una clasificación de los actos administrativos, y en tal sentido, la declaración de patrimonio cultural es un acto administrativo declarativo, que es solicitado de parte o de oficio, en el cual se le reconoce a un bien tal cualidad, que no es automático sino de evaluación previa, toda vez que amerita un procedimiento prolongado en el tiempo, que permitirá evaluar los medios de prueba que presenten para que sea declarado como tal: valor histórico, representatividad cultural, estado arqueológico, paleontológico, arqueológico, significación histórica, social y cultural, entre otros (Cultura M. d., Marco legal de protección del patrimonio cultural, 2016).

Cabe recordar que, antes de la creación del Ministerio de Cultura, la declaraciones de patrimonio cultural eran solicitadas por los Institutos Nacionales de Cultura de cada departamento y resueltas por el INC de Lima quien concedía o negaba tal acto administrativo; actualmente, la declaración de patrimonio cultural es solicitada por las Direcciones Desconcentradas de Cultura de cada región o también por personas interesadas en que este acto se constituya, pero igualmente se resuelven en el Viceministerio de Patrimonio Cultural e Industrias Culturales, es decir, en la sede central del Ministerio de Cultura (Gabriel, 2018).

Actualmente, aun mantenemos un ente centralizado para la declaración de patrimonio cultural, sin embargo, este acto administrativo no debe ser condición

sine qua non para la protección que debe brindar el Estado, pues la figura de la presunción legal *iuris tantum* permite su protección sin la necesidad de declaratoria de patrimonio cultural.

V. Finalidad de establecer la presunción legal en relación al patrimonio cultural

Para realizar un análisis acerca de la presunción legal en relación al patrimonio cultural, es importante tener claridad del concepto de presunción legal.

Devis Echandía se refería, con respecto a la presunción legal, que esta se genera en un juicio lógico del legislador o del juez en virtud del cual se considera como cierto o probable un hecho (lo segundo es presunción judicial o de un hombre), con fundamento en las máximas generales de la experiencia que le indican cual es el modo normal como suceden las cosas y los hechos (Zavala Toya, 1994, p. 97).

Para el destacado jurista Díez Picazo «las presunciones se constituyen en unas declaraciones legales que obligan a dar por cierto lo legalmente presumido a todo efecto, en tanto no se produzca la positiva apreciación judicial de la prueba del hecho en contrario» (Zavala Toya, 1994, p. 97).

Asimismo, y de manera práctica, haciendo alusión al trabajo de investigación denominado Presunciones del abogado Daniel Mendonca, se puede afirmar que las presunciones indican anticipadamente una respuesta posible a una cuestión controvertida, para efectos de tomar una decisión (Aguiló, 1999, p. 652).

En el orden de ideas vertidas se advierte que, la finalidad de constituir en el patrimonio cultural la noción de presunción legal *iuris tantum* permitiría una mejor protección del patrimonio cultural de la nación, lo cual es afirmado por Tuero Ochoa, al señalar que la presunción es el ejercicio exclusivo de los derechos tuitivos por parte del Estado, es decir, comprende la defensa, el amparo y protección de los bienes presumiblemente culturales (Tuero Ochoa, 2013, p. 85).

Respecto y en cuanto a la utilidad de la presunción legal del patrimonio cultural, existen diversos enfoques, así tenemos que para el Dr. Martorell Carreño (1999), existen numerosos tratados y convenios internacionales con respecto al patrimonio cultural, y a su parecer, debería bastar la declaración de los Convenios internacionales y la ratificación del Perú sobre los mismos, específicamente art. 2 de la Convención de San Salvador de la OEA y artículo 1 de la Convención sobre protección del patrimonio mundial cultural y natural de la UNESCO, para que se generen todas las acciones desde el Estado que permitan su protección, sin requerir declaración especial.

Siendo que el legislador peruano, en coherencia con el mandato constitucional de presunción legal del patrimonio cultural ha generado este mecanismo de protección, es importante analizar si este realmente surte efectos.

Uno de los principales cuestionamientos que se ha realizado resulta de cómo advertir el valor cultural de un bien integrante de patrimonio cultural; desde los propios operadores de justicia quienes no tienen la capacidad técnica para presumir si se constituye o no en patrimonio cultural un determinado bien y por ello solicitan la declaración de patrimonio cultural, es decir, exigen la resolución que exterioriza un acto administrativo unilateral de declaración de patrimonio cultural. Es decir, a nivel de los propios operadores de justicia, e inclusive de autoridades y la Policía Nacional del Perú esta presunción legal no tendría mayor mérito.

Aquí cabe aclarar que, la propia declaración de bien cultural *per se* no garantiza tampoco su protección, pues hay muchas deficiencias para el monitoreo de los bienes culturales declarados patrimonio cultural, ya que no bastaría solo con realizar un acto administrativo unilateral de declaratoria de patrimonio cultural sino también el monitoreo correspondiente del bien y el estado del mismo, e inclusive la participación del Estado para su conservación.

Es por ello que, muchas veces sucede que los propietarios de bienes inmuebles que contienen patrimonio cultural prefieren no presentarse o no presentarlos ante el Ministerio de Cultura para iniciar el trámite declaratoria, pues prefieren esconderlos toda vez que se convertirían en una carga para ellos, en tanto y cuanto son pasibles de procedimientos administrativos sancionadores si se realizan modificaciones o mutaciones no acordes con la Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación – Ley N.º 28296 y el Reglamento Nacional de Edificaciones-Norma A 140 de tratarse de bienes arquitectónicos, en el caso de bienes de carácter arqueológico deben sujetarse al Reglamento de Intervenciones Arqueológicas y demás directivas emanadas por el Ministerio de Cultura (Varón Gabai Rafael, De la Puente Brunke Juan Pablo y otros, 2013).

De la afirmación antes realizada, también se desprende que existe una percepción de la comunidad respecto a que el Estado exige la conservación del bien integrante del patrimonio cultural, pero no aporta a ello, al contrario, las exigencias recaen como cumplimiento obligatorio de conservación y protección del propietario del bien en el cual se ubica el patrimonio cultural sin apoyo alguno del Estado, a pesar que este tiene una importancia no solo para el colectivo o la sociedad en el cual se encuentra sino también es de singular importancia para la comunidad internacional, tal como está señalado en el preámbulo de la Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural (1972) en el cual indica que

«el deterioro o la desaparición de un bien del patrimonio cultural y natural constituye un empobrecimiento nefasto del patrimonio de todos los pueblos del mundo».

Así vemos que, la sola presunción legal de que un determinado bien que constituya patrimonio cultural no lo protege, puesto que, además es la propia ciudadanía quien no lo valora e inclusive lo percibe como una carga, asimismo, las autoridades y operadores de justicia no asumen la protección del patrimonio cultural invocando la presunción legal que este tiene y contrariamente solicitan la declaratoria correspondiente para actuar según sus competencias.

Ante esta situación, que desfavorece la presunción legal, se advierte la necesidad de instaurar un catastro único que sea de obligatoria observancia para las instituciones vinculadas al otorgamiento y brindar legalidad a bienes en relación a derechos reales; un ejemplo claro es el caso de Huacaloma, zona arqueológica, con delimitación e inscrita en la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (Ficha 25046), la cual se encuentra actualmente poblada dejando libre solo una parte de la plataforma central, es decir, en el interior de esta zona arqueológica se ha construido como se indica en diversos informes del INC y la Dirección Desconcentrada de Cultura-Cajamarca, situación que inclusive ha tenido trascendencia mediática (Redacción R. P., 2011); al respecto los pobladores señalan tener documentos notariales que acreditan sus propiedades en este sitio arqueológico, además, que cuentan con las autorizaciones e inclusive con numeración de viviendas y calles reconocidas por el gobierno local (Ramón, 2016, p. 148). Es decir, siendo una zona con delimitación, inscrita en Registros Públicos, siendo de conocimiento que se trata de zona arqueológica, ni siquiera la presunción legal de patrimonio cultural ha servido a las instituciones del Estado para advertir su protección. Con seguridad en esta zona muchas personas han presumido que se trata de una zona arqueológica, pues hace muchos años atrás contaba con hitos y letreros indicando su naturaleza, sin embargo, esto no ha bastado para que, con la anuencia de las autoridades esta zona sea poblada.

La situación antes señalada se repite en muchas partes del Perú, y alrededor de esta afirmación podríamos realizar un listado, lamentablemente, interminable de denuncias mediáticas y no mediáticas al respecto, sin embargo, mencionaremos algunos casos emblemáticos como el ingreso de una camioneta a las Pampas de Nazca dañando parte de tres geoglifos hecho suscitado en el año 2018 (Redacción, 2018), así también, el caso de la vulneración física al reloj incaico Intihuatana, al tratar de grabar una publicidad de una empresa de cerveza, dejando caer encima de este emblemático vestigio arqueológico el brazo de una grúa, lo cual sucedió en el año 2000 (República, 2005), o las pintas que realizaron turistas chilenos en el muro Inca ubicado en la Plaza Nazarenas y la Calle Siete Culebras en el Cuzco en el año

2014 (Comercio, 2014), o la destrucción de la Pirámide de la Huaca El Paraíso en el distrito limeño de San Martín de Porres, actos realizados por inmobiliarias (Noticias, 2013), y así se podrían citar más casos y sin ir más lejos, en el tiempo, lo que actualmente viene sucediendo con la destrucción del muro Inca en Calle Saphy por parte de una empresa constructora contratada por la cadena de Hoteles Sheraton (Gestión, 2019), teniendo en cuenta que si esto sucede con patrimonio cultural visible, de total conocimiento de la ciudadanía y autoridades, en peores situaciones se encuentra el patrimonio cultural no advertido y no declarado.

Más allá de los casos citados que es una muestra pequeña de tantas otras vulneraciones que se generan en nuestro país, de manera concreta podemos afirmar que según Infocultura, Perú cuenta con 7980 sitios arqueológicos y 5175 bienes históricos, y queda aún sin contabilizar los lugares que no tienen declaratoria, pero existen (Cultura M. d., Infocultura - Plataforma de Información estadística del Sector Cultura, 2019). Es así que es importante señalar que el Ministerio de Cultura requiere desplegar denodados esfuerzos para la elaboración y socialización de un catastro único, pero también para la delimitación y monitoreo de estas áreas, además, en un ejercicio de sostenibilidad, es necesario que se trabaje con la población involucrada en donde exista patrimonio cultural material para que se empodere como comunidad y sean las vigilantes activas en estos procesos, es decir se realice una gestión cultural especializada y con ello quizás la presunción legal de patrimonio cultural cobre un real sentido.

El cuestionamiento si realmente la presunción legal de patrimonio cultural es un mecanismo de protección es un debate que se ha dado desde hace mucho tiempo, por ello, a través de la Decreto Supremo N.º 007-2017 MC indica que se requiere regular la protección de bienes que se presumen integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación, creándose así medidas de protección provisional, como un supuesto mecanismo para que la presunción legal tengan funcionabilidad; las medidas provisionales se generan a partir de un procedimiento que consiste, primero, en presumir que un determinado bien sea patrimonio cultural de la nación, para ello, debe existir un informe técnico que sirva de inicio para determinar las medidas de protección provisional y, posteriormente, se emitirá una resolución desde el Viceministerio de Patrimonio Cultural e Industrias Culturales del Ministerio de Cultura concediendo esta protección provisional (Cultura V. d.-M., 2018). Es decir, definitivamente la presunción legal no tiene ni ha tenido los efectos inmediatos de protección para el patrimonio cultural, y desde mediados del año 2017 se han generado las medidas provisionales, las cuales no se ejecutan de manera inmediata sino que requieren de todo un procedimiento que termina en el Ministerio de Cultura (Lima) y, a partir de ello, poder proteger el patrimonio cultural, auxiliándose de las instancias correspondientes para proteger el patrimonio cultural

El tiempo evidenciará, y como creemos que sucederá, que estas medidas tampoco son apropiadas pues no se realizan de manera inmediata y en estos casos de patrimonio cultural, específicamente para su protección, se requiere de la actuación inmediata, y no cuando se emita una determinada resolución en instancias centralizadas; por ello, es importante también contemplar si estructuras tan importantes para la protección del patrimonio cultural de la nación ameritan una estructura desconcentrada o descentralizada.

VI. Conclusiones

- 6.1. La presunción legal, con respecto al patrimonio cultural, surge desde el Estado, a nivel constitucional, como una herramienta para su protección.
- 6.2. Fácticamente, por sí sola, la presunción legal de patrimonio cultural no protege el patrimonio cultural, como se aprecia en casos antes citados, si bien se está tratando de generar otros procedimientos para dinamizar la presunción legal como sucede con las Medidas de Protección Provisional, estos no van a ser efectivos en tanto no se analice el problema de manera interdisciplinaria y articulada a soluciones en diversos niveles, estos se pueden advertir en experiencias a nivel nacional e internacional plasmados en el libro *Casos de Gestión Cultural en el Perú*, tomado como emblemas a las gestiones realizadas en el proyecto Maras (Cusco), la conservación en la gestión y manejo de Chan Chan (La Libertad), o el caso del manejo de la gestión en Sicán (Lambayeque), (Piura, 2006) casos en los cuales se evidencia el empoderamiento ciudadano desde su patrimonio cultural, sensibilización, compromiso y conocimiento de autoridades y operadores de justicia, y los recursos humanos y presupuestarios para el sector cultura, que sean a idóneos para este tema en específico, develando que el tema no solo responde al ámbito jurídico sino a un enfoque interdisciplinario.

VII. Lista de referencias

- AGUILÓ REGLA, J. Notas sobre «presunciones» de Daniel Mendonca. *DOXA*, N.º 22, 1999, pp. 649-660.
- COMERCIO, E. *Pintas en muros incaicos del Cusco: ¿Cómo enfrentar ese vandalismo?* El Comercio 2014.
- CULTURA, I. N. *Documentos fundamentales para el patrimonio cultural. Textos internacionales para su recuperación, repatriación, conservación, protección y difusión*. Lima, 2007.
- CULTURA, M. D. Ministerio de Cultura-Transparencia. Recuperado el 21 de setiembre de 2019, de <http://transparencia.cultura.gob.pe/sites/default/files/>

- transparencia/2013/06/reglamento-de-organizacion-y-funciones-rof/decretosupremo005-2013-apruebanreglamentodeorganizacionyfunciones.pdf.
- CULTURA, M. d. *Infocultura - Plataforma de Información estadística del Sector Cultura*. Recuperado el 21 de setiembre de 2019, de <http://www.infocultura.cultura.pe/infocultura/>
- CULTURA, M. d. *Marco legal de protección del patrimonio cultural*. Lima, Perú, 2016.
- CULTURA, M. d. *Ministerio de Cultura - Transparencia*. Recuperado el 21 de setiembre de 2019, de <http://transparencia.cultura.gob.pe/sites/default/files/transparencia/2013/06/reglamento-de-organizacion-y-funciones-rof/decretosupremo005-2013-apruebanreglamentodeorganizacionyfunciones.pdf.>, 2018.
- LEÓN, J. Z. (T. T. Uliana, Entrevistadora), 2018.
- GESTIÓN, D. *Caso Sheraton: constructora deberá pagar S/. 1 millón por demolición de hotel en Cusco*, 2019.
- INFOCULTURA. *Plataforma de estadística del sector cultura*. Ministerio de Cultura. Recuperado el 25 de febrero de 2019 de <http://www.infocultura.cultura.pe/info-cultura>.
- INSTITUTO NACIONAL DE CULTURA - PERÚ. *Derechos Fundamentales para el patrimonio cultural - Textos internacionales para su recuperación, repatriación, conservación, protección y difusión*. Lima, 2007.
- INSTITUTO NACIONAL DE CULTURA Y COLOMA PORCARI CÉSAR. *El Instituto Nacional de Cultura - Organización y funciones 1971-2001*. Lima: Centro Nacional de Información, 2001.
- JOSEP, A. R. Notas sobre «presunciones» de Daniel Mendonca. *DOXA*, N.º 22, 1999, pp. 649-660.
- MARTORELL CARREÑO, A. *Patrimonio cultural: Protegiendo las raíces de nuestra historia*. Lima, 1999.
- MINISTERIO DE CULTURA Y TURISMO DE BOLIVIA, MINISTERIO DE CULTURA DE PERÚ Y OTROS. *Infoartes*. Recuperado el 21 de setiembre de 2019, de http://www.infoartes.pe/wp-content/uploads/2017/06/2017-05-24_Mediciones_culturales.pdf, 2018.
- NOTICIAS, A. (03 de julio de 2013). Destrucción de pirámide de huaca El Paraíso «es un daño irreparable a una página de la historia». *América Noticias*.
- ORGANIZACIÓN DE ESTADOS IBEROAMERICANOS. *Carta Cultural Iberoamericana*. Recu-

perado el 25 de Febrero de 2019, de https://www.oei.es/historico/cultura/carta_cultural_iberoamericana2.htm: https://www.oei.es/historico/cultura/carta_cultural_iberoamericana2.htm, 2007.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. *Mediciones culturales. Resultados del proyecto: Elaboración e implementación de la Cuenta Satélite de Cultura (CSC) en los países del área andina*. Recuperado el 25 de febrero de 2019, de http://www.infoartes.pe/wp-content/uploads/2017/06/2017-05-24_Mediciones_culturales.pdf, 2017.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS IBEROAMERICANOS. *Carta Cultural Iberoamericana*. Recuperado el 25 de Febrero de 2019, de https://www.oei.es/historico/cultura/carta_cultural_iberoamericana2.htm, 2017.

PIURA, O. d. *ISSUE*. Recuperado el 21 de setiembre de 2019, de <https://issuu.com/bakuna/docs/casosgestioncultural-peru-parte1>, 2006.

REDACCIÓN, R. P. *Lineas de Nazca: otros atentados contra patrimonios culturales*. Más Cultura RPP, 2018.

REPÚBLICA, L. *Lo que Backus podría pagar por daños al Intihuatana*. La República, 2015.

TUERO OCHOA, K. *Los delitos contra el patrimonio cultural: delimitación de los ámbitos de responsabilidad penal y administrativa*. Lima, 2013.

VARÓN GABAI R., DE LA PUENTE BRUNKE J., LIZARZABURU MONTANI J., ALVAREZ-CALDERÓN L. y DIEZ CANSECO NÚÑEZ L. *Revista Themis PUCP*. Recuperado el 21 de setiembre de 2019, de [revistas.pucp.edu.pe › index.php › themis › article › download](http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/download), 2013.

ZAVALA TOYA, S. (1994). Las presunciones en el derecho civil. *Derecho*, N.º 48, 97.

Legislación internacional

CONVENCIÓN SOBRE LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO MUNDIAL, CULTURAL Y NATURAL. Recuperado el 25 de febrero de 2019 de <https://whc.unesco.org/archive/convention-es.pdf>, 1972.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS IBEROAMERICANOS. *Carta Cultural Iberoamericana*. Recuperado el 25 de febrero de 2019, de https://www.oei.es/historico/cultura/carta_cultural_iberoamericana2.htm, 2007.

INSTITUTO NACIONAL DE CULTURA - PERÚ. *Documentos fundamentales para el patrimonio cultural - Textos internacionales para su recuperación, repatriación, conservación, protección y difusión*. Lima, 2007.

Legislación nacional

DECRETO LEGISLATIVO N.º 29565 – Ley de creación del Ministerio de Cultura.

LEY N.º 28296 - Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación

DECRETO SUPREMO N.º 011-2006 – ED Reglamento de la Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación.

DECRETO SUPREMO N.º 997-2017-MC Decreto Supremo que modifica la Ley N.º 28296 Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación.

RESOLUCIÓN VICEMINISTERIAL N.º 077-2018-MC - Lineamientos técnicos y criterios generales para la determinación de la protección provisional de los bienes inmuebles prehispánicos que se presumen integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación.

Los Derechos Humanos de los migrantes en un contexto global de movilidad

The human rights of migrants in a global context of mobility

GALLARDO BARDALES, Augusto David(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Movilidad humana y sus categorías como fenómenos histórico-sociales. III. Los migrantes como sujetos de especial protección en el sistema internacional de los derechos humanos. IV. Marco jurídico que regula la migración en el Perú. V. El derecho a migrar como derecho humano vs. los derechos humanos de los migrantes. VI. Conclusiones. VII. Lista de referencias.

Resumen: El presente artículo de investigación versa sobre un tema de relevancia jurídica, la situación de las personas en un contexto de movilidad, categoría del derecho internacional donde encontramos a los migrantes internacionales, quienes constituyen una población vulnerable a la cual el sistema internacional de derechos humanos le viene reconociendo cada vez mayores derechos humanos de manera específica, situación en la que surge la discusión si existe el derecho humano a migrar o existen los derechos humanos de los migrantes.

(*) Magíster en Estudios Legales Internacionales, mención en Derechos Humanos y Género, por American University – Washington College of Law (EE. UU.). Maestrante en Derecho Penal por la Escuela de Postgrado UNC. Fiscal Adjunto de la Tercera Fiscalía Provincial Penal de Cajamarca. Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, UNC. Correo electrónico: agallardob@unc.edu.pe.

Palabras clave: Movilidad humana, migración, migrantes, derechos humanos, derecho a migrar.

Abstract: The current research is about persons in a mobility context, which is a legal relevance issue. This international law topic includes immigrant persons, who are vulnerable population according to international human rights. Thus, the international human rights system is recognizing specific rights to immigrant persons. Finally, it is important to define if there is a human right to migrate, or, there are human rights to immigrants.

Key words: Human mobility, migration, immigrants, human rights, right to migrate.

I. Introducción

Nuestra realidad global nos informa, al instante y muchas veces con una crudeza sobrecogedora, sobre el desarrollo de conflictos armados, desastres naturales, hambrunas, persecuciones políticas, guerras y demás fenómenos que tienen un impacto profundo en las sociedades involucradas, quienes por salvaguardar su integridad y su vida se ven inmersos en procesos de movilidad humana, es decir en aquellos procesos donde apreciamos un movimiento masivo de determinados grupos sociales, como consecuencia de factores externos, dejando atrás los territorios donde desarrollaron su cultura y forma de vida.

«*Vengo sin nada. Nada más con mi sueño de trabajar*»⁽¹⁾ suele ser el argumento que moviliza a miles de ciudadanos venezolanos en los últimos dos años, quienes se encuentran en un contexto de movilidad humana, principalmente en la calidad de migrantes, debido a la precaria situación económica de su Estado, el mismo que bajo un gobierno autoritario viene ejerciendo actos de represión política y extremo control gubernamental hacia quienes muestran voces disidentes al modelo económico-político que ejerce el gobierno de turno.

Así, al encontrarnos frente a un proceso global, el Perú no es ajeno a este fenómeno, siendo que contrariamente a lo que pueda pensar la autodenominada «opinión pública», los procesos de movilidad humana en nuestro país no son recientes ni exclusivos a la comunidad venezolana, sino que hemos venido experimentando este tipo de fenómenos desde el origen de nuestra historia como república. En ese sentido, este artículo versará sobre la movilidad humana y sus categorías, para luego hacer énfasis en los procesos migratorios, analizándolos bajo una perspectiva de derechos humanos, describiendo el marco jurídico internacional y peruano al respecto,

(1) BBC. *Crisis en Venezuela: los desesperados testimonios de los venezolanos que huyen a Colombia y Brasil*. 27 de julio de 2019, de BBC. <https://www.bbc.com/mundo/media-45288619>.

para finalmente concluir ideas que nos posibiliten una adecuada aproximación a la migración como derecho humano.

II. Movilidad humana y sus categorías como fenómenos histórico-sociales

La movilidad humana resulta ser un concepto adecuado para describir todo proceso social donde un grupo humano se desplaza de un lugar a otro ejerciendo su derecho humano a la libertad de movimiento. Es decir, la movilidad humana es la expresión del ejercicio de un derecho humano, como es el de la libertad. Ahora bien, las causas y dinámicas de estos procesos de movilidad humana son diversas, es decir, dependen tanto de circunstancias de necesidad como de posibilidad, por lo que podemos afirmar que para que un grupo humano decida involucrarse en un contexto de movilidad humana, es requisito no solamente el aspecto volitivo, que incluye la movilidad humana voluntaria y forzada, sino también que este grupo humano se encuentre en condiciones fácticas de dejar sus territorios y posesiones. A pesar de ello, el factor común que impacta decisivamente en los procesos de movilidad humana es la respuesta legal de un Estado, sea este un territorio de origen, tránsito o destino.⁽²⁾

Es así que, los procesos de movilidad humana no son homogéneos ni aislados, por el contrario, estos procesos han venido ocurriendo a lo largo de la historia humana con diferentes características, en donde grupos humanos se han venido desplazando de un territorio a otro en busca de mejores condiciones de vida y hasta con la finalidad de salvaguardar la suya. Estos hechos históricos quizás hayan sido catalogados bajo otros conceptos, sin embargo, bajo nuestro enfoque de derechos humanos, los mismos se encuentran dentro de lo que ahora llamamos movilidad humana, los que son diversos, dinámicos e históricamente recurrentes.

Luego, con la finalidad de estudiar y abordar legalmente los procesos de movilidad humana podemos categorizarlas en internacional (cuando se cruza las fronteras legales de un Estado hacia otro) o interna (cuando se produce dentro de los límites territoriales de un mismo Estado); voluntaria (sin coacciones de ninguna clase) o forzada (cuando sus derechos humanos se ven amenazados por terceros o por desastres naturales; o cuando son trasladados físicamente sin su consentimiento); por causas sociales (*v. gr.* Discriminación, delincuencia organizada, conflictos

(2) ZAMBRANO GENDE, H. *El derecho humano a la movilidad humana; su desarrollo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana*. Universidad Andina Simón Bolívar, I, 142. 27 de julio de 2019. <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/6556/1/T2804-MDC-Zambrano-El%20derecho.pdf> Base de datos..

armados), políticas (v.gr. disidentes políticos, inestabilidad política), económicas (v.gr. pobreza, hambrunas, falta de empleo) o ambientales (v.gr. contaminación minera, cambio climático, acceso al agua)⁽³⁾.

Aunado a ello, tenemos que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), en su Informe Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos del año 2015⁽⁴⁾, define las categorías de las personas en movilidad humana conforme el siguiente detalle:

- a) **Refugiado:** sobre esta primera categoría, resulta necesario observar el Estatuto de los Refugiados de 1951, modificada por el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967, donde se determina que la categoría jurídica de refugiado se refiere a la persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentra fuera del país de su nacionalidad; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, fuera del país donde tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él⁽⁵⁾. Este concepto ha sido ampliado mediante la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984, donde se incluye dentro del término refugiado a «[...] las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público». En este punto es necesario precisar que no es necesario un pronunciamiento estatal ni del sistema internacional sobre la situación de refugiado de una persona, sino que dicha condición se adquiere con el solo hecho de cumplir con las características antes descritas.
- b) **Solicitante de Asilo:** en la Opinión Consultiva OC-21/14, del 19 de agosto de 2014 - Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, se establece que la calidad legal de solicitante de asilo: «[...] hace relación a la persona que solicita el reco-

(3) COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, 2015. Washington, DC, Estados Unidos: CIDH.

(4) Ídem.

(5) ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados*, 1951. 27 de julio de 2019, de ACNUR. <https://www.acnur.org/5b0766944.pdf>.

nocimiento de la condición de refugiado y cuya solicitud todavía no ha sido evaluada en forma definitiva en el país de acogida»⁽¹⁾.

- c) **Apátrida:** la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954, en su artículo 1 define que: «[...] el término «apátrida» hace relación a toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación»⁽²⁾.
- d) **Niño, niña o adolescente no acompañado:** la Observación General 06 del Comité de los Derechos del Niño del año 2005, define dentro de esta categoría a: «[...] todo niño, niña o adolescente separado de ambos padres y otros parientes sin estar bajo el cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumba esa responsabilidad»⁽³⁾.
- e) **Niño, niña o adolescente separado:** la Observación General 06 del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, del año 2005, define dentro de esta categoría a: «[...] separado de ambos padres o de sus tutores legales o habituales, pero no necesariamente de otros parientes. Por tanto, puede tratarse de menores acompañados por otros miembros adultos de su familia»⁽⁴⁾.
- f) **Desplazado interno:** el Informe del Representante del Secretario General sobre las Personas Internamente Desplazadas ante las Naciones Unidas, de fecha 11 de febrero de 1998, les define como: «[...] las personas o grupos de personas u obligados a huir de sus hogares o lugares de residencia habitual, o a abandonarlos, en particular a causa de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o desastres naturales o causados por el ser humano, y que aún no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida que han sido forzados»⁽⁵⁾.
- g) **Migrante:** El término migrante guarda particular importancia en el presente

(1) CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva OC-21/14. 27 de julio de 2019, de Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2014.* http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/resumen_seriea_21_esp.pdf.

(2) ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Convención sobre el Estatuto de los Apátridas. 27 de julio de 1954, de ACNUR, 1954. <https://www.acnur.org/5b43cea54.pdf>.

(3) COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño. 27 de julio de 2019, de UNICEF, 2014.* <https://www.unicef.org/ecuador/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>.

(4) Ídem.

(5) ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Informe del Representante del Secretario General sobre las Personas Internamente Desplazadas, 2003.* 27 de julio de 2019, de ACNUR. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2265.pdf>.

artículo. Así, la Organización Internacional para las Migraciones define a un migrante como: «[...] cualquier persona que se desplace o se ha desplazado a través de una frontera internacional o dentro de un país, fuera de su lugar habitual de residencia independientemente de: su situación jurídica; el carácter voluntario o involuntario del desplazamiento; las causas del desplazamiento; o la duración de su estancia»⁽⁶⁾. A su vez, la CIDH hace uso del término: «[...] «migrante internacional»: para referirse a toda persona que se encuentre por fuera del Estado del cual es nacional; y «migrante interno» para referirse a toda persona que se encuentre dentro del territorio del cual es nacional, pero por fuera del lugar en el que nació o donde reside habitualmente [...]».⁽⁷⁾ En consecuencia, podemos advertir que no existe un criterio ni definición uniforme en el sistema internacional de derechos humanos sobre el término migrante, término que como se aprecia guarda evidente símil con el término persona en contexto de movilidad humana, pudiendo afirmar que incluso las categorías jurídicas previas sobre movilidad humana se encuentran dentro de la categoría de migrantes; es por ello que, a continuación analizaremos la situación particular de los migrantes como personas que merecen especial protección de sus derechos humanos.

III. Los migrantes como sujetos de especial protección en el sistema internacional de los derechos humanos

Conforme el Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas, experimentamos el mayor contexto de movilidad humana de la historia, precisándose que en el año 2017, se alcanzó la cifra de 258 millones personas en calidad de migrantes, número comparativamente superior a los 173 millones del año 2000⁽⁸⁾. Disgregando data, hay 68 millones de personas desplazadas por la fuerza, entre los que se incluyen 25 millones de refugiados, 3 millones de solicitantes de asilo y más de 40 millones de desplazados internos al año 2017 a nivel global. Asimismo, conforme estadística del Portal Global de Datos Migratorios⁽⁹⁾, se tiene que en el año 2017, el número de migrantes internacionales llegó hasta los 258 millones a nivel global, frente a los 244 millones del año 2015. Asimismo, se estima que hay 36,1 millones de niños migrantes y

(6) Ver: <https://www.un.org/es/sections/issues-depth/migration/>.

(7) *Idem*.

(8) <https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/data/estimates2/estimates1.asp>.

(9) <https://migrationdataportal.org>.

150,3 millones de trabajadores migrantes.

A la luz de las estadísticas mundiales, el sistema internacional de derechos humanos, mediante acciones de la comunidad internacional, ha tomado conciencia sobre el creciente número de personas en contextos movilidad humana o migrantes, estableciendo protocolos y abordando legalmente las problemáticas que los migrantes vienen atravesando en los últimos años, ello con la finalidad de proteger los derechos humanos que les corresponden a los migrantes, además de cumplir con las obligaciones internacionales de los Estados, las cuales ya se encuentran consagradas en determinados documentos previamente suscritos y ratificados en el derecho interno. Cabe resaltar que si bien es cierto dicho reconocimiento de especial protección a los migrantes ha resultado en la sanción de documentos internacionales que abordan específicamente los derechos humanos de los migrantes, esto no importa que estos derechos no hayan sido reconocidos en convenciones previas, solo que su aplicación a ciudadanos extranjeros no era abordada claramente, situación que generaba que los agentes estatales esgriman argumentos para omitir esta protección específica a los migrantes que se encontraban en su territorio.

En esa línea de protección de los derechos humanos de los migrantes, en el año 1990, la comunidad internacional en las Naciones Unidas adoptó la Convención Internacional de Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y los Miembros de sus Familias, la misma que tiene por objeto proteger los derechos humanos de los migrantes en situación de trabajo, y sus familias, en tanto establece pautas mínimas sobre condiciones laborales y propone la lucha contra el tráfico de migrantes. Nuestro país ha ratificado dicha convención el 14 de setiembre de 2005, buscando principalmente: «[...] ampliar los mecanismos de protección para los trabajadores migratorios y sus familias, sobre todo lo relativo a condiciones de explotación y discriminación; control del tráfico ilícito de personas; y creación de lineamientos claros con relación a los beneficios sociales a los que debieran tener acceso estas personas»⁽¹⁰⁾.

Luego, tenemos el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, que se constituye en el primer documento del sistema internacional en abordar de manera integral la trata de personas y definiendo por primera vez los alcances del delito de trata de personas. Este Protocolo contra la Trata de Personas data del 15 de noviem-

⁽¹⁰⁾ *Loc. cit.*, p. 7.

bre del año 2000, siendo ratificado por el Perú el 23 de enero de 2002⁽¹¹⁾. Dentro del área del Derecho Penal Internacional, tenemos el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, conocido también como el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, que aborda el panorama delictivo del crimen organizado que traslada y facilita el acceso de migrantes a un Estado que no otorga el ingreso de manera regular. Este documento ha sido ratificado por el Perú el 23 de enero de 2002.

Asimismo, se tienen los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, que en el mes de septiembre del año 2005, fueron reconocidos por la Asamblea General de las Naciones Unidas como «[...] un marco internacional de importancia para proteger a las personas desplazadas dentro de sus países»⁽¹²⁾. Si bien es cierto se trata de un documento parte del *soft law*, es decir no vinculante para los Estados miembros de la comunidad internacional, estos principios tienen por objeto constituirse en una guía para los Estados y organizaciones regionales en la asistencia y protección de los desplazados internos. De esta manera se establecen que los Estados tienen cuatro obligaciones principales en contextos de desplazamiento interno: primero, la obligación de prevenir el desplazamiento; segundo, la obligación de proteger y brindar asistencia a los desplazados durante el movimiento; la obligación de prestar y facilitar la asistencia humanitaria; y finalmente, la obligación de facilitar el retorno, reasentamiento y reintegración de los desplazados internos en condiciones de seguridad⁽¹³⁾.

Asimismo, se tienen los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativos a «Los trabajadores migrantes», o Convenio 97, y, «Las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes», o Convenio 143. En ese sentido, el Convenio 97 consagra el principio de igualdad de trato entre los trabajadores nacionales y no nacional que se encuentren en una relación laboral regular para efectos de una serie de beneficios laborales, como remuneración, afiliación sindical, seguridad social, acceso a la justicia, condiciones de trabajo, etc. Por su parte,

(11) ONU. *Protocolo contra la Trata de Personas, 2000*. 27 de julio de 2019, de OHCHR. https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ProtocolTraffickingInPersons_sp.pdf.

(12) ONU. *Documento Final de la Cumbre Mundial 2005*. 27 de julio de 2019, de ONU. https://www.un.org/spanish/summit2005/fact_sheet.html.

(13) COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Verdad, justicia y reparación: Cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia, 2013*. 27 de julio de 2019, de CIDH. <https://www.oas.org/es/cidh/docs/pdfs/Justicia-Verdad-Reparacion-es.pdf>.

el Convenio 143 incorpora medidas para la promoción de la igualdad de oportunidades entre los trabajadores migrantes y los nacionales, más allá de su situación administrativa migratoria en el país de tránsito o destino.⁽¹⁴⁾

Consecuentemente, podemos apreciar que en los últimos decenios se ha venido tomando conciencia de la necesidad de abordar directamente los contextos de movilidad humana y migración, mediante documentos del derecho internacional que generan obligaciones específicas en los estados que han ratificado dichos documentos, entre los cuales encontramos al Estado Peruano; sin que esto implique necesariamente que, hasta antes de la dación de los documentos mencionados, no se haya interpretado el sistema internacional de derechos humanos en favor de la protección de los migrantes, teniendo en este grupo primigenio documentos tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (1965), la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (1984), la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (1979) y la Convención sobre los Derechos del Niño (1990). En el ámbito regional, tenemos la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre (1948), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988), la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (1994), la Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura, y, la Carta Democrática Interamericana (2001).

IV. Marco jurídico que regula la migración en el Perú

El Estado Peruano, al ser un actor de la comunidad internacional y en cumplimiento de los convenios internacionales de derechos humanos ratificador, los que han sido detallados previamente, ha venido implementando medidas legislativas que abordan de manera actual y más adecuada asuntos relacionados a la migración. Así, tenemos el Decreto Legislativo N.º 1350 - Ley de Migraciones y su reglamento Decreto Supremo N.º 007-2017-IN, que reemplazan a la antigua Ley de Extranjería del año 1991, documentos que fundamentalmente reconocen el

(14) DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Tratamiento de las personas extranjeras en el Perú. Casos conocidos por la Defensoría del Pueblo*. 27 de julio de 2019, de Defensoría del Pueblo, 2014. <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/Informe-009-2014-DP-ADHPD.pdf>.

respeto por los derechos fundamentales de las personas extranjeras que se encuentran en territorio peruano bajo el principio de soberanía, con reconocimiento del aporte de los migrantes en el desarrollo del país y del principio de libre tránsito internacional. Asimismo, el Estado consagra el principio de integración del migrante a la sociedad y cultura peruana, velando por la unidad familiar de los extranjeros, especialmente bajo el amparo del interés superior del niño y adolescente. Así también, el Estado Peruano formula y ejecuta su política migratoria bajo el principio de no criminalización de la migración irregular, de no discriminación, rechazando de manera especial la xenofobia y el racismo. Finalmente, nuestro Estado rige sus procedimientos migratorios bajo los principios de integralidad, unidad de acción y reciprocidad; promoviendo las medidas necesarias para la formalización de los extranjeros que deseen ingresar y permanecer en el territorio nacional.

De otro lado, el Estado Peruano sancionó el Decreto Supremo N.º 001-2017-IN, que aprueba los lineamientos para el otorgamiento del permiso temporal de permanencia (PTP) para las personas extranjeras, madres o padres de hijos/as peruanos/as menores de edad, modificado mediante Decreto Supremo N.º 002-2017-IN y Decreto Supremo N.º 002-2017-IN. Luego tenemos el Decreto Supremo N.º 023-2017-IN, que establece los lineamientos para el otorgamiento del Permiso Temporal de Permanencia para las personas de nacionalidad venezolana, modificado por Decreto Supremo N.º 001-2018-IN y Decreto Supremo N.º 007-2018-IN.

Finalmente, se tiene la Ley del Refugiado 27891 y su reglamento, del año 2003, mediante el que nuestro Estado: «[...] reconoce los derechos y obligaciones propios del Estatuto de los Refugiados, de conformidad con los instrumentos internacionales que ha ratificado, a las personas a quienes se le otorgue tal calidad, y mantiene una posición humanitaria para con los que gocen de la protección del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados»⁽¹⁵⁾.

Como se ha expuesto, el Estado Peruano ha venido modificando su legislación interna para adecuarla conforme el sistema internacional de protección de los migrantes y demás categorías de personas en contextos de movilidad humana, por ello, cabe analizar si realmente nos encontramos frente a un nuevo derecho humano, es decir si existe el derecho a migrar, o en todo caso, podemos seguir abordando el tema de la migración desde una perspectiva mas amplia, en tanto nos referimos a los derechos humanos de los migrantes conforme el catálogo actual de derechos humanos internacionales.

(15) SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE MIGRACIONES. *Ley de Refugiado*, 2003. 27 de julio de 2019, de Superintendencia Nacional de Migraciones. https://www.migraciones.gob.pe/documentos/normalegal_8.pdf.

V. El derecho a migrar como derecho humano

Ante la disyuntiva si realmente existe un derecho humano a migrar, podemos notar dos corrientes al respecto. Una de ellas defiende la tesis que el derecho a migrar se encuentra implícito dentro de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos; mientras que en la otra orilla, tenemos a quienes consideran que no existe el derecho humano a migrar «[...] por lo menos no en el ámbito internacional, toda vez que el círculo que implica la migración –entrada, estancia, salida– no se completa en los derechos enumerados en los instrumentos internacionales»⁽¹⁶⁾ y que si existen los derechos humanos de los migrantes, orientados a su protección en razón a su situación de especial vulnerabilidad.

Así, la primera de las tesis, que defiende la existencia del derecho a migrar como un derecho humano, afirma que dicho derecho se funda en la libertad de circulación y desplazamiento, dentro y fuera de un Estado del cual se es ciudadano. Tal como se expone en la Revista de Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional Autónoma de México, esta tesis se remite al contenido del artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que prescribe: «[...] 1.- Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. 2.- Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país [...]». Aunado a ello, se sustenta esta posición en una interpretación extensiva de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que trata el derecho a la circulación y residencia en su artículo 22.

No obstante, se critica esta posición en tanto dichos articulados circunscriben la libertad de circulación y la elección de residencia dentro de los límites territoriales de un Estado, refiriéndose exclusivamente a la migración interna, mas no internacional, análisis al cual nos adscribimos en tanto no se ampara que toda persona tenga el derecho de entrar libremente y sin controles a un Estado del cual no es nacional, por ende, podemos afirmar que no existe dicho derecho a migrar como un derecho humano, al menos no por el momento, en el actual sistema internacional de derechos humanos.

Respecto de la segunda tesis, la cual se ubica al extremo de la antes mencionada, se centra en que ningún instrumento internacional de derechos humanos se refiere al derecho a ingresar al territorio de cualquier Estado bajo pretexto del respeto al derecho a la libertad de circulación, precisando además que para hablar de migración,

(16) NIEVES HERNÁNDEZ, E. ¿Derecho Internacional a migrar? entre el Derecho Natural y el Derecho Positivo: el dilema de los derechos humanos de los migrantes. *Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM*, 2019, pp. 49-75..

resulta requisito *sine qua non* que se complete el círculo de la migración internacional, es decir, se evidencie una entrada, estancia y salida-regreso de una persona al territorio de un Estado. Es así que, si bien no existe un derecho humano a migrar a nivel internacional como tal, sí se encuentran reconocido, los derechos humanos de los migrantes, que los protegen en distintos momentos del proceso migratorio, que se encuentran contenidos en el artículo 1 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares⁽¹⁷⁾, posición a la cual nos adscribimos.

Finalmente, conforme el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, los Estados poseen específicamente las siguientes obligaciones generales con los migrantes:

- a) **Obligaciones del Estado en su jurisdicción:** resulta interesante observar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos hace referencia a la obligación de los Estados a proteger a las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, sin utilizar el término territorio. En este sentido, la CIDH ha establecido que un Estado realiza: «[...] el ejercicio de su jurisdicción sobre actos ocurridos en un lugar extraterritorial»⁽¹⁸⁾, es decir, un Estado es responsable por las personas ubicadas en el territorio de otro Estado cuando el mismo se encuentra sujeto al control de sus agentes.
- b) **Protección del principio de igualdad y no discriminación:** en ese sentido, la CIDH ha establecido en su que: «[...] no reviste relevancia alguna el motivo, causa o razón por la que la persona se encuentre en el territorio del Estado a los efectos de la obligación de este de respetarle y hacer que se le respeten sus derechos humanos. En particular, no tiene significancia alguna, a este respecto, si el ingreso de la persona al territorio estatal fue acorde o no a lo dispuesto en la legislación estatal. El respectivo Estado debe, en toda circunstancia, respetar tales derechos puesto que ellos tienen su fundamento precisamente en los atributos de la persona humana, es decir, más allá de la circunstancia de que sea o no su nacional o residente en su territorio o se encuentre transitoriamente o de paso en él o esté allí legalmente o en situación migratoria irregular».⁽¹⁹⁾

(17) ONU. *Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*, 1990. 27 de julio de 2019, de OHCHR. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cmw.aspx>.

(18) COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe 109/99*. 27 de julio de 2019, de CIDH. <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/fondos.asp>.

(19) *Loc. cit.*, p. 4..

Esta protección también es abordada en el Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo, cuya finalidad se centra en la protección de las personas frente a la discriminación en el empleo por: «[...] cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación».⁽²⁰⁾

Así, si bien es cierto no se detalla la causal de la nacionalidad del trabajador para que se le proteja frente a la discriminación, este Convenio extiende su aplicación a todas las personas que laboran, más allá de su nacionalidad, reconociendo la situación de vulnerabilidad de los trabajadores migrantes, principalmente aquellos que se encuentran en un status migratorio irregular, discriminación que incide esencialmente en las condiciones de trabajo, los salarios, la salud y seguridad en el trabajo, y, accidentes laborales. Así también, el convenio protege a los trabajadores migrantes sea que laboren en el sector público o privado, desarrollando sus actividades en el mercado laboral formal o informal. Este convenio también comprende el principio a no ser discriminado, por razones de nacionalidad entre otras, para emprender un negocio propio, tener acceso a una formación profesional.⁽²¹⁾

- c) **Los derechos económicos, sociales y culturales:** la Declaración Universal de Derechos Humanos y todo el catálogo de tratados sobre derechos humanos no hacen distinción sobre la condición de migrante o la nacionalidad de la persona para garantizar el pleno ejercicio de sus derechos civiles y políticos, además de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC). Así, los DESC comprende el derecho al trabajo, a la educación, a la salud, a la seguridad social, a la vivienda, al agua y la comida, a un entorno saludable y a la cultura, los que importan en tanto son esenciales para una vida digna. En ese sentido, el Comité de las Naciones Unidas de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General N.º 20 sobre no discriminación, precisó que: «[...] Los derechos reconocidos en el Pacto son aplicables a todos, incluidos los no nacionales, como los refugiados, los solicitantes de asilo, los apátridas, los traba-

(20) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación)*, 1958. 27 de julio de 2019, de OIT. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C111DE:C111.

(21) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Migración, derechos humanos y gobernanza*. 27 de julio de 2019, 2015 de OIT. https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Migration-HR_and_Governance_HR_PUB_15_3_SP.pdf.

jadores migratorios y las víctimas de la trata internacional, independientemente de su condición jurídica y de la documentación que posean»⁽²²⁾.

Ante lo expuesto, es de verse que el sistema internacional de los derechos humanos reconoce la existencia de derechos humanos a los migrantes, a quienes ubica en una posición de vulnerabilidad, especialmente aquellos que se encuentran en una situación migratoria irregular, por ende, aún no es posible afirmar que existe el derecho a migrar *per se*, sin embargo, si es posible extender la aplicación y protección de los derechos humanos hacia las personas en un contexto de movilidad humanas.

VI. Conclusiones

- 6.1 El Sistema Internacional de Derechos Humanos reconoce la existencia de los derechos humanos de los migrantes.
- 6.2 A la fecha, no es posible afirmar que existe el derecho a migrar en tanto este no ha sido reconocido por el Sistema Internacional de los Derechos Humanos.
- 6.3 Es adecuado el uso del término personas en contexto de movilidad humana para referirse a todas aquellas personas y grupos sociales que dejan su lugar de origen, trasladándose hacia otro territorio por diversas causas.
- 6.4 La movilidad humana no es fenómeno reciente, sino que por el contrario ha demostrado venir ocurriendo a lo largo de la historia de la humanidad bajo diferentes nombres y motivaciones.
- 6.5 Los Estados poseen obligaciones específicas respecto de las personas en movilidad humana que se encuentran bajo su jurisdicción, todas ellas avocadas al respeto por los Derechos Humanos de estas personas.

VII. Lista de referencias

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Derechos Humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Washington, DC, Estados Unidos: CIDH, 2015.

⁽²²⁾ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Observación General N.º 20, 2009. 27 de julio de 2019, de Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html

- Verdad, justicia y reparación: Cuarto informe sobre la situación de Derechos Humanos en Colombia. 27 de julio de 2019, de CIDH. <https://www.oas.org/es/cidh/docs/pdfs/Justicia-Verdad-Reparacion-es.pdf>, 2013.
- Observación General 20. 27 de julio de 2019, de Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2009. https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html.
- Informe número109/99. 27 de julio de 2019, de CIDH., 1999 <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/fondos.asp>.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño*. 27 de julio de 2019, de UNICEF, 2014. https://www.unicef.org/ecuador/UNICEF_Observaciones_Generales_del_Comite_de_los_Derechos_del_Niño-WEB.pdf
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva OC-21/14*. 27 de julio de 2019, de Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2014. http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/resumen_seriea_21_esp.pdf.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Tratamiento de las personas extranjeras en el Perú. Casos conocidos por la Defensoría del Pueblo*. 27 de julio de 2019, de Defensoría del Pueblo, 2014. <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/Informe-009-2014-DP-ADHPD.pdf>.
- NIEVES HERNÁNDEZ, Efraín. ¿Derecho Internacional a migrar? entre el Derecho Natural y el Derecho Positivo: el Dilema de los Derechos Humanos de los migrantes. *Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM*, 2019, pp. 49-75.

Organización de las Naciones Unidas

- Documento Final de la Cumbre Mundial 2005. 27 de julio de 2019, de ONU, 2005. https://www.un.org/spanish/summit2005/fact_sheet.html
- Informe del Representante del Secretario General sobre las Personas Internamente Desplazadas. 27 de julio de 2019, de ACNUR, 2003. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2265.pdf>
- Protocolo contra la Trata de Personas. 27 de julio de 2019, de OHCHR. https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ProtocolTraffickingInPersons_sp.pdf.
- Convención Internacional sobre la protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. 27 de julio de 2019, de OHCHR, 1990. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cmw.aspx>.

(1954). Convención sobre el Estatuto de los Apátridas. 27 de julio de 2019, de ACNUR. <https://www.acnur.org/5b43cea54.pdf>.

CONVENCIÓN SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS. 27 de julio de 2019, de ACNUR, 2015. <https://www.acnur.org/5b0766944.pdf>.

Organización Internacional del Trabajo

MIGRACIÓN, DERECHOS HUMANOS Y GOBERNANZA. 27 de julio de 2019, de OIT, 2015. https://www.ohchr.org/Documents/Publications/MigrationHR_and_Governance_HR_PUB_15_3_SP.pdf.

CONVENIO SOBRE LA DISCRIMINACIÓN (EMPLEO Y OCUPACIÓN). 27 de julio de 2019, de OIT, 1958. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=ORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C111DE:C111.

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE MIGRACIONES. Ley de Refugiado. 27 de julio de 2019, de Superintendencia Nacional de Migraciones, 2003. https://www.migraciones.gob.pe/documentos/normalegal_8.pdf.

ZAMBRANO GENDE, H. El Derecho Humano a la movilidad humana; su desarrollo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana. Universidad Andina Simón Bolívar, I, 142. 27 de julio de 2019. <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/6556/1/T2804-MDC-Zambrano-El%20derecho.pdf> Base de datos.

Influencia plural de factores políticos y jurídicos, en la convulsionada Historia Constitucional del Perú

Plural influence of political and legal factors, in the convulsioned constitutional history of Peru

ROJAS TORRES, Luis Ángel(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Convulsionada historia político-constitucional del Perú. III. Influencia plural de factores políticos y jurídicos, en la convulsionada historia constitucional del Perú. 3.1. Influencia plural de factores: definición. 3.2. Clasificación de la influencia plural de factores: Identificando las tendencias o predisposiciones que han intervenido en la Historia Político-Constitucional del Perú. 3.2.1. Influencia plural de factores estrictamente políticos. 3.2.2. Influencia plural de factores jurídico-constitucionales. IV. Conclusión. V. Lista de referencias.

Resumen: El presente artículo que nos convoca en esta oportunidad, y que tenemos el placer de publicar en la prestigiosa revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, busca en específico identificar y analizar la influencia plural de diversos factores tanto políticos como jurídicos que han venido operando sistemáticamente a lo

(*) Maestro en Ciencias, mención en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la Escuela de Posgrado de la UNC. Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca. Ganador del VII Premio a la Excelencia Académica en Derecho: «José León Barandiarán Hart». Email: elsonidoimmigrante@hotmail.com

largo de la historia constitucional peruana, comprendiendo para el caso en estudio, el periodo republicano que abarca desde 1823 hasta 1993, periodo dentro del cual hemos promulgado doce profusos textos constitucionales. En ese sentido, buscamos finalmente revelar el resultado de la denominada influencia plural de factores.

Palabras clave: Constitución política; historia constitucional; influencia plural de factores políticos y jurídicos.

Abstract: The present article that summons us in this opportunity, and that we have the pleasure of publishing in the prestigious journal of the Faculty of Law and Political Sciences of the National University of Cajamarca, seeks in specific to identify and analyze the plural influence of diverse factors political as legal that have been operating systematically throughout the Peruvian constitutional history, including for the case under study, the republican period that covers from 1823 to 1993, period in which we have promulgated twelve profuse constitutional texts. In this sense, we finally seek to reveal the result of the so-called plural influence of factors.

Keywords: Political constitution; constitutional history; plural influence of political and legal factors.

I. Introducción

A lo largo de nuestra historia republicana, como ustedes podrán haber advertido por cultura general, han sido aprobados tan solo doce (12) textos constitucionales⁽¹⁾; y decimos tan solo, pues quizá nosotros los peruanos acostumbrados a dictar y aceptar por doquier la promulgación de leyes⁽²⁾, consideremos tal vez por ello que son pocas las constituciones otorgadas; o a lo mejor, muchos nunca comprendimos o jamás se nos inculcó con una educación consecuente, lo que significa tener una verdadera Constitución, una ley de leyes, una norma suprema que perdure en el tiempo; o probablemente los detentadores del poder, y en especial los gobiernos militares, nos acostumbraron a aceptar sus caprichos políticos y pseudoconstituciones otorgadas en cada cambio de mando, generando evidentemente un resentimiento o anticultura constitucional; o quien sabe podría ser como expresaba el prestigioso constitucionalista alemán Karl Loewens-

(1) **Constituciones del Perú:** La Republicana de 1823; la Bolivariana de 1826; la Constitución de 1828; la Constitución de 1834; la de Huancayo de 1839; la Liberal de 1856; la Constitución de 1860; la Constitución de 1867; la Constitución de la Patria Nueva de 1920; la Constitución de 1933; la Constitución de 1979, y; finalmente la Constitución de 1993.

(2) «[...] Hasta la actualidad han sumado más de 30,000 leyes promulgadas por el Congreso de la Republica desde 1904 [...]» (Perú-Congreso, 2018).

tein, cuando de manera muy precisa apuntaba que «[...] la confección de constituciones se ha convertido de este modo en una especie de industria [...] Muchas de estas nuevas constituciones, si no todas-como hay que añadir para ser justos-, están expuestas a una considerable mortalidad infantil, y otras mueren en su más tierna infancia [...]», instalándose inmediatamente en su lugar «[...] un régimen autoritario, en la mayoría de los casos de observancia militar, que a su vez se fabrica a la medida una constitución que adopta plebiscitariamente como encubrimiento democrático[...]» (Loewenstein, 1965, p. 471).

En realidad, no lo sabemos exactamente, pero en el vigente artículo académico que a continuación pasaremos a desarrollar, nos hemos enfocado específicamente en poder identificar y estudiar minuciosamente la influencia plural de múltiples factores tanto políticos como jurídicos que han tenido una actuación sistemática y detallada en los diferentes tramos de la historia constitucional peruana, veamos.

II. Convulsionada historia político-constitucional del Perú

Cuando hacemos referencia a la temática vinculada con la Historia Político-Constitucional del Perú, frase que el mismo Tribunal Constitucional de nuestro país utiliza⁽³⁾, estamos describiendo en específico las diversas circunstancias históricas y principales acontecimientos sociales que han provocado la promulgación de doce (12) cartas fundamentales a lo largo de nuestra vida republicana, comprendida exactamente entre los años 1823 a 1993, para el caso en estudio. Dichas constituciones, como veremos más adelante, han dependido en su mayoría directamente de los sucesos políticos y sobre todo militares de cada época. Denotando lamentablemente con esto, la presencia de un proceso histórico constitucional convulsionado, agitado si se quiere, lleno de inestabilidad constitucional, en donde la manipulación de los códigos políticos a través del poder, siempre ha buscado cerrar una etapa política e inaugurar una nueva, comúnmente autodenominada revolucionaria.

Al respecto, el conmemorado jurista peruano Vicente Villarán, con un punto de vista muy agudo y preciso, característico de su fino intelecto, enfatiza que «[...] hemos vivido haciendo y deshaciendo constituciones»⁽⁴⁾; y efectivamente, la

(3) Véase la sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Exp. N.º 014-2003-AI/TC, fundamento N.º 9. Ante el proceso de inconstitucionalidad interpuesta por don Alberto Borea Odría y más de 5,000 ciudadanos, contra el «documento promulgado el 29 de diciembre de 1993 con el título de Constitución Política del Perú de 1993».

(4) Vicente Villarán Manuel, en su obra: «La Constitución de 1828». Tomado de la sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Exp. N.º 014-2002-AI/TC. Normas Legales, El Peruano, fundamento N.º 38, p.237925.

realidad es cruda pero latente, pues en 197 años de independencia republicana, hemos sido capaces de producir doce (12) textos constitucionales, uno por cada 13 o 15 años en promedio, consolidando infortunadamente detrás de tan cuestionada práctica o tendencia histórica, una idea totalmente errada de Constitución, pues en lugar de haber sido considerada como «[...] una norma que contiene los principios y valores cívicos, políticos y éticos más importantes de nuestra sociedad, cuyo cumplimiento se aspira alcanzar», fue y es vista en realidad como un «*plan de gobierno, que una vez finalizado el régimen en cuyo interregno se dio la nueva Constitución, esta sucumbía con aquel*»⁽⁵⁾ (*la cursiva es nuestra*), y que «cuando ello no ha sido así, el acto de darnos una nueva Constitución ha sido consecuencia de su falta de legitimidad, pues a su amparo se pretendieron legitimar golpistas y gobernantes de facto, que no dudaron en supeditar la Norma Fundamental a los espurios decretos leyes que en ese contexto se expedían y que se sostenía con la fuerza de las armas»⁽⁶⁾.

III. Influencia plural de factores políticos y jurídicos, en la convulsionada historia constitucional del Perú

3.1. Influencia plural de factores: definición

Es imprescindible aclarar que cuando hacemos referencia al término que denota la «influencia plural de factores políticos y jurídicos en la agitada Historia Constitucional del Perú», estamos describiendo en específico aquel influjo múltiple de tendencias o predisposiciones de corte netamente político, que han luchado por imponer su régimen de gobierno a lo largo de nuestra historia republicana; o en su caso, también nos referimos a aquellas tendencias o predisposiciones de corte eminentemente jurídico-constitucional, que se han expresado como características casi constantes en la conformación estructural de nuestros textos fundamentales.

Ante ello, el mencionado influjo de tendencias, lamentablemente ha generado una ausencia de estabilidad o falta de vocación de permanencia en la vigencia de nuestras constituciones. Inestabilidad que ha provocado a su vez, la formación de una anticultura constitucional en el Perú o escasez de sentimiento hacia la Constitución. Ante ello, advertimos la existencia de las siguientes tendencias, a definir.

(5) Véase la sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Exp. N.º 014-2002-AI/TC. Normas Legales, El Peruano, fundamento N.º 39. Pág. 237925.

(6) García Belaunde Domingo, en su obra: «Bases para la historia constitucional del Perú». Tomado de la sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Exp. N.º 014-2002-AI/TC. Normas Legales, El Peruano, fundamento N.º 39. Pág. 237925.

3.2. Clasificación de la influencia plural de factores: Identificando las tendencias o predisposiciones que han intervenido en la Historia Político-Constitucional del Perú

3.2.1. *Influencia plural de factores estrictamente políticos*

Hemos identificado los siguientes, a saber:

a) **El caudillaje militar:** su presencia hegemónica

Sin duda alguna el Caudillaje Militar⁽⁷⁾, en las inaugurales etapas de nuestra vida republicana, fue un fenómeno político y social que marcó un profuso daño en las estructuras gubernamentales del pueblo peruano. Menoscabo, que se puede apreciar con claridad en el intento de adueñarse completamente de todo tipo de poder; y aún más, en el hecho de difundir la deplorable costumbre consistente en anunciar la victoria del caudillo⁽⁸⁾, mediante la emisión de un texto constitucional hecho exactamente a su medida, para ser luego promulgado en cada cambio de mando o golpe de Estado. Desde esta misma perspectiva, también podemos ubicar el pronunciamiento doctrinario del jurista peruano Lizandro Alzamora, quien de manera acertada manifiesta que:

[...] En la primera etapa de nuestra vida republicana, la nota característica es el predominio de los militares, es decir, de los guerreros de la Independencia. Ellos se sienten dueños del país que libertaron con su espada y, por consiguiente, resisten a toda tentativa de desalojarlos del poder [...] (Alzamora Silva, 2004, p. 240).

En definitiva, y ante el complicado panorama que acabamos de describir, surgió irremediablemente la desnaturalización del Poder Constituyente, y por ende, la falta de respeto al verdadero sentido que engloba el término Constitución, no lo dudamos pero así fue y para muestra hemos elaborado en base a los datos proporcionados por el Tribunal Constitucional⁽⁹⁾, un cuadro comparativo en donde podemos verificar claramente que nueve (9) de las doce (12) cartas que el Perú ha tenido, han sido promulgadas por gobiernos militares (ver tabla 1).

(7) El Caudillismo Militar: Es una tipología política y social que correspondió esencialmente al periodo histórico transcurrido desde el final de las guerras de Emancipación Latinoamericanas (o de Independencia), hasta el afianzamiento de los Estados Nacionales, en la segunda mitad del siglo XIX. Tomado de: Microsoft ®. Encarta ® 2018. © Microsoft Corporation.

(8) Jefe de un ejército, adalid o héroe (La Rousse, 1959, p. 209).

(9) Véase específicamente la sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Exp. N.º 014-2003-AI/TC. Fundamento N.º 9b.

Tabla 1:
Constituciones promulgadas por gobiernos militares

Texto constitucional	Promulgado
1. Constitución de 1823.	Por el General José Bernardo de Torre Tagle.
2. Constitución de 1826.	Por el General Andrés de Santa Cruz.
3. Constitución de 1828.	Por el General José de la Mar.
4. Constitución de 1834.	Por el Mariscal Luis José de Orbegoso.
5. Constitución de 1839.	Por el General Agustín Gamarra.
6. Constitución de 1856.	Por el Mariscal Ramón Castilla.
7. Constitución de 1860.	Por el Mariscal Ramón Castilla.
8. Constitución de 1867.	Por el General Mariano Ignacio Prado.
9. Constitución de 1933.	Por el General Luís M. Sánchez Cerro.

Fuente: Exp. N.º 014-2003-AI/TC. Fundamento N.º 9b

b) Pugna entre la tendencia unitaria versus la tendencia federal

Manifestaciones del sistema republicano y la derrota de la idea monárquica. En los jóvenes e iniciales años de la independencia peruana, surgieron dentro del debate intelectual limeño, dos grandes corrientes político-doctrinales que buscaban otorgar a la nueva patria, un tipo específico de gobierno. Así, podemos afirmar que:

[...] Una pretendía para el nuevo Estado del Perú, una Monarquía Constitucional⁽¹⁰⁾; la otra propiciaba la fórmula Republicana, más de acuerdo con la doctrina de la Revolución Francesa, que, como se sabe, inspiró el pensamiento y la acción de los próceres de la libertad [...] (Alzamora Silva, 2004, p. 233).

Ante tal fulgurante contienda ideológica, sucumbió en un primer momento la idea monarquía y se dio paso al reconocimiento y establecimiento del sistema republicano en la primera carta fundamental de nuestra historia constitucional. Pero dentro del modelo ganador de la República, existían manifestaciones o matices disímiles, pues unos pretendían para el Perú un gobierno

⁽¹⁰⁾ La idea moderna de una monarquía limitada constitucionalmente se consolidó con lentitud en la mayor parte de Europa. Entre las más antiguas Monarquías Constitucionales, figuran las de Gran Bretaña, España, los Países Bajos, Noruega, Suecia, Dinamarca y Bélgica. Tomado de: Microsoft ®. Encarta ® 2018. © Microsoft Corporation.

unipersonal, en tanto que otros apostaban por un gobierno de tipo federal. Sin embargo, «[...] la federación fue una idea vaga que flotó en el ambiente (...)», pues «[...] desde el primer día de la República, todos tendieron al unitarismo [...]» (Alzamora Silva, 2004, p. 239).

Es así que el influjo del unitarismo se puede apreciar claramente en la mayoría de los siguientes textos fundamentales (ver tabla 2).

Tabla 2:
Constituciones influenciadas por el unitarismo

Constitución de 1823	Constitución de 1828	Constitución de 1839	Constitución de 1856	Constitución de 1860
Constitución de 1867	Constitución de 1920	Constitución de 1933	Constitución de 1979	Constitución de 1993

Fuente: Elaboración propia

Por su parte, la tendencia monárquica resucitó opacadamente y por muy poco tiempo, mediante la idea federal bolivariana, y se enclaustró en un grupo pequeño de constituciones (ver tabla 3).

Tabla 3:
Constituciones con tendencia monárquica

Constitución de 1826	Constitución de 1834
----------------------	----------------------

Fuente: Elaboración propia

c) **Pugna entre la tendencia unitario-liberal versus la tendencia unitario-socialista**

Al haberse establecido definitivamente que el Perú sería un Estado Republicano Único, el cual no admitía adherirse a otros Estados, brotó en paralelo para la nueva república peruana, la doctrina europea del llamado liberalismo, que propugna la defensa de las libertades y la iniciativa individual, debatiéndose en su seno, ideas liberales auténticas como la ampliación del sufragio, el sistema legislativo, las responsabilidades del gobierno y las libertades de pensamiento y opinión; y que con su variante neoliberal, tiende a reducir al mínimo la intervención del Estado en los sistemas de producción, convirtiéndolo tan solo en un agente que vigila únicamente la libre competencia. Sin embargo, en esta complicada tarea de repliegue o éxodo hacia lo privado, subyace negativamente el lema del himno neoliberalista, que reza estimulan-

do a los ciudadanos para que centren sus energías en los negocios privados y se despreocupen por las cuestiones de la cosa pública, volcando por tierra todo esfuerzo de arraigar una cultura cívico-democrática; y aún más aunado a esto, el colosal problema de la corrupción que ha originado por ende en la población peruana, una desconfianza hacia el propio Estado y con él, hacia la misma Constitución.

Ante ello, los textos fundamentales que recibieron frontalmente este influjo, son los que a continuación se indican (ver tabla 4).

Tabla 4:
Constituciones influenciadas por el liberalismo

Tendencia liberal:

Constitución de 1823	Constitución de 1828	Constitución de 1839
Constitución de 1856	Constitución de 1860	Constitución de 1867

Tendencia neoliberal:

Constitución de 1993

Fuente: Elaboración propia

Por su parte, el surgimiento del socialismo en el Perú, suponía en prioridad, una reacción inmediata al extremado valor que el liberalismo concedía a los logros individuales y a los derechos privados, a expensas del bienestar colectivo. Es así que el socialismo, como sistema de organización basado en la propiedad y administración colectiva o estatal de los medios de producción y en la regulación por parte del Estado de las actividades económicas y sociales, encontró cabida en Latinoamérica mediante la influencia decisiva de textos como la Constitución Mexicana de Querétaro de 1917, la Constitución Rusa de 1918 y la Constitución Alemana de Weimar de 1919. Ante tal predominante influjo, el Perú no fue ajeno, y es por ello que a continuación podemos observar aquellas cartas que han recibido frontalmente esta tendencia (ver tabla 5).

Tabla 5:
Constituciones influenciadas por el socialismo

Constitución de 1920	Constitución de 1933	Constitución de 1979
-------------------------	-------------------------	-------------------------

Fuente: Elaboración propia

d) El Estado confesional

La iglesia católica apostólica y romana, fue y es sin duda alguna la religión que más influencia ha irradiado en el transcurso de nuestra historia constitucional republicana. Así por ejemplo, al haberse reproducido en la Constitución Política de 1867, los postulados laicistas de la Carta de 1856, que defendían la independencia del hombre y de la sociedad frente a toda influencia religiosa, provocó la inmediata reacción de los clérigos de aquel entonces, quienes tildaron a la Carta de 1867 como un texto no consensual, originando en el acto, su inmediata derogación. Por su parte, se promulgaron dos cartas que la establecieron como religión oficial, prohibiendo el ejercicio público de cualquier otra confesión (ver tabla 6).

Tabla 6:
Constituciones influenciadas por el catolicismo

Constitución de 1823	Constitución de 1860
-------------------------	-------------------------

Fuente: Elaboración propia

e) Tendencia demagógica

Entendida como la degeneración de la democracia, y consiste en que los gobernantes mediante argucias, concesiones y halagos dirigidos hacia las emociones elementales de los ciudadanos, tratan de conseguir o mantenerse en el poder. Así se caracterizaron los detentadores de gobierno en los siguientes textos fundamentales (ver tabla 7).

Tabla 7:
Constituciones influenciadas por la demagogia

Augusto B. Leguía Constitución de 1920	Alberto Fujimori Constitución de 1993
---	--

Fuente: Elaboración propia

3.2.2. *Influencia plural de factores jurídico-constitucionales*

Hemos detectado los que a continuación describimos:

a) Exclusión de las cláusulas de permanencia: nociones acerca de la rigidez constitucional.

De las doce (12) constituciones analizadas en el artículo académico que nos convoca en esta oportunidad, todas sin excepción alguna han desarrollado nociones básicas sobre rigidez constitucional, al haber establecido en su estructura normativa, mecanismos distintos al procedimiento ordinario para emprender y orientar la reformat del texto supremo. Sin embargo, en la mayoría de ellas se ha presentado notoriamente una peculiar tendencia, consistente en haber omitido la inclusión de las denominadas cláusulas de permanencia constitucional⁽¹¹⁾, con las únicas excepciones contenidas en las cartas de 1828, 1979 y 1993. Es por ello que en el siguiente cuadro comparativo, logramos apreciar con mayor claridad dicho influjo (ver tabla 8)⁽¹²⁾.

Tabla 8:

Cláusulas de permanencia, y nociones de rigidez

Texto constitucional:	Cláusula de permanencia:	Nociones de rigidez:
1. Constitución de 1823.	Omitió consagrarla.	En su Art.192.
2. Constitución de 1826.	Omitió consagrarla.	En su Art.140.
3. Constitución de 1828.	En su Art. 176 ¹² .	En su Art.176.
4. Constitución de 1834.	Omitió consagrarla.	En su Art.187.
5. Constitución de 1839.	Omitió consagrarla.	En su Art.192.
6. Constitución de 1856.	Omitió consagrarla.	En su Art.134.

⁽¹¹⁾ Cumplen un rol fundamental al impedir que la Constitución sea cambiada o dejada de lado por futuros gobiernos golpistas.

Mal denominadas cláusulas pétreas. Consideramos que el uso del término «pétreo» es inapropiado en el ámbito jurídico- legal, pues según la doctrina italiana de la Ingeniería Constitucional, todo ordenamiento por mínimo que sea, requiere imprescindiblemente de un procedimiento dinámico de adecuación normativa en el tiempo, sin conllevar necesariamente a la destrucción total del máximo nivel jerárquico, la Constitución.

⁽¹²⁾ **Constitución de 1828 en su Artículo 176**, que a la letra indica: «Esta Constitución se conservará sin alteración ni reforma por cinco años, desde la fecha de su publicación» (Palacios Dextre Darío y Monge Guillergua Ruth, 2004, p. 82).

7. Constitución de 1860.	Omitió consagrarla.	En su Art.131.
8. Constitución de 1867.	Omitió consagrarla.	En su Art.131.
9. Constitución de 1920.	Omitió consagrarla.	En su Art.160.
10. Constitución de 1933.	Omitió consagrarla.	En su Art.236.
11. Constitución de 1979.	En su Art. 307 ¹³ .	En su Art.306.
12. Constitución de 1993.	En su Art. 38 ¹⁴ y 46 ¹⁵ .	En su Art.206.

Fuente: Elaboración propia

b) Ausencia normativa que busque incentivar el sentimiento constitucional peruano

Se puede advertir que en la mayoría de los textos examinados, se hace evidente una tendencia o predisposición casi constante, relacionada íntegramente con la ausencia de normas constitucionales que propugnen incentivar en la población peruana un sentimiento de adhesión hacia su Constitución⁽¹⁶⁾, claro está, con las únicas excepciones contenidas en las cartas fundamentales de 1979 y 1993. Ante ello, en el siguiente cuadro comparativo logramos observar con mayor claridad la influencia de esta tendencia (ver tabla 9).

(13) **Constitución de 1979, en su Artículo 307**, que: Esta Constitución no pierde su vigencia ni deja de observarse por acto de fuerza o cuando fuere derogada por cualquier otro medio distinto del que ella misma dispone [...] (Ruiz Eldredge, 1980, pág. 335).

(14) **Constitución de 1993 en su Artículo 38**, que a la letra indica: Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación» (Chanamé Orbe, 2011, pág. 82).

(15) **Constitución de 1993 en su Artículo 46**, que a la letra indica: Nadie debe obediencia a un gobierno usurpador, ni a quienes asumen funciones públicas en violación de la Constitución y de las leyes. La población tiene derecho de insurgencia en defensa del orden constitucional [...] (Chanamé Orbe, 2011, p. 92).

(16) El reconocido jurista y politólogo alemán Karl Loewenstein, en su Teoría de la Constitución publicada en 1965, acuña el concepto de sentimiento constitucional, al señalar que es especie de «[...] conciencia de la comunidad que trascendiendo a todos los antagonismos y tensiones politicopartidarias, economicosociales, religiosos o de otro tipo, integra a detentadores y destinatarios del poder en el marco de un orden comunitario obligatorio, justamente la constitución, sometiendo el proceso político a los intereses de la comunidad» (Loewenstein, 1965, p. 200).

Tabla 9:
Ausencia normativa del sentimiento constitucional

Texto constitucional:	Configuración normativa del sentimiento constitucional:
1. Constitución de 1823.	No incentivó el sentimiento constitucional.
2. Constitución de 1826.	No incentivó el sentimiento constitucional.
3. Constitución de 1828.	No incentivó el sentimiento constitucional.
4. Constitución de 1834.	No incentivó el sentimiento constitucional.
5. Constitución de 1839.	No incentivó el sentimiento constitucional.
6. Constitución de 1856.	No incentivó el sentimiento constitucional.
7. Constitución de 1860.	No incentivó el sentimiento constitucional.
8. Constitución de 1867.	No incentivó el sentimiento constitucional.
9. Constitución de 1920.	No incentivó el sentimiento constitucional.
10. Constitución de 1933.	No incentivó el sentimiento constitucional.
11. Constitución de 1979.	Lo incentivó por primera vez, en su Art. 22 ⁵ .
12. Constitución de 1993.	Lo incentiva en sus Arts. 146, 387 y 46 ⁸ .

Fuente: Elaboración propia

IV. Conclusión: revelando el resultado de la influencia plural de factores

4.1. Para el caso en estudio, la convulsionada historia político-constitucional del Perú, comprende el periodo republicano que abarca desde 1823 hasta 1993, periodo dentro del cual hemos promulgado doce (12) profusos textos constitu-

(17) **Constitución de 1979 en su Artículo 22**, que a la letra indica: «[...] La enseñanza sistemática de la Constitución y de los derechos humanos es obligatoria en los centros de educación civiles y militares y en todos los niveles [...]» (Ruiz Eldredge, 1980, pág. 54 y 55).

(18) **Constitución de 1993 en su Artículo 14**, que a la letra indica: «[...] La formación ética y cívica y la enseñanza de la Constitución y de los derechos humanos son obligatorias en todo el proceso educativo civil o militar [...]» (Palacios Dextre Darío y Monge Guillergua Ruth, 2004, pág. 367).

(19) **Constitución de 1993 en su Artículo 38**, que a la letra indica: «Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación» (Chanamé Orbe, 2011, p. 82).

(20) **Constitución de 1993 en su Artículo 46**, que a la letra indica: «Nadie debe obediencia a un gobierno usurpador, ni a quienes asumen funciones públicas en violación de la Constitución y de las leyes. La población tiene derecho de insurgencia en defensa del orden constitucional [...]» (Chanamé Orbe, 2011, p. 92).

cionales, los cuales fueron: Constitución de 1823; 1826; 1828; 1834; 1839; 1856; 1867; 1920; 1933; 1979; y finalmente la vigente Constitución de 1993;

- 4.2. Ante ello, en el periodo republicano indicado, hemos podido identificar una influencia plural de factores, definida como el influjo múltiple de tendencias o predisposiciones de corte netamente político; y en su caso, aquellas tendencias o predisposiciones de corte eminentemente jurídico-constitucional;
- 4.3. Siendo así, dentro de la influencia plural de factores con un corte netamente político, se logró identificar las siguientes tendencias: La presencia hegemónica del Caudillaje Militar; la pugna entre la Tendencia Unitaria versus la Tendencia Federal; la pugna entre la Tendencia Liberal y la Tendencia Socialista; el Estado Confesional; y la Tendencia Demagógica;
- 4.4. A su turno, dentro de la influencia plural de factores con un corte eminentemente jurídico-constitucional, se logró identificar las siguientes tendencias: La exclusión, en la mayoría de los textos fundamentales, de las cláusulas de permanencia; y la carencia de una configuración normativa del sentimiento constitucional;
- 4.5. De las tendencias identificadas en el presente trabajo, se ha logrado determinar que una de las predisposiciones con mayor influencia en nuestra historia constitucional republicana, ha sido la presencia hegemónica del Caudillaje Militar. Hecho que ha significado para el Perú, el contar con nueve (9) textos dictados por gobiernos militares;
- 4.6. En consecuencia, hemos logrado advertir que en nuestra Historia Político-Constitucional, ha existido y está latente, la presencia de una regla histórica negativa, profusa en la emisión de textos constitucionales, pero casi nula en la creación de una conciencia constitucional en la ciudadanía;
- 4.7. Por tal motivo, se ha podido establecer que en la vigencia de nuestros textos fundamentales, debido a la influencia plural de factores ya explicada, se instituyó una constante falta de vocación de permanencia, entendida como la inestabilidad de una Constitución en el tiempo. Inestabilidad que ha provocado a su vez, escasez de sentimiento constitucional en el Perú, es decir, la ausencia de una conciencia social en la ciudadanía que permita proteger y respetar la Constitución como ley más importante y trascendental de nuestro sistema jurídico. En otros términos, la idea de Constitución se ha visto totalmente trastocada o errada en demasía, pues en lugar de haber sido considerada como una norma perdurable en el tiempo, es decir con vocación de permanencia, que contiene los principios y valores cívicos, políticos y éticos más importantes

de nuestra sociedad, fue y es vista en realidad como un simple y pasajero plan de gobierno, hecho a la medida específica de quien ostenta el poder.

V. Lista de referencias

- ALZAMORA SILVA, L. *Estudios Constitucionales*. Segunda edición. Lima: Grijley, 2004.
- CHANAMÉ ORBE, R. *La Constitución de todos los peruanos*. Lima, Perú: Cultura Peruana, 2011.
- CHANAMÉ ORBE, R. *Conocimientos Básicos de la Constitución*. Lima, Perú: Jurista Editores, 2004.
- CHANAMÉ ORBE, R. Lima, Perú: Cultura Peruana, 2011.
- HENRÍQUEZ FRANCO, H. *Derecho Constitucional*. Lima: Fecat, 2001.
- LOEWENSTEIN, K. *Teoría de la Constitución*. (A. G. Anabitarte, Trad.) Impreso en España: Ariel-Barcelona, 1965.
- LA ROUSSE. *Diccionario enciclopédico ilustrado*. Buenos Aires, Argentina: Larousse, 1959. Microsoft® Encarta® 2018. © 1993-2018 Microsoft Corporation.
- PALACIOS DEXTRE D. y MONGE GUILLERGUÍA R. *Las Constituciones del Perú, 1823-1993*. Lima: Editorial Fecat, 2004.
- Perú-Congreso, R. Archivo Digital de la Legislación del Perú. Lima, Perú, 2018. Obtenido de <http://www.leyes.congreso.gob.pe/>
- RUIZ ELDREDGE, A. *La Constitución Comentada 1979*. Lima, Perú, 1980.
- SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, recaída en el Exp. N.º 014-2002-AI/TC. Normas Legales, El Peruano, fundamentos N.º 38, 39, 72 y 76.
- SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, recaída en el Exp. N.º 014-2003-AI/TC. Normas Legales, El Peruano, fundamentos N.º 9 y 9b.

La cultura como elemento dinámico del Estado en el reconocimiento de los Derechos de los Pueblos Indígenas

Culture as a dynamic element of the state in the recognition of the rights of indigenous peoples

LÓPEZ NÚÑEZ, José Luis(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Acerca del papel de la teoría del estado y el elemento cultural dinamizador. III. Los derechos fundamentales respecto de la teoría del estado y la postura iusfilosófica asumida por este. IV. Llamado al respeto de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas. V. Conclusiones. VI. Lista de referencias.

Resumen: El reconocimiento de la autonomía de los pueblos indígenas y tribales, se está desarrollando en nuestro país en el contexto de una liberalidad realizada por la sociedad peruana imperante, por el que les conceden a estos grupos minoritarios el reconocimiento de determinados derechos y potestades que, según se argumenta, les corresponden naturalmente; a ello se le denomina pluralismo cultural, mismo que se ha conformado teniendo como base el respeto de los grupos culturalmente distintos; no obstante, ¿Consti-

(*) Docente de pre y posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca. Magister en Derecho Constitucional. Doctorando de la Escuela de Posgrado de la UNC.

tuyen las concesiones antes dichas una muestra de respeto en tono con el pluriculturalismo?; la absolución de esta interrogante es el propósito del presente artículo que ha sido organizado en virtud de una revisión sistemática cualitativa previa de fuentes teóricas y dogmáticas acerca de la cultura como elemento dinámico del Estado, derechos fundamentales y pueblos indígenas; para lo cual se ha utilizado el análisis documental y la argumentación; alcanzándose como resultado que los derechos reconocidos por nuestro sistema jurídico a los pueblos indígenas, constituyen una expresión de monismo cultural y no de pluriculturalismo.

Abstract: he recognition of the autonomy of indigenous and tribal peoples is being developed in our country in the context of a liberality carried out by the prevailing Peruvian society, whereby they grant these minority groups the recognition of certain rights and powers that, according to it is argued, they correspond naturally; This is called cultural pluralism, which has been shaped based on respect for culturally distinct groups; However, are the concessions mentioned above a sign of respect in tune with multiculturalism ?; the absolution of this question is the purpose of this article that has been organized by virtue of a prior qualitative systematic review of theoretical and dogmatic sources about culture as a dynamic element of the State, fundamental rights and indigenous peoples; for which the documentary analysis and the argumentation have been used; reaching as a result that the rights recognized by our legal system to indigenous peoples constitute an expression of cultural monism and not pluriculturalism.

I. Introducción

En un anterior artículo se hizo ya la disquisición entre monismo cultural y pluralismo cultural o pluriculturalismo (López Núñez, 2018), identificando al primero como aquel fenómeno en el cual la cultura imperante es la que subyuga a la demás culturas existentes en un ámbito territorial determinado, por acción de la fuerza, aprovechando el poderío superior con el que cuenta, ya sea por razones armamentistas, económicas, políticas, sociales, propiamente culturales, o por la confluencia de dos o más de estas razones; en cambio, el pluralismo cultural, es aquella situación en la que varias culturas conviven en pleno respeto de su autonomía cultural y, con ello, de su autonomía política, económica y social.

No obstante, esta vez, la discusión pretende ir más allá, al ámbito estatal, habida cuenta que, aquella creación de la sociedad occidental que se ha venido a denominar Estado, es el reconocimiento de una realidad derivada de la naturaleza del ser humano, la capacidad de organizarse, capacidad que se traduce en actuaciones políticas o en regulaciones jurídicas y que, se encuentra en constante construcción; vale decir que, el Estado

no es un concepto acabado, sino que traspasa las fronteras conceptuales determinadas en la ilustración y por su propia evolución en espacios de tradición europea.

La denominación Estado, entonces, ha venido a recoger elementos materiales que se presentan en cualquier sociedad, sea como fuere que se denominen; esto es, la población, el territorio, el poder soberano (Jellinek, 2005), a los cuales denomino materiales porque fueron reconocidos formalmente por los teóricos de la ilustración, pero de las constataciones fácticas propias del despertar de aquella época y, debido a que, tales elementos podrían ser identificados en cualquier sociedad, sea que esta se adscriba o no a la estructura teórica planteada desde el siglo XVIII.

En ese tenor, la población, siempre podrá ser identificada en cualquier sociedad, lo mismo que el territorio en el que se desenvuelve y, finalmente, el poder ejercido dentro de la misma, la dinámica con la que se cuenta para ello; no obstante, todos estos elementos reconocidos inicialmente, cuentan con un elemento dinamizador, denominado cultura (Häberle, 2001), el cual también es material, no le hace falta el reconocimiento formal al que estamos acostumbrados en nuestra raigambre europeo continental, sino que se presenta naturalmente en la convivencia dentro de cualquier sociedad.

Se insiste tanto en el talante naturalista de estos elementos, llamados por nosotros elementos del Estado, debido a que, con las construcciones teóricas que se han elaborado en las teorías políticas y jurídicas, se ha pretendido tenerlas como ideologías, construcciones abstractas dentro del constitucionalismo, cuando en realidad son expresiones materiales de toda sociedad.

En este entendido, no pueden ser limitadas por las clasificaciones hechas por nuestra teoría, vale decir, la determinación de si un Estado es unitario o federado (Loewenstein, 1976) no es un asunto que se mire o deba mirar formalmente, sino materialmente. Así, si miramos a países como el Perú, podrá constataarse que, a pesar de ser llamado formalmente un Estado Unitario y haber sido consignado así en el máximo documento jurídico y político del país, en realidad, cuenta con muchos Estados, es decir, varias agrupaciones sociales que presentan su propia población, ocupan un territorio determinado y ejercen su poder soberano en virtud de determinada autonomía cultural; podemos caer en la cuenta de que, la categoría de Estado unitario, le ha sido indebidamente reconocida o impuesta por personajes que forman parte de este grupo mayoritario de poder que, no ven la realidad de nuestro país más allá de sus escritorios o de su pretendido estrato social.

Es decir, en el Perú, todavía entendemos a las culturas minoritarias desde una mirada monista, como pueblos a los que hay que imponerles figuras propias, pero ello no es exclusividad de los peruanos, sino que ha sido trazado así desde los re-

conocimientos internacionales, tales como el Convenio 107 de la OIT (Conferencia General de la Organización Internacional de Trabajo, 1957) y el Convenio 169 de la OIT (Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, 1989), cuyas formulaciones en favor de los pueblos indígenas y tribales, son en realidad, concesiones de las sociedades imperantes a las sociedades minoritarias, mismas que deben actuar en respeto de las construcciones teóricas y dogmáticas propuestas, por considerarse correctas, como por ejemplo, los derechos humanos y fundamentales.

II. Acerca del papel de la teoría del estado y el elemento cultural dinamizador

Existe, en definitiva, una íntima relación entre las ocurrencias reales, fácticas, que determinan la configuración de los pueblos, cualquiera sea su estructura, y además, los valores que en estos se construyen y la influencia de estos últimos en las reglas que cada uno de sus integrantes debe respetar, pues, la historia humana es un «processo dramático de conversão de valores em fins e de crises culturais resultantes da perda de força axiológica, verificada em fins que uma nova geração se recusa a «reconhecer»»⁽²¹⁾ (Reale, 2002, p. 380); vale decir que, la construcción de valores jurídicos, a través de la teoría o de la *iusfilosofía*, no se desenvuelve de manera independiente a los fines contemplados en las normas vistas como reglas sociales, ni estas, de las vivencias y necesidades de determinada sociedad; sino que, todos estos confluyen para la construcción de un Estado y, con este, de un sistema jurídico eficiente para mantener su orden.

La teoría del Estado, entonces, ha construido valores, político-jurídicos, que le han sido eficientes a la organización de nuestro Estado, llámese, la idea o conformación de un parlamento, como órgano que ejerce el poder legislativo; de una presidencia de la república o primer ministerio, de los ministerios, los gobiernos o alcaldías, como órganos que ejercen el poder ejecutivo; de las cortes, juzgados, fiscalías, entre otros, encargados de ejercer el poder judicial.

Todos estos formalmente reconocidos y conformados, definidos en la Constitución y las leyes; no obstante, no todos los valores del Estado han sido construidos por la teoría del Estado, sino, que son el producto del reconocimiento de valores superiores preexistentes, o al menos así comprendidos, tal y como ocurre con los derechos fundamentales, o con aquellos valores que se desprenden de la propia convivencia de los seres humanos en tanto seres sociales y políticos.

(21) TRADUCCIÓN: proceso dramático de conversión de valores en fines y de crisis culturales resultantes de la pérdida de fuerza axiológica verificada en fines que una nueva generación se niega a reconocer.

Así, la teoría del Estado ha reconocido la existencia de los elementos del Estado que, de manera clásica señalan al territorio, la población y el poder (Jellinek, 2005, Cap. Trece); mismos que determinan, no solamente su construcción política, el fundamento de su creación, sino que, son reforzados gracias a las prescripciones jurídicas que, en nuestro tipo de Estado, de tradición liberal, se han contemplado en la denominada Constitución Política y, desde ahí, hacia el resto de normas de nuestro sistema jurídico.

La teoría del Estado, entonces, es uno de los pilares para la discusión y conformación de los valores a ser reconocidos en determinado Estado, pero, sus formulaciones no deben tenerse más como reconocimientos abstractos, factibles de ser impuestos; vale decir, la construcción de los Estados, no debe ser el resultado de la aplicación de formulaciones teóricas solamente, sino, de reconocer cómo es que dichas formulaciones teóricas se materializan o se pueden materializar en una determinada sociedad.

Vale señalar que, el Perú no debe ser considerado un país unitario y republicano porque así lo diga la Constitución formal, o porque así lo han reconocido las diferentes asambleas o congresos constituyentes históricamente, sino que el paso obligado para reconocerle tal categoría debe ser la constatación real, material, de tal situación, asunto que nunca se ha presentado puesto que este punto jamás ha sido discutido o sometido a referéndum en los diferentes grupos culturalmente distintos.

El Perú es un país con multiplicidad de culturas, pero no son todas estas culturas las que participan en la construcción de la Constitución formal, no son todas estas culturas las que establecen el tipo de Estado o el tipo de Gobierno, el contenido de los derechos fundamentales o de la estructura de los organismos autónomos, sino, la tradición o el sistema que hemos decidido imitar o, si se revisan las discusiones para las modificaciones constitucionales (Ramos Núñez, 2018), se caerá en la cuenta que históricamente han sido las ideologías de los grupos políticos imperantes las que han determinado el tipo de Estado y Gobierno, así como el corte de la Constitución.

Entonces, aquellos aportes de la Teoría del Estado, por el que se sustenta que son los elementos del Estado los que confluyen para conformar un poder constituyente y que, este poder constituyente es el que conforma una constitución en la que se establece el contenido de los Derechos Fundamentales y la estructura del Estado que va a encargarse de su protección, no es más que una formulación abstracta, vacía, que en la realidad peruana nunca se ha presentado; puesto que los peruanos hemos preferido adoptar figuras importadas sin constatar si estas se arreglan a la conformación social.

III. Los derechos fundamentales respecto de la teoría del estado y la postura iusfilosófica asumida por este

La teoría del Estado, que conforma el Estado Liberal, cuya conformación básica se ha mantenido hasta la actualidad; es decir, aquella idea de que es el pueblo que ejerciendo su poder soberano en un territorio determinado ejerce el poder constituyente para conformar un poder constituido que asegure la tutela de sus derechos, entre estos, los derechos fundamentales; ha sido transcrita por nuestro país.

Con ella, también se ha asumido la idea de que los derechos fundamentales, en el sentido de derechos morales, «fuertes, absolutos, anteriores a la ley y mayores que ella» (Pereira Menaut, 2011, p. 579), devienen de la propia naturaleza del ser humano y son, por tanto, anteriores al Estado y la organización social y política, asimismo, superiores y universales.

Esta es la idea preconcebida en nuestro sistema. Es por ello que se apoya la imposición convencional del contenido de Estos Derechos a los Estados parte, es por ello que se los reconoce en Declaraciones o tratados que luego son suscritos e impuestos a cada Estado que los ratifica, es por esto que pretenden ser impuestos a todos los pobladores de dicho Estado, se encuentren o no de acuerdo, puesto que han sido sus representantes los que han suscrito tales tratados.

No obstante, nuevamente, se trata de una falacia que, a pesar de que puede encontrarse de acuerdo con la teoría de la representación y con la idea de un poder constituido ejerciendo el poder delegado por el poder constituyente, formalmente hablando, en el ámbito material, no ocurre así, en ese sentido, no puede decirse que el Perú sea un país pluricultural, puesto que el solo reconocimiento de la diversidad cultural no implica pluriculturalismo, sino que, es el respeto de las diversas cosmovisiones las que lo configuran y, en el caso particular de la imposición de los derechos fundamentales que se pretenden universales, se destruye por completo dicho respeto.

Así, es imposible sustentar que el Derecho peruano, las normas constitucionales, las medidas legislativas y las medidas administrativas sean pluriculturales, puesto que al imponer contenidos de derechos fundamentales y, lo que es peor, al crear derechos fundamentales para los integrantes de los pueblos indígenas o tribales sin su participación en la creación de tales derechos, se sigue manteniendo el monismo cultural, solo que de manera camuflada.

IV. Llamado al respeto de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas

Con lo dicho, el respeto de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas o tribales, no pasa por la creación nuestra de tales derechos, puesto que las impresiones que podamos tener sobre lo que les es conveniente o no, corresponden a nuestra cosmovisión, no a la suya.

Resulta sumamente ilegítimo que pretendamos crear el contenido del derecho a la consulta previa, desde una Convención Internacional, con la participación del los representantes de los pueblos indígenas democráticamente designados para tal actuación, puesto que, según nuestra propia teoría, la conformación de los derechos fundamentales no resulta de un acuerdo de legisladores, sino de las propias vivencias, de la propia naturaleza de los grupos.

Es decir, no es posible que quienes vivimos fuera de un grupo o pueblo indígena o tribal determinemos el contenido de sus derechos fundamentales, porque nos encontramos en la imposibilidad de comprender que es y que no es fundamental en su propia concepción; por lo tanto, no es posible que con nuestras perspectivas fijemos un derecho a la consulta previa pretendiendo que opere en favor de los grupos indígenas o tribales, puesto que no somos capaces de comprender, que conciben ellos como beneficioso para su vivir. Es por ello que se han generado los múltiples conflictos entre los gobiernos de los Estados y los pueblos indígenas o tribales cuando se intentan implantar medidas administrativas o legislativas en sus territorios.

Asimismo, es totalmente irracional pretender que un grupo indígena o tribal sea sometido a nuestra estructuras jurídicas, que se les exija inscripción en registros públicos, junta directiva, reunión en asambleas, libros de actas, entre otros, puesto que estas figuras no les corresponden y no les pueden ser impuestas a cambio de beneficios; ello, lejos de constituir un respeto al pluriculturalismo y preocupación por su tutela, no es más que un monismo cultural encubierto que no se preocupa por comprender o por convivir con modos de pensar y estructuras sociales distintas.

Finalmente, entender a los pobladores de la zona rural como pueblos indígenas o culturalmente distintos, sin haber realizado un estudio antropológico que sustente tal distinción, no es más que el rezago de una sociedad clasista, discriminadora, incapaz de reconocer que en el Perú actual, ser poblador de la zona rural no es sinónimo de formar parte de un pueblo indígena o tribal, sin desconocer la existencia de estos grupos en el país, sino que, ser poblador de la zona rural, puede también involucrar un estilo de vida de personas perfectamente integradas

a nuestra sociedad, a nuestras costumbres, a nuestra cultura, pero que viven en el campo; en ese sentido, no puede reconocerse costumbres diferenciadas a todos los pobladores rurales, sino únicamente a quienes cuentan con un sistema independiente culturalmente hablando; así, las concesiones diferenciadoras antes dichas no constituyen una muestra de respeto en tono con el pluriculturalismo.

V. Conclusiones

- 5.1. La denominación Estado recoge una serie de fenómenos materiales que se constituyen en elementos de la organización de una sociedad determinada y que, materialmente se encuentran presentes con independencia de la denominación que se les otorgue.
- 5.2. Lo que nuestra cultura denomina elementos del Estado, son elementos materiales que se encuentran presentes en cualquier organización social, la población, el territorio, el poder soberano y la cultura como elemento dinamizador de los tres anteriores, estos, también se presentan en los pueblos indígenas, por lo que estos deben ser reconocidos como Estados independientes.
- 5.3. El reconocimiento del pluriculturalismo en el Perú da cuenta de su carácter no unitario; no obstante, el reconocimiento formal de tal carácter, sirve como justificante para un desconocimiento material del pluriculturalismo y para la imposición de figuras, instituciones o derechos creados por nuestra sociedad a las sociedades minoritarias denominadas pueblos indígenas, lo que en realidad representa la supervivencia del monismo cultural.
- 5.4. Los derechos creados por nuestra sociedad, como ocurre con la consulta previa, no pueden pretenderse derechos de los pueblos indígenas porque no son estos los que los han creado; vale decir, no pueden existir derechos importados o impuestos, puesto que los derechos deben originarse de la necesidad y características de la población que va a beneficiarse con estos.

VI. Lista de referencias

- CONFERENCIA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO. (1957). C107 - Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales. 40 reunión CIT. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo. Obtenido de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C107
- CONFERENCIA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. (27 de junio de 1989). Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.

Convenio 169 de la OIT. Ginebra, Ginebra, Suiza: Organización Internacional de Trabajo.

HÄBERLE, P. *El Estado Constitucional.* México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

JELLINEK, G. *Teoría General del Estado.* Montevideo - Buenos Aires: B de la F Ltda - Euros Editores S.R.L, 2005.

LOEWENSTEIN, K. *Teoría de la Constitución.* Barcelona: Ariel, 1976.

LÓPEZ NÚÑEZ, J. L. Jurisdicción culturalista ¿Cuestión de sangr o cuestión de vino? *Quaestio Iuris*, 2018.

PEREIRA MENAUT, A. *En defensa de la Constitución.* Lima: Palestra editores, 2011.

RAMOS NÚÑEZ, C. *La letra de la ley. Historia de las Constituciones del Perú.* Lima: Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Constitucionales, 2018.

REALE, M. *Filosofia do Direito.* São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

Competencias, mecanismos jurídicos y espacios de los gobiernos subnacionales para vincularse internacionalmente

Competences, legal mechanisms and spaces of subnational governments to link up internationally

DÁVILA ELGUERA, Daél Carlos(*)

SUMARIO: I. Introducción: el Perú en actual la coyuntura internacional. II. Aparición de los gobiernos subnacionales en el escenario internacional. III. Competencias de los gobiernos subnacionales para vincularse internacionalmente. IV. Mecanismos jurídicos de los gobiernos subnacionales para vincularse internacionalmente. V. Los gobiernos subnacionales y los objetivos de política exterior. VI. Mecanismos de los gobiernos subnacionales para vincularse internacionalmente. VII. Conclusiones. VIII. Lista de referencias.

Resumen: El Estado ha dejado de ser el único actor en las relaciones internacionales para dar paso, entre diversos actores, a que los gobiernos subnacionales tengan competencias y mecanismos jurídicos para vincularse internacionalmente. Dichas competencias iniciadas con Constitución de 1979, han continuado en la Constitución de 1993 y producto de la descentralización se han materializado en las leyes orgánicas de gobiernos regionales y municipa-

(*) Diplomático, abogado y sociólogo con maestrías en Diplomacia y Relaciones Internacionales, Gerencia Social y Políticas Públicas. Email: ddavilae@ree.gob.pe

lidades. Actualmente, los gobiernos subnacionales cumplen un papel importante en los objetivos de política exterior peruana, pues a través de diversos mecanismos jurídicos fomentan la integración regional y posicionan al Perú como una potencia regional intermedia.

Abstract: The State has ceased to be the unique actor in international relations. Nowadays, subnational governments have legal competence to link internationally, whitening the framework of national foreign policy goals. Those competences, which were established in the 1979 Constitution have continued in the 1993 Constitution and, as a result of the process of decentralization, have enacted in the regional government and municipalities law. Currently subnational governments play an important role in Peruvian foreign policy objectives promoting regional integration.

Palabras claves: Relaciones internacionales, paradiplomacia, acuerdos de hermanamiento, acuerdos interinstitucionales y comité de frontera.

I. Introducción: el Perú en la actual coyuntura internacional

Durante mucho tiempo el Estado, constituido por sus elementos de población, territorio y gobierno fue considerado como el único y principal actor para relacionarse internacionalmente. Desde el punto de vista del Derecho Internacional Público, se considera al Estado como el único sujeto de derecho internacional con capacidad activa y pasiva, que manifiesta su voluntad y se obliga jurídicamente, a través del tratado, a su cumplimiento. Desde la óptica de la Ciencia Política – Relaciones Internacionales, el Estado es considerado el único actor con capacidad de influir en las relaciones de poder a nivel internacional para el logro de sus objetivos.

Tras el fin de la Guerra Fría, la hegemonía liberal se apoyó en el proceso de globalización de las comunicaciones, para que de manera bilateral o a través de nuevos organismos internacionales⁽¹⁾ se promoviera la apertura de mercados, la defensa por los derechos humanos y el sistema democrático⁽²⁾. Se esperaba que las

(1) En la doctrina del Derecho Internacional Público se considera que además de las organizaciones internacionales, son sujetos del derecho internacional los movimientos de liberación nacional, los cuales fueron nacieron a mediados del siglo XX y se otorgaba personería jurídica a los pueblos que luchan por su independencia. Del mismo modo, están los grupos beligerantes, que se sitúan en una lucha para sustituir al gobierno, para lo cual deben de dominar una porción del territorio, contar con un gobierno regular y una conducción organizada de la lucha, además de tener unas fuerzas armadas organizadas jerárquicamente, que usen distintivos y que porten armas en un lugar fijo y visible.

(2) En el caso peruano la Constitución de 1993, en el capítulo económico adoptó las recetas del Consenso de Washington, las cuales limitaban la intervención estatal en la economía y la apertura de mercados

organizaciones internacionales⁽³⁾ sean la plataforma para seguir expandiendo el orden liberal, en algunos casos con la participación del sector privado⁽⁴⁾.

Todo parecía indicar, siguiendo las ideas de Fukuyama, tras la globalización, expansión de la cultura de occidente y la apertura de mercados, se avecinaba el fin de la historia, como un escenario común a las naciones, sin mayores conflictos por diferencias ideológicas como las de bloques socialistas o capitalistas. Sin embargo, fue Huntington, cuyos análisis fueron los más indicados para afirmar que el presente sería un constante choque de civilizaciones, pues además de diferentes sistemas económicos se encuentran presentes en diferentes sociedades las diferencias culturales, sociales, étnicas y religiosas que buscan mantenerse a pesar de la globalización⁽⁵⁾.

En la actualidad, nos encontramos en un momento de bisagra pues la globalización ha traído consecuencias locales en diferentes Estados que están forzando a los sus políticos a tomar posiciones más nacionalistas. Los promotores del orden liberal han visto como las empresas han trasladado sus fábricas a países asiáticos donde los costos de producción son menores y con ello han dejado en el desempleo a poblaciones, quienes en algunos casos culpan a los migrantes como los causantes de las menores oportunidades laborales que existen en el mercado.

Del mismo modo, condenan la supremacía constitucional de algunos organismos internacionales, como la Unión Europea, que limita el libre ejercicio de políticas fiscales, laborales o migratorias. Por lo tanto muchos movimientos políticos nacionalistas y proteccionistas han florecido y han cuestionado el orden liberal que se vive en la actualidad.

(3) Desde la teoría de las relaciones internacionales, se busca explicar el comportamiento racional de los Estados y su participación en los organismos internacionales, asumiendo dicha participación será más activa en la medida que mayores beneficios lleve para el Estado participante y podrá obstruir su participación en la medida que sienta que pierda poder dentro de esos espacios. Bajo el análisis del Derecho Internacional Público, se concuerda en que la organización internacional es una asociación voluntaria de sujetos de Derecho Internacional con voluntad propia y destinada a alcanzar objetivos comunes (Brownlie, 1995). Las competencias de cada organización son derivadas y dependen de las competencias que hayan decidido brindar los Estados.

(4) Ejemplo de ello es la alianza del Pacífico, la cual promueve una integración profunda que impulse un mayor crecimiento económico y cuenta con un foro empresarial cuyas conclusiones son consideradas por los Estados.

(5) Los conflictos del 11 de setiembre y las posteriores guerras del presente siglo con grupos islamistas son el producto de los conflictos de grupos que se enfrentan a Estados, los que a su vez utilizan coaliciones y organizaciones internacionales defensivas para hacerles frente.

Del otro lado, aquellos países que se han visto beneficiados con el proceso de globalización, como China, se han convertido en los defensores del orden liberal y han establecido nuevos mecanismos para fomentar la integración económica como es la ruta de la seda, la cual busca promover el intercambio comercial mundial a través de la nueva ruta de la seda.

Mientras el escenario internacional se vuelve incierto a futuro, el Perú continúa con una política pragmática. Por un lado el multilateralismo es importante para países con un poder relativo, pues se convierte en la arena en la que se cuenta con un mayor margen de negociación y alianzas para los objetivos nacionales. Del mismo modo, los espacios económicos, son importantes de diversificar a fin de que las exportaciones peruanas no sean dependientes de un solo mercado a nivel internacional y la caída de ese mercado internacional no traiga demasiadas consecuencias negativas para Perú. Asimismo, el espacio multilateral es importante para la defensa de la democracia y los derechos humanos a nivel internacional.

El Perú, además de apostar por el multilateralismo, busca principalmente la integración regional con los países vecinos. Dicha integración tiene un marco supranacional en la Comunidad Andina de Naciones conformada por Colombia, Ecuador, Perú y Bolivia, el cual ha contribuido en generar un marco normativo en comercio, cadenas productivas, movilidad humana, seguridad social entre otros.

De manera bilateral Perú ha pasado de centrarse históricamente en el cierre de las fronteras terrestres marítimas para enfocarse en la integración a través de los mecanismos como son los Gabinetes Binacionales, los cuales decantan en una agenda binacional en el que los sectores nacionales acuerdan una serie de compromisos para el beneficio de las poblaciones.

II. Aparición de los gobiernos subnacionales peruanos en el escenario internacional

En el marco descrito líneas arriba, surge la pregunta si los actores subnacionales como son los gobiernos regionales y municipales cumplen algún rol en el escenario internacional. Para ello se hace importante analizar el proceso de descentralización que se inició en el año 2002, el que se inició con la Ley de Bases de Descentralización, en el año 2003, el que a su vez describió de manera general las competencias que debían de ser transferidas a los recién creados gobiernos regionales, para lo cual creó el Consejo Nacional de Descentralización.

El referido Consejo tuvo como objetivos diseñar un mapa de competencias que cada Ministerio podía transferir a las regiones cuando estas demuestren la capacidad técnica para recibir las (Consejo Nacional de Descentralización, 2016). Sin

embargo, en el 2004 no se logró contar con el Reglamento de la Ley del Sistema de Acreditación, por lo que se tuvo que omitir el proceso gradual y ordenado de transferencias. (Contraloría General de la República, 2016).

En tal sentido, el proceso de transferencia de competencias inició en el año 2003 con el primer bloque de programas y proyectos sociales que estuvieron a cargo del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (actual Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables)⁽⁶⁾. El segundo bloque de transferencias fue en el 2004 en los sectores de Agricultura, Comercio Exterior, Turismo, Energía y Minas y Producción⁽⁷⁾. El tercer bloque de transferencia inició en el año 2005 e incluyó los sectores de salud, transporte y comunicaciones. En el año 2007 se llevó a cabo el Shock Descentralizador, a fin de acelerar el proceso, permitiendo a los gobiernos regionales no acreditar todas las condiciones para recibir las competencias, les bastaba con el solo compromiso de ir implementándolos paulatinamente⁽⁸⁾.

Para el desarrollo de las competencias subnacionales, es importante analizar las competencias fiscales. Los gobiernos subnacionales tienen facultades tributarias muy limitadas, solamente pueden recibir transferencias financiadas por los impuestos nacionales, siendo los más comunes los de canon y regalías mineras, lo cual significa un amplio margen de discrecionalidad por parte del gobierno central al momento de transferir montos presupuestales a los gobiernos regionales.

Del mismo modo, al carecer de competencias fiscales, los gobiernos regionales no encuentran mayor interés en promover nuevas empresas o la formalización

(6) La transferencia de programas fue en dos etapas en la primera se transfirió el Programa de Complementación Alimentaria, el Programa Nacional de Asistencia Alimentaria y proyectos de Infraestructura Social y Productiva del Fondo de Cooperación para el Desarrollo. En una segunda etapa se transfirió el Programa Nacional de Nutrición, los Servicios de Protección Social y las Sociedades de Beneficencia Pública (USAID Perú, ProDescentralización, 2012, p 134).

(7) El informe de Descentralización de la Defensoría del Pueblo indica que este bloque competencias antes de ser transferido en el año 2004 tuvo que haber sido acompañado de un plan de capacitación, pero no fue posible porque el Reglamento de la Ley del Sistema de Acreditación no fue aprobado hasta finales de ese año. Por tal motivo el consejo Nacional de Descentralización dispuso de manera excepcional que se transfieran las competencias sin que las regiones estén acreditadas ni tengan las capacitaciones establecidas.

(8) En la actualidad según el último reporte de descentralización de la Secretaría Nacional de Descentralización, se han transferido el 93% de todas las competencias (Secretaría de Descentralización, 2017). La piedra angular para lograr la articulación entre diferentes niveles de gobierno, según el estudio de la OCDE sobre la Gobernanza Pública del Perú (OCDE, 2016), es que la planificación vaya de la mano con lo presupuestal. Para ello, el fortalecimiento de capacidades es clave en los diferentes niveles de gobierno, ya que existen duplicidad de funciones con limitados recursos.

de las mismas⁽⁹⁾. La actual distribución del canon genera una heterogeneidad de los recursos con los que cuentan diferentes gobiernos regionales.

En cuanto a los gobiernos locales, si bien tienen capacidad para recaudar impuestos, estos están condicionados al desarrollo urbano y comercial de sus jurisdicciones, siendo los que tienen mayor concentración de estos elementos, los que más recaudan, mientras que para los municipios rurales es más difícil la recaudación.

El balance del proceso de transferencia se puede analizar en diferentes niveles. En lo político se ha logrado establecer las competencias y relaciones de gobierno, aunque sigue siendo un reto definir las funciones que desarrollan cada sector y nivel de gobierno. Del mismo modo, se ha fortalecido la participación política en los niveles subnacionales, aunque se ha atomizado la competencia política sin lograr que los partidos políticos tengan una visión nacional como parte de los procesos políticos. Así mismo, la apertura de la población en espacios participativos ha aumentado los niveles de responsabilidad y vigilancia del gasto, aunque este tipo de participación política es muy poco representativa.

A nivel económico, la descentralización ha generado que cada región aumente sus niveles de competitividad, pero la ausencia de competencias fiscales no permite una competencia entre regiones por mayores beneficios tributarios para el desarrollo de inversiones sus territorios. En lo administrativo, cada vez más las regiones van aumentando sus capacidades para el uso del gasto público; sin embargo, el reto es el fortalecimiento de capacidades a través de la carrera administrativa. Finalmente, la descentralización del gasto público ha ido aumentando en el tiempo, aunque aún se hace necesario trabajo articulado por sectores y niveles de gobierno para la reducción de brechas.

III. Competencias de los gobiernos subnacionales peruanos para vincularse internacionalmente

Analizada la transferencia de competencias se examinará el marco legal que permite a los gobiernos subnacionales vincularse internacionalmente. Para ello, es importante analizar a los sujetos del derecho internacional, los cuales pueden ser de-

(9) Al respecto, es importante destacar el estudio hecho por Bird y Vaillacurt sobre el concepto de «pereza fiscal», al cual describen como la capacidad de deterioro que tienen los gobiernos descentralizados para no generar sus recursos propios a razón de la dependencia financiera del gobierno central (Bird & Vaillacourt, 1998, p. 133). Sin embargo, el estudio realizado por Radics señala que no hay indicadores de la existencia de una pereza fiscal a nivel provincial ya que las municipalidades distritales estimulan la recaudación de impuestos ya que esta aumenta el gasto corriente (Radics, 2012, p 245)..

finidos como aquellos que son destinatarios directos de una norma del orden jurídico internacional que les otorga un derecho u obligación (Armas Pfrter, 1998, p. 43).

Marco legal desde el derecho internacional público

La Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados 1969, en su artículo 6º señala que «Todo Estado tiene capacidad para celebrar tratados». Por lo tanto, para este marco jurídico internacional los únicos con subjetividad jurídica internacional serían los Estados⁽¹⁰⁾. Como afirma Enrique Noria (2000) en su tesis de la Academia Diplomática del Perú, el Derecho Internacional Público, la Convención no admite expresa, ni tácitamente, la subjetividad internacional de las entidades territoriales descentralizadas o estados federados, pero tampoco prohíbe que estas la posean, haciendo un reenvío interno a cada país (p. 76).

Entonces, queda a facultad de cada Estado precisar los derechos u obligaciones de sus gobiernos subnacionales. En el caso de los estados federados, al ser estos los que voluntariamente delegan parte de sus competencias sobre el Estado nacional, se determina en su Constitución los derechos para vincularse internacionalmente.

Por otro lado, en los Estados unitarios, el poder es centralizado y las posibilidades para vincularse internacionalmente son transferidas a los gobiernos subnacionales, bajo las limitaciones y consideraciones que este considere pertinente.

Se hace importante destacar que, aunque el derecho interno permita a los gobiernos subnacionales la capacidad para vincularse internacionalmente, esto significa que la responsabilidad internacional es asumida por los Estados. Al respecto, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 limitó la posibilidad de entes subnacionales o federales de poder vincularse internacionalmente y además estableció que ninguna parte podrá invocar disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de un tratado. Por lo tanto, los Estados deben de delimitar claramente las facultades son transferidas a los gobiernos subnacionales a fin de cumplir cabalmente con sus obligaciones internacionales.

(10) La comisión de Derecho Internacional durante sus trabajos en 1962, consideró de que la capacidad de los estados miembros en una unión federal dependa de su Constitución federal. La misma postura fue reafirmada en 1966 al señalar que los «Los estados miembros de una unión federal podrán tener capacidad para celebrar tratados, si esta posibilidad está admitida por la Constitución federal y dentro de los límites indicados por esta». Sin embargo en 1969, esta opción fue eliminada a pedido de Canadá debido a los asuntos de autodeterminación que tenía con Queber..

En el caso del Estado peruano fue en el marco de la Constitución de 1979 que se emitió la Ley de Bases de Regionalización en 1987, la cual señaló que los gobiernos regionales son competentes para proponer, apoyar y ejecutar las acciones de desarrollo, integración e intercambio fronterizo, de conformidad con los convenios y tratados internacionales vigentes según corresponda. El mismo cuerpo legal establece que son funciones del Presidente Regional, celebrar convenios con instituciones de la cooperación técnica internacional.

Marco legal desde el derecho nacional

El actual proceso de descentralización y regionalización ha permitido que las regiones tengan la competencia exclusiva para facilitar los procesos orientados a los mercados internacionales. Del mismo modo el gobernador regional tiene atribuciones para suscribir acuerdos de cooperación técnica internacional y el consejo regional promueve acciones de integración fronteriza en acuerdo con el Ministerio de Relaciones Exteriores.

Como marco general que permite a los gobiernos subnacionales vincularse internacionalmente se inicia con la Ley de Bases de Descentralización, la cual en su artículo 50 indica que los gobiernos regionales y locales pueden promover y mantener relación de cooperación técnica y financiera, además de poder celebrar y suscribir convenios con arreglo a ley. Añade que el gobierno nacional facilita y apoya la celebración de convenios internacionales promovidos por y en favor de los gobiernos subnacionales. El mismo cuerpo legal en el artículo 35, inciso g, indica como una competencia exclusiva de los gobiernos regionales el facilitar los procesos orientados a los mercados internacionales en sus actividades productivas.

Por su parte la ley Orgánica de Gobiernos regionales, Ley 27867, va de la mano con lo señalado en la Ley de Bases de Descentralización, al indicar en su artículo 16, inciso r, que son competencias exclusivas de estos gobiernos, facilitar los procesos orientados a los mercados internacionales en sus actividades productivas. Para ello, el mismo cuerpo legal en su artículo 54 inciso g, destaca que sus funciones en industria permite a los gobiernos regionales organizar ferias regionales para promover la participación de la región en eventos de similares a nivel internacional.

Del mismo modo, el artículo 21, inciso j, otorga a al gobernador regional la atribución de suscribir convenios o contratos con la cooperación técnica internacional, con el apoyo del Consejo Nacional de Descentralización, y de otras entidades públicas y privadas, en el marco de sus competencias. Para ello en sus funciones de desarrollo social e igualdad de oportunidades, la cooperación técnica internacional busca contribuir en la lucha contra la pobreza y promover el desarrollo.

Finalmente, el artículo 16, inciso r, indica que el Consejo Regional tiene como atribución proponer y desarrollar acciones de integración fronteriza de conformidad con los convenios y tratados Internacionales en acuerdo con el Ministerio Relaciones Exteriores. Para ello se coordina con la Dirección de Desarrollo Fronterizo de la Cancillería.

En lo que respecta a la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley 27972, estos niveles de gobierno, de acuerdo al artículo 9, numeral 26, pueden celebrar convenios de cooperación técnica internacional con aprobación del Consejo Municipal.

Asimismo, en lo que respecta a municipalidades de frontera, el artículo 17 inciso 3, señala que pueden suscribir convenios y protocolos de integración entre sí y con sus similares nacionales, con la asistencia del Consejo Nacional de Fronteras, con participación del Ministerio de Relaciones Exteriores.

La siguiente tabla resume la competencia y atribuciones que se han codificado en diversos cuerpos legales.

Cuadro 1
Resumen de competencias y atribuciones otorgadas
a los gobiernos subnacionales por su marco legal

Marco Legal	Desarrollo Fronterizo	Cooperación técnica internacional	Articulación a mercados internacionales
Ley de bases de Descentralización, Ley N.º 27783.	Los gobiernos regionales tienen competencia exclusiva para facilitar los procesos orientados a mercados internacionales y participar en eventos internacionales.	Permite a los gobiernos subnacionales promover y suscribir convenios en la materia con arreglo a la ley,	
Ley Orgánica de Gobiernos regionales, Ley 27867.		El gobernador regional puede suscribir convenios o contratos con la cooperación técnica internacional.	El consejo regional puede proponer y desarrollar acciones de integración fronteriza en acuerdo con Cancillería
Ley Orgánica de Municipalidades, Ley 27972.		El consejo municipal aprueba los convenios de cooperación técnica internacional	

Fuente: Ley de Bases de Descentralización, Ley Orgánica de Gobiernos regionales y Ley Orgánica de Municipalidad. Elaboración propia

IV. Mecanismos jurídicos para que los gobiernos se vinculen internacionalmente

Es importante destacar que los gobiernos subnacionales no tienen las competencias para firmar tratados. Lo que les corresponde, según el Decreto Supremo 031-2007, es la firma de acuerdos inter institucionales, las cuales vinculan hasta el límite de sus competencias a las instituciones públicas firmantes.

Mención importante merece los hermanamientos de ciudades que iniciaron en la década de 1980 con el objetivo de mantener la comunicación y promover la cooperación entre los niveles de gobierno subnacional entre dos países. Dichas experiencias de dialogo a nivel municipal se desarrolla como parte de las facultades de cooperación técnica internacional que tienen los niveles locales de gobierno y la cual ha sido conceptualizada como la paradiplomacia⁽¹¹⁾.

Una vez definidas las competencias que han sido transferidas a los gobiernos locales, es importante mencionar el rol que cumple el Ministerio de Relaciones Exteriores como el ente rector que se encarga de la política exterior peruana y como se vincula administrativamente con los gobiernos subnacionales.

Al respecto, en la Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Relaciones Exteriores, se destaca la coordinación que tiene el Ministerio con otros niveles de gobierno, para la implementación de las políticas nacionales y sectoriales, en particular la política nacional de fronteras e integración fronteriza, la cual es una de sus funciones específicas.

Para ello, la Dirección de Desarrollo e Integración Fronteriza tiene a su cargo las Oficinas Desconcentradas las cuales además de la ejecución de la estrategia de desarrollo fronterizo del país, se encargan de fortalecer las capacidades locales en la economía regional y mundial, apoyando el proceso de descentralización.

⁽¹¹⁾ Al respecto Zeraoui, (2007) señala que este concepto rompe con el esquema tradicional de la escuela realista, caracterizado por el centralismo, y permite las relaciones de los actores subnacionales la cual fue creciendo tras el fin de la Guerra Fría, la descentralización política y la globalización. La relación entre los gobiernos subnacionales podría verse como una actitud separatista si esta busca la independencia territorial, lo cual a criterio de Paquin se denomina protodiplomacia o bien podría ser la acción de las entidades sub-estatales sin una connotación independentista, lo cual se denomina paradiplomacia (Paquín, 2003, p. 43). En el caso peruano, el otorgamiento de competencias en cooperación técnica internacional, que permite el hermanamiento de ciudades, no busca la independencia de los territorios, por el contrario, busca la reafirmación territorial y la necesidad del trabajo conjunto en aspectos en las necesidades locales. Como afirma Mc Connell la diplomacia estatal se encarga del diálogo político entendido como macromanagment, mientras que la paradiplomacia se encarga de aspectos ligados al desarrollo local o micromanagment (Mc Donnell, 2006, p. 67).

V. Los gobiernos subnacionales y los objetivos de política exterior

Si bien cada Estado desarrolla su política exterior en base a sus intereses y los mismos confluyen con otras políticas exteriores de otros Estados, poca atención ha merecido los elementos internos en la construcción de la política exterior.

Desde el punto de vista de la teoría realista los conceptos claves desarrollados por Morgenthau son lucha por el poder, interés nacional y balance de poder, los cuales ayudan a comprender a los Estados viviendo en un mundo anárquico (Morgenthau, 1963, p. 114). Si bien los neorrealistas representados por Walts (1989) prestan especial atención a las influencias y condicionamiento que la estructura del sistema internacional tiene sobre la política exterior (p. 129), el principal actor sigue siendo el Estado, el cual basado sobre sus intereses⁽¹²⁾ entrará en un eventual balance de poder.

Los constructores de la política internacional estarán atentos a detectar aquellos intereses y posición de actores locales que le son claves a nivel nacional. Para ello el proceso de descentralización permite conocer el territorio, tener información clave sobre las fronteras y saber las potencialidades que ayudan a identificar el interés nacional. En dicho paradigma realista el único actor internacional es el Estado y sus hacedores de política ven en los gobiernos subnacionales fuentes de información.

Algo similar ocurre en la teoría idealista en la que Estado a través de sus aspiraciones en el progreso, su esperanza en el racionalismo expresado a través del derecho internacional público y la afirmación de una armonía natural, busca la paz a través de los organismos internacionales (Thompson, 1952, p. 42).

En dicha teoría se considera, que los sistemas democráticos reducen las posibilidades de guerra entre las naciones, pues evita la llegada de regímenes autoritarios en la que la voluntad de un solo actor determina su política exterior.

En tal sentido, la expansión democrática dentro de los Estados y por ende los procesos de descentralización son tomados en cuenta para los intereses nacionales a través de espacios de concertación, que puedan permitir una visión racional del Estado en la búsqueda de la paz. Por lo tanto, en el ejercicio de construcción de política exterior, los gobiernos subnacionales sirven para ampliar el sistema democrático y tener en consideración sus intereses que serán expresados por los Estados.

(12) El concepto de interés nacional, a criterio de Schellhorn (2005), es la suma de los intereses comunes y puede distinguirse aquellos que corresponden a intereses nacionales absolutos, como aquellos que aspira el Estado sin considerar el interlocutor, y los variables, como aquellos que son producto de la influencia ejercida por actores nacionales (p. 148).

La teoría del estructuralismo reduce el rol de los Estados y toma su centro de análisis en las relaciones económicas. Bajo el paradigma de análisis de la dependencia, desarrollado por Raúl Prebisch, las relaciones no son de cooperación sino de dependencia, conflicto y asimétricas, siendo la unidad de análisis el sistema capitalista mundial. Por lo tanto, no existe una distinción entre la esfera interna y la esfera internacional ya que los medios de producción determinan la superestructura de las relaciones internacionales.

Por ende, los procesos de descentralización y regionalización no son relevantes por cuanto son un reflejo de las relaciones económicas que ocurren en el plano interno de las naciones, pero que con relaciones económicas capitalistas se articulan sus pares en otras latitudes. Sin embargo, las relaciones pre capitalistas, llegan a depender del primer tipo de relaciones internacionales.

En el enfoque transfronterizo, la descentralización puede verse desde dos perspectivas la primera, en la que los gobiernos subnacionales, miembros de la sociedad civil, comercio y academia intercambian relaciones entre los diferentes lados de la frontera sin que esto tenga que necesariamente coincidir con la política exterior nacional; la segunda, es que la construcción de la política exterior debe tomar en cuenta la basta cantidad de relaciones internacionales que se desarrollan no solo en el plano transfronterizo, sino también con aquellos Estados no limítrofes, pero que en el que las dinámicas de intercambio son fluidas.

Bajo este enfoque, las competencias que tienen los gobiernos subnacionales para vincularse internacionalmente serán otorgadas por el gobierno central orientando de ese modo su participación en la agenda nacional de política exterior.

Se puede concluir que dependiendo de los lentes de interpretación para el análisis de las relaciones internacionales, el proceso de descentralización y regionalización tiene mayor o menor relevancia. En el caso de las teorías realistas, neorealistas e idealistas, los espacios interiores de los Estados sirven como fuente de información, principalmente para la construcción de la política internacional, con una clara definición de los intereses nacionales.

En el enfoque transnacionalista, a los actores subnacionales les han sido transferidas competencias para vincularse internacionalmente en el marco de los objetivos de política exterior. En ese sentido, se puede afirmar que la descentralización tiene importancia en aquellas competencias que son transferidas para un mejor flujo transnacional, pero la conducción de la política exterior sigue siendo potestad del gobierno central.

VI. Espacios de los gobiernos subnacionales para vincularse internacionalmente

Una vez analizada la actual coyuntura internacional, los objetivos de política exterior peruana de integración regional, las competencias y mecanismos jurídicos que tienen los gobiernos subnacionales para vincularse internacionalmente y la construcción de la política exterior desde la teoría de las relaciones internacionales, se hace importante destacar aquellos espacios de integración en los que participan los gobiernos subnacionales.

Para ello, se debe tener en cuenta que el Perú fomenta como una de sus políticas de Estado, el desarrollo de las poblaciones de frontera y la integración fronteriza. En tal sentido, el Ministerio de Relaciones Exteriores, a través de la Dirección de Desarrollo e Integración Fronteriza, promueve espacios de integración binacional que van de acorde a los objetivos de política exterior.

En el caso del Ecuador, se firmó en 1998 el Acuerdo Amplio Peruano – Ecuatoriano de Integración Fronteriza, Desarrollo y Vecindad, el cual creó tres Comité de Frontera entre las regiones fronterizas, Tumbes – El Oro, Piura – Loja y Cajamarca – Zamora Chinchipe. En su momento se consideró que dichos Comités se enfocarían en el tránsito de personas y mercancías y serían liderados por los gobernadores regionales, quienes en su momento dirigían las instituciones desconcentradas de diversos ministerios. Sin embargo, con el proceso de descentralización, ahora los gobiernos subnacionales acuerdan año a año diversos mecanismos para fomentar la integración regional, logrando con ello establecer una agenda de políticas públicas binacionales fronterizas.

En el caso con Colombia, si bien el Gobierno Regional no participa de un Comité de Frontera, mantiene estrechas relaciones con su par de Leticia y desarrollan diversos mecanismos de integración y desarrollo para las poblaciones amazónicas. Con Brasil, a la fecha se están reestructurando los Comités de Frontera. Con Bolivia se cuenta con un Comité de Frontera en el nivel amazónico y altiplánico que se realiza alternadamente año a año y que involucra a los gobiernos subnacionales. Finalmente con Chile se cuenta con el Comité de Integración de Desarrollo Fronterizo de las regiones Tacna y Arica, el cual aglutina a diversos actores locales.

En todos los casos, la vinculación que tienen los gobiernos subnacionales es importante para el logro de los objetivos de política exterior peruana, es una responsabilidad de los gobiernos subnacionales y el gobierno coordinar las diferentes acciones que permitan que la política exterior peruana contribuya con el desarrollo nacional.

VII. Conclusiones

Uno de los principales objetivos de la política exterior peruana es la integración regional, especialmente con los países vecinos. En tal sentido los gobiernos subnacionales juegan un papel importante al poder vincularse internacionalmente sobre las competencias que les han sido transferidas. Dichas competencias versan sobre desarrollo e integración fronteriza, cooperación internacional y promoción económica.

Los gobiernos subnacionales pueden comprometerse jurídica y no jurídica internacionalmente. Los acuerdos no vinculantes, que no demandan una vinculación jurídica, suelen hacerse a modo declarativo y tienen utilidad para resaltar el buen momento de la integración de los gobiernos subnacionales. Los acuerdos interinstitucionales, son el mecanismo jurídico para vincularse internacionalmente. Dichos acuerdos pueden ser celebrados por las entidades de la administración pública con los órganos gubernamentales extranjeros u organizaciones internacionales. Se celebra y suscribe conforme a reglas del derecho nacional y compromete únicamente a las entidades intervinientes, no requiriendo seguir un proceso de aprobación y/o ratificación de los tratados y no forman parte del derecho nacional peruano.

Los gobiernos subnacionales participan de la política exterior peruana, principalmente, a través de la integración fronteriza. En los Gabinetes Binacionales se cuenta con un eje de integración fronteriza, en la que desde el gobierno nacional se adoptan compromisos para la integración en zona de frontera. Del mismo modo, los Comités de Integración Fronteriza, une a dos regiones de frontera y a la fecha la agenda ha superado el tránsito fronterizo hasta abarcar una serie de compromisos en materia de desarrollo social y económico transfronterizo.

VIII. Lista de referencias

- BIRD, R., & VAILLANCOURT, F. *Fiscal decentralization in developing countries*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
- ALCALDE, J. Las relaciones económicas internacionales en la década del 80. *Estudios Internacionales*, 1981, 29105-135.
- ARCHER, C. *International organizations*. New York: Routledge, 2001.
- BOBBIO, N. *Estado, gobierno y sociedad*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1985.

- BROWNLIE, L. *Principles of Public International Law*. Oxford: Clarendon Press, 1995.
- BRUCE ST JOHN, R. Peruvian foreign policy in the new millennium: Continuity and change. *Revista del Instituto Riva Agüero*, 2017, pp. 65-119.
- COLGAN, J. Y ROBERT, K. The liberal order is rigged. *Foreign Affairs*, 2017, pp. 36-44.
- CUTI SÁNCHEZ, L. *La paradiplomacia en la integración fronteriza Perú-Brasil: el caso de la región de Madre de Dios y el Estado de Acre*. Lima: Academia Diplomática del Perú, 2010.
- DEL ARENAL, C. La teoría de las relaciones internacionales hoy: debates y paradigmas. *Estudios Internacionales*, 1998.
- FERNÁNDEZ VEGA, J. *What is populism?* Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2017.
- FORUM, W. E. *Europe What to watch out for in 2016-2017*. Council of Europe, 2016.
- FUKUYAMA, F. *El fin de la historia y el último hombre*. Buenos Aires: Paidá, 2002.
- GONZÁLES, R. Algunas reflexiones sobre una diplomacia multilateral contemporánea. *Instituto de Estudios Internacionales Universidad de Chile*, 1991, pp. 303-346.
- HATHAWAY, D. y SHAPIRO, S. *The internationalist*. New York: Simon & Schuster, 2017.
- HUNTINGTON, S. *El choque de civilizaciones*. Mexico D.F.: Debate, 2012.
- KEOHANE, R., & NYE, J. Transnational relations and world politics: an introduction. *Transnational relations and world politics*, 1971.
- KISSINGER, H. *El orden Mundial*. Mexico: Debate, 2017.
- LEVITSKY, S.; ZIBLATT, D. *How Democracies Die*. New York: Crown, 2018.
- MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES. *ABC del VIII Gabinete Binacional de Ministros Perú Ecuador*. Lima, 2016.
- MORGENTHAU, H. *La lucha por el poder y por la paz*. Buenos Aires: Sudamericana, 1963.
- NORIA, E. *Política Exterior del Perú y la Acción Exterior de sus gobiernos regionales y municipales, teoría, práctica y propuesta de reglamentación*. Lima: Academia Diplomática del Perú, 2000.
- OCDE. *Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública Perú: Gobernanza integrada para un crecimiento inclusivo*. Paris: OCDE, 2016.

RUIZ-ROSAS, R. *El proceso de regionalización del Perú y el Ministerio de Relaciones Exteriores*. Lima: Academia Diplomática del Perú, 1991.

SAMUEL, H. La política global de las civilizaciones. En S. Huntington, *El choque de civilizaciones*, 2016.

WALTS, N. *Man, The State and War. A Theoretical Analysis*. New York: Columbia University Press, 1959.

ZERAOUI, Z. *Qué es la paradiplomacia*. *Safe Democracy Fundation*, 2007. Obtenido de <http://spanish.safc.democracy.org/2007/02/20/que-es-la-paradiplomacia/>.

Constitución económica y los Derechos Sociales

Economic constitution and social rights

SALAZAR SOPLAPUCO, Jorge Luis(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Constitución económica. III. Constitución económica en el Perú y actuación del Estado. IV. Derechos sociales V. Derechos sociales en la Constitución peruana. VI. Posiciones sobre los derechos sociales. VII. TC y los derechos sociales. VIII. Conflictividad: constitución económica y derechos sociales. IX. Conclusiones. X. Lista de referencias.

Resumen: El presente artículo plantea sumariamente la discusión en torno a la conflictividad entre la constitución económica y los derechos sociales. Aborda descriptivamente el contenido de la constitución económica peruana y los derechos sociales prescritos en la propia norma. En tal sentido, advierte que el ejercicio de los derechos sociales es aspecto central en una economía social de mercado, tan igual que la garantía de la libertad económica y el rol subsidiario del Estado. De igual forma, se afirma que el tributo y el presupuesto son los medios por los cuales el Estado garantiza el ejercicio de los derechos sociales y, por tanto, desde la Constitución se debe abordar las mo-

(*) Abogado por la Universidad Nacional de Trujillo. Magíster en Derecho por la Universidad de Bruselas, Bélgica, doctorando por la Universidad Carlos III de Madrid, doctor en Derecho por la Universidad Privada Antenor Orrego de Trujillo, Perú. Docente de pre y posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, Perú.

dificatorias que fortalezcan el rol del tributo y el presupuesto para asegurar el ejercicio y defensa de los derechos sociales.

Palabras Clave: Constitución económica, Derechos sociales, tributo, presupuesto.

Abstract: This article summarizes the discussion of conflict between the economic constitution and social rights. It deals descriptively with the content of the Peruvian economic constitution and the social rights prescribed in the constitution itself. In this regard, it warns that the exercise of social rights is central to a social market economy, as is the guarantee of economic freedom and the subsidiary role of the State. In this sense, the tax and the budget are the means by which the State guarantees the exercise of social rights and therefore, since the Constitution, the amendments that strengthen the role of the tax and the budget to ensure the exercise and defence of social rights.

Key Words: Economic constitution, Social Rights, Tax, Budget.

I. Introducción

Los pueblos de Latinoamérica, en particular los sectores políticos e intelectuales, discuten en la academia y en las calles, dos temas centrales que son vitales para el desarrollo de los Estados: la grave crisis política de representación y el agotamiento del modelo de crecimiento económico en relación al bienestar material de la población.

Por un lado, la grave crisis de representación que ha originado la deslegitimidad de los órganos representativos y por tanto de la democracia, entendida esta en su acepción restrictiva, como los procedimientos para asegurar la representación de la población. La presidencia de los gobiernos, los congresos, los órganos de control, la estructura judicial están siendo duramente cuestionados. Presidentes y expresidentes procesados, incluso varios de ellos en prisión o con medidas restrictivas por casos de corrupción, (Perú 5 expresidentes procesados, Brasil tres ex presidentes, Argentina, El Salvador, Ecuador). Congresos disueltos, como el caso del Perú. Crisis de representación que también exhibe, como una de sus manifestaciones, el deterioro de los partidos políticos, y en algunos casos, la desaparición absoluta de los mismos y su conversión en mafias en busca del poder e impunidad.

Y, por otro lado, el agotamiento del modelo económico en relación a las bases constitucionales que lo han venido sosteniendo. El modelo neoliberal de desarrollo, sustentado en el crecimiento económico de la mayoría de países latinoamericanos y que fue asumido a partir del Consenso de Washington está severamente cuestionado, pues genera desigualdad e insatisfacción social. El pujante crecimiento económico de Chile, por ejemplo, no ha correspondido a un equita-

tivo crecimiento del bienestar general de su población lo que ha originado movilizaciones populares sin presentes que exigen un cambio constitucional. De igual modo, la movilización indígena del Ecuador cuestionando medidas promovidas por el Fondo Monetario Internacional, FMI, para sincerar la economía nacional, la grave crisis económica que sufre Argentina. Incluso la emigración venezolana, cuyo gobierno esta fue de los alcances del FMI y de los modelos neoliberales, tiene como una de sus fuentes el deterioro de las condiciones de vida de la población. Todo esto pone en manifiesto la tensión entre un sistema político que afirma la democracia y positiviza un modelo constitucional que garantiza la libertad económica pero que no asegura el bienestar material equitativo de la población. En una palabra, se ha manifestado una contradicción abierta y aparentemente insalvable, entre constitución económica y derechos sociales.

Esta contradicción pone en evidencia que hay un déficit en la democracia: el bienestar social, la igualdad, la satisfacción de las condiciones de vida de calidad y digna. Concordamos con lo que señala Ferrajoli (2018) la democracia no puede entenderse como el mero procedimiento de renovación periódica de los actores políticos, la democracia procedimental. La democracia debe entenderse como aquella que resuelva las grandes necesidades de las mayorías, la democracia sustancial (p. 5).

En este sentido, el presente artículo aborda brevemente, dada la limitación del espacio, la relación entre constitución económica y los derechos sociales, en el caso peruano. Identifica la normatividad que dispensa la libertad económica, identifica los derechos sociales, asimismo, plantea sumariamente las reformas constitucionales que se requiere para asegurar el ejercicio de los derechos sociales.

II. Constitución económica

El constitucionalismo clásico carece de referencias normativas que hayan positivizado la regulación de la economía de los Estados. Si revisamos la Constitución de los Estados Unidos de Norte América (1789), las Constituciones francesas (1791-1793-1795) o la Carta Magna inglesa de 1215, no encontramos disposiciones que promuevan expresamente un determinado modelo económico. Estas constituciones se centran en proteger la propiedad privada y en garantizar los derechos políticos individuales.

Es el constitucionalismo de mediados del siglo XX que inicia la discusión sobre las reglas constitucionales que expresamente modelan un sistema económico. Por ejemplo, es en el contexto de la Constitución de Weimar (Alemania 1934), en la que se apertura el debate constitucional sobre la economía social de mercado, como modelo económico que sustenta, a su vez, un tipo de Estado basado en las libertades

políticas. Probablemente esta propuesta surgió en contraste con lo que estipulaba la Constitución de la Unión Soviética, sistema pujante y en expansión en aquellos años, en donde se diseña un modelo económico basado en la propiedad social y del Estado sobre los medios de producción, de circulación y de ganancia. Sin embargo, es la Constitución española de 1978 que ejerce fuerte influencia en las constituciones latinoamericanas, que inserta todo un capítulo sobre economía y hacienda (artículos 128 al 136).

En nuestra opinión, el debate entre el modelo económico liberal y el estatismo soviético es el que promueve, en el constitucionalismo europeo y latinoamericano, la conceptualización de la constitución económica como aquellas disposiciones fundamentales que consagran un determinado sistema económico que es compatible con las libertades políticas. Entonces, para el constitucionalismo occidental la libertad política supone libertad económica, de propiedad y lucro, que fundamenta a su vez libertad de oferta y demanda.

Es indudable que el principio liberal de que las relaciones económicas se regulan por la ley de la oferta y de la demanda, es un principio que se ha convertido en hegemónico en las relaciones mundiales. Principio consagrado por la caída de los regímenes socialistas y el imperio de la globalización. Los bienes, servicios y salarios se regulan tanto por la producción (la oferta) como las necesidades (la demanda). El Estado se constriñe a ser un ente promotor y garantizador de esta libertad.

En una sociedad liberal, el accionar político, aquel accionar que aspira a ser hegemónico, es decir a gobernar, también se regula con las leyes del mercado, el que oferta, presenta los mejores programas electorales, el que guarda mayor coherencia entre la forma y el contenido, es decir entre la predica y la praxis, es quien recoge las expectativas de la población y esta le otorga su confianza. Por ello, se dice, para que los electores tengan la posibilidad de elegir al mejor producto, debe haber libertad de pensamiento, de organización, de expresión, a fin de que se asegure que los oferentes compitan por lograr la aceptación de la demanda. Los derechos políticos son necesarios para que la oferta y la demanda político-electoral funcionen.

En sentido material, la Constitución está formada básicamente por tres tipos de normas jurídicas: por aquellas que definen los órganos y estructura del Estado, determinan la forma de funcionamiento, su relación recíproca y su ámbito de actuación, y fijan, además, la posición básica del individuo en relación con el poder del Estado, es decir los derechos fundamentales. Estableciendo las fuentes, los criterios de creación, vigencia y validez del ordenamiento normativo.

La doctrina constitucional europea, por razones metodológicas y de interpretación, agrupo a los enunciados constitucionales por materias de acuerdo a su contenido y ámbito de regulación. Así, tenemos que se denomina constitución

ambiental, a todas aquellas normas constitucionales que regulan materia y política ambiental; constitución penal o programa penal constitucional aquellas normas constitucionales que establecen los principios, las garantías sustantivas y procesales. Asimismo, denominan constitución fiscal y financiera, aquellas normas constitucionales que regulan precisamente este ámbito. Este criterio metodológico es bastante certero pues ayuda a ubicar y precisar las normas sustanciales del sistema jurídico, pero que deben interpretarse sistemáticamente (valores, normas, fines, etc.) pues bien sabemos que la Constitución encierra un modelo político social y económico y que, por tanto, su interpretación debe ser integral para ser coherente con el modelo propuesto.

En particular, la doctrina y jurisprudencia alemana, ha acuñado el término constitución económica para designar al conjunto de normas e instituciones jurídicas que, garantizando los elementos que definen un determinado sistema económico, establecen un modelo o forma de funcionamiento de la economía y que da lugar a un determinado orden económico. En palabras de GARCIA PELAYO: «las normas básicas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica o dicho de otro modo, para el orden y proceso económico. Tales normas sirven de parámetros jurídicos básicos para la acción de los actores económicos públicos y privados y pueden ser enunciación de principios y valores directivos orientadores de la acción o pueden tener formulación y garantías más rigurosas».

La constitución económica sea producto de una decisión o de un pacto implícito constitucional, es decir de un compromiso entre las diferentes fuerzas políticas y sociales en el momento constituyente, contiene una idea de equilibrio entre los principios contrapuestos, pero complementarios: de libertad y vinculación. Pero, en una concepción democrática y republicana, es la inclusión de la justicia como valor integrador lo que permite legitimar la constitución económica. En suma, la Constitución económica, por un lado, es garantía jurídica de una concreta forma económica de un determinado sistema económico; y por otro lado, el fundamento de un determinado orden social.

III. Constitución económica en el Perú y actuación del Estado

El Tribunal Constitucional asimilando aquella doctrina europea reiteradamente ha señalado que la constitución económica «es representativo de los valores constitucionales de la libertad y la justicia, y, por ende, es compatible con los fundamentos axiológicos y teleológicos que inspiran a un Estado Social y Democrático de Derecho en donde imperan los principios de libertad y promoción de la igualdad material dentro de un orden democrático garantizado por el Estado. (Exp. N.º 0034-2004-PI/TC, ff.jj. 19, 20).

Si nos remitimos al texto constitucional, las disposiciones que diseñan aquel modelo de constitución económica en el Perú, tendremos el Título III del Régimen económico, artículos 58 al 89, en donde encontramos los Principios generales, la normas que regulan el ambiente y los recursos naturales, un capítulo sobre la propiedad, otro capítulo sobre el Régimen tributario y presupuesto, un capítulo sobre la moneda y la banca, y finalmente un capítulo sobre el Régimen agrario y de las comunidades campesinas. Asimismo, la Constitución peruana vigente modela el aparato económico, sus libertades y ámbito de intervención estatal en los llamados principios del modelo económico peruano, arts. 58 al 65, tales como el principio de economía social de mercado. Iniciativa privada libre y rol subsidiario del Estado. Libertad de empresa, comercio e industria no lesiva a la moral, salud y a la seguridad. El pluralismo económico. Libre competencia. Libertad de contratar. Igualdad de trato de la inversión.

Libre tenencia y disposición de moneda extranjera. Defensa de los intereses del consumidor y usuarios.

En esta idea de libertad económica en donde la iniciativa privada es libre, estas libertades se ejercen en una economía social de mercado (art.58). En este modelo, el Estado orienta el desarrollo del país y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura y cumple solo un rol subsidiario. Además, el Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios, garantizando el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población (art.65).

En esta actuación promotora y aseguradora de derechos sociales que tiene el Estado, la Constitución le asigna al tributo un papel singular a la hora de plantearse el cómo hará el Estado para obtener los recursos suficientes justamente para que la libertad económica consagre su fin social, es decir materialice el interés social. Así, la Constitución establece que la potestad tributaria que ostenta el Estado se sustenta en principios y valores que respetar los derechos fundamentales a la igualdad y a la justicia tributaria (Art. 74). En esta concepción, en el Estado no solo existe un balance de poderes, en donde el control y autocontrol de la función ejecutiva, legislativa y judicial justifica su naturaleza política, democrática y republicana, sino que también existe un balance, un equilibrio, entre la promoción de la libertad económica, de la inversión privada y el lucro, por un lado, y la responsabilidad social que se tiene ante las necesidades básicas de la población, por el otro lado. Esta libertad y vinculación, se logra a través del tributo.

Si el Estado garantiza la libertad económica, sin intervenir directamente en los procesos productivos y del aprovechamiento de la utilidad que genera el sistema eco-

nómico, solo le queda el tributo como el ingreso que posibilite materialmente la justicia y el bienestar de la población, sobre todo de aquellos sectores más vulnerables.

Además, la propia Constitución establece que la administración económica y financiera del Estado se rige por el presupuesto que anualmente aprueba el Congreso. La estructura del presupuesto contiene dos secciones: gobierno central e instancias descentralizadas. El presupuesto asigna equitativamente los recursos públicos, su programación y ejecución responden a los criterios de eficiencia de necesidades sociales básicas y de descentralización. (art. 77)

Corresponden a las respectivas circunscripciones, conforme a ley, recibir una participación adecuada del total de los ingresos y rentas obtenidos por el Estado en la explotación de los recursos naturales en cada zona en calidad de canon.

Hasta aquí, podemos decir que en un análisis formal de las prescripciones constitucionales, el modelo económico constitucional peruano consagra las libertades económicas pero estas se ejercen en una economía social de mercado, es decir el Estado garantizador de la libertad económica, promueve el ejercicio de los derechos sociales a la salud, empleo, educación, infraestructura, seguridad, información y otros. Sin intervenir directamente en la economía, el Estado tiene como medio el tributo para financiar su actuación sobre los derechos sociales, y al Presupuesto Nacional como el instrumento de planificación para prever, disponer y asignar esos recursos para satisfacer aquellos derechos sociales.

IV. Derechos sociales

Los derechos sociales son parte de los derechos fundamentales. En la doctrina nacional e internacional encontramos denominaciones que son sinónimos al concepto de derechos fundamentales, sin embargo contienen matices si los concebimos en sentido positivo-normativo o doctrinal de la palabra. Así, tenemos que podemos hablar de derechos humanos, libertades públicas, derechos públicos subjetivos, derechos constitucionales. Brevemente, podemos señalar que los derechos fundamentales son bienes susceptibles de protección que permiten a la persona la posibilidad de desarrollar sus potencialidades en la sociedad. Son el fundamento ético, moral y jurídico de todo el orden político, económico y social.

Los derechos fundamentales pueden ser clasificados, por su naturaleza y contenido, en Derechos Civiles y Políticos, Derechos Económicos y Sociales, Derechos Culturales, Derechos a la Paz y al Desarrollo.

No concordamos con la tesis de «las generaciones de los derechos fundamentales». Generación se refiere a un determinado grupo de entes (personas, insti-

tuciones, normas) que comparten un determinado nivel de consagración y desarrollo, es decir si hay una primera generación y una segunda generación es que la primera ha sido concebida, ejercida y satisfecha. Concebidos, en el caso de los derechos y consagrados no solo en la disposición normativa sino también en su ejercicio. En realidad, sería muy ingenuo argumentar que entre los derechos humanos o fundamentales hayan generaciones, cuando en la realidad práctica hay poblaciones que ni siquiera logran positivizar ni gozar los derechos que suelen ser calificados de primera generación (derechos civiles y políticos), y viceversa, hay sociedades que habiendo alcanzado los derechos civiles y políticos, estos derechos están siendo revisados, limitados o, en algunos casos, eliminados.

Los Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC) son los derechos fundamentales relativos a las condiciones sociales y económicas básicas necesarias para una vida en dignidad y libertad, y hablan de cuestiones tan básicas como el trabajo, la seguridad social, la salud, la educación, la alimentación, el agua, vivienda digna, ambiente equilibrado. El Tribunal Constitucional los ha definido como «facultades tuitivas dirigidas a favorecer a aquellos grupos humanos con características accidentales diferenciadas con relación a otros por factores culturales, o que se encuentran en situación de desventaja por razones económico-sociales, es decir, con una posición o ubicación depreciada en sus estándares de vida, no acordes con la dignidad humana» Cfr. Exp. Nro. 2945-2003-AA/TC (F.j. 10).

La teoría jurídica propone que los derechos sociales poseen doble sentido: objetivo y subjetivo. En el sentido objetivo, son un conjunto de normas de rango constitucional con las cuales el Estado lleva a cabo su función equilibradora de las desigualdades sociales. En el sentido subjetivo, son las facultades de los ciudadanos y grupos a participar de un estado de bienestar material, es decir gozar de determinados derechos y prestaciones, directas o indirectas, por parte de los poderes.

Los derechos sociales aparecen en la Constitución alemana de Weimar de 1911 y en la Constitución mexicana de Querétaro de 1917. En el Perú se reconocen en la Constitución de 1920. El catálogo pleno de estos derechos se establece por primera vez en la Constitución de 1979 bajo la influencia de la Constitución española de 1978 y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU de 1966.

V. Derechos sociales en la Constitución peruana (1993)

Si bien en la Constitución vigente existe expresamente un Capítulo con la denominación de Derechos Sociales y Económicos que incluye los artículos 4 al 29. En nuestra opinión, los derechos sociales, como los derechos políticos, civiles están esparcidos expresa o implícitamente en todo el texto constitucional. Bajo una somera descripción podemos señalar que los derechos sociales serían:

- Derecho a la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida (arts. 2.22, 67, 69).
- Derechos sociales implícitos o no enumerados (art.3 y IV Disposición Final).
- Derecho a la protección social de las personas vulnerables: niño, adolescente, madre, anciano en situación de abandono (art. 4).
- Derecho a decidir y derechos reproductivos (art. 6).
- Derecho de alimentos para hijos y padres (art. 6).
- Derecho a la salud y protección de los discapacitados (art. 7).
- Derecho al agua potable (art. 7-A).
- Derecho a los servicios de salud y seguridad social (art. 9).
- Derecho a la seguridad social (art. 10).
- Derecho a la pensión y prestaciones de salud (art.11).
- Derecho a la educación, libertad de enseñanza y de participación en el proceso educativo (art. 13).
- Derecho a la gratuidad de educación inicial, primaria, secundaria y universitaria en las instituciones del Estado (art.17).
- Derecho al fomento la educación bilingüe e intercultural, según las características de cada zona (art. 17).
- Derecho a preservar las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país (art. 17).
- Derecho a la formación profesional, la difusión cultural, la creación intelectual y artística y la investigación científica y tecnológica (art. 18).
- Derecho al trabajo (art. 22).
- Derecho a una remuneración equitativa y suficiente (art. 24).
- Derecho a una jornada laboral de 8 horas (art. 25).

VI. Posiciones sobre los derechos sociales

En torno a los derechos sociales hay una discusión sobre su eficacia. Paradójicamente en la teoría de los derechos humanos, es decir en la teoría que justifica los derechos que aseguren la dignidad, el desarrollo y bienestar de la persona, ha

surgido una serie de posiciones que, en la práctica, cuestionan la naturaleza jurídica vinculante de los derechos sociales. Así tenemos, los derechos sociales serían:

- PROGRAMÁTICOS, en sentido de que son lineamientos generales, es decir que sustentan políticas públicas o iniciativas legislativas de carácter político, pero que no necesariamente consagran facultades subjetivas, es decir derechos diseñados para ejercitarse en la práctica.
- COSTOSOS, es el argumento de que el ejercicio de los derechos sociales requiere financiamiento estatal o privado y, por tanto, su ejercicio depende de que si el Estado tiene el dinero y presupuesto para que sean otorgados.
- NO JUDICIALES, esta postura sostiene que los derechos sociales no son judiciales, es decir carecen de garantías para sean ejercitados o protegidos a través de procesos o medidas jurisdiccionales.
- PRINCIPIOS DE OPTIMIZACIÓN, otros afirman que los derechos sociales son meros principios constitucionales que posibilitan que, vía interpretación, sean utilizados para optimizar situaciones favorables a las personas que los invocan, pero en sí, no son derechos a ejercitar.
- CRISIS DEL ESTADO DE BIENESTAR, es el argumento que proviene de la tesis neoliberales y sostiene que las políticas públicas que conlleva el financiamiento de los derechos sociales ha llegado a su fin. Que el modelo de Estado que proponía su intervención para asegurar el ejercicio de los derechos sociales, ahora carece de los medios financieros para asegurar la salud, la educación, las pensiones para todos, y que por tanto estos derechos carecen de eficacia.
- PROGRESIVIDAD, es el argumento consagrado en la Convención Americana de Derechos Humanos y en la mayoría de constituciones. Y es, el que considero que más se acerca a su consideración como normas jurídicas de naturaleza vinculante y de efectos inmediatos que poseen los derechos sociales. Por supuesto que los derechos sociales cuestan, y deben ser financiados por el Estado y los particulares, pero su ejercicio debe tener en cuenta su costo para prever y presupuestar su ejercicio y progresivamente sostenerlo para que su goce alcance gradualmente a todos, pues progresividad supone no regresividad.

VII. TC y los derechos sociales

El Tribunal Constitucional en los últimos años ha venido precisando diferentes argumentos para otorgarle contenido a los derechos sociales en el Perú. Así, por ejemplo en los Casos Meza García y Correa Condori (STC Exp. N.º 2945-2003-AA y STC N.º 2016-2004-AA) primer sentencias donde el TC se pronunció sobre la judi-

cialidad de los DES. «sin educación, salud y calidad de vida digna en general, mal podría hablarse de libertad e igualdad social» (Exp. 2945) «los derechos sociales debe interpretarse como verdaderas garantías del ciudadano frente al Estado dentro de una visión que busca revalorar la eficacia jurídica de los mandatos constitucionales (Exp.2016) «Los derechos sociales requieren un mínimo de actuación del Estado a través del establecimiento de servicios públicos, así como de la sociedad mediante la contribución de impuestos» (Exp. 2945) En el caso Anicama retrocede y afirma que son «derechos de configuración legal» (STC Exp. 1417-2005-PA). En el caso Azan Alheli y Correa Condori, el TC, establece la posibilidad de judicializar los derechos sociales cuando: a) La gravedad del caso, dada la agresividad de la enfermedad del VIH; b) Afectación adicional al derecho a la vida, y c) La posibilidad presupuestaria del Estado.

Respecto a la exigibilidad de los derechos sociales ya no es pretexto para que sean exigibles judicialmente pues la mayoría de tribunales lo han afirmado, y en el caso del Perú, es el propio Código Procesal Constitucional que permite invocarlos. Ahora, el asunto pasa por la forma y la capacidad de los tribunales para controlar las prácticas, políticas y patrones burocráticos que impiden el cumplimiento de los mandatos judiciales que amparan los derechos sociales, además, asegurar su goce universal, ateniéndose al principio de progresividad y no regresividad.

VIII. Conflictividad: Constitución Económica y Derechos Sociales

Toda Latinoamérica está convulsionada socialmente. La insatisfacción es porque el modelo económico neo-liberal establecido en los últimos años, si bien promovió el crecimiento económico, el crecimiento de la riqueza, no significó la satisfacción mayoritaria en las expectativas de vida.

En particular en el Perú, luego de la entrada en vigencia de la Constitución de 1993, que posibilitó la privatización de las empresas estatales y un auge de la extracción de los recursos mineros sin precedentes supuso un incremento sustancial de la inversión y utilidad privada pero no significó gran inversión social en el mejoramiento de los servicios públicos de educación, de salud, en el mejoramiento de la infraestructura, en suma en el ejercicio de los derechos sociales, generando una suerte de indefensión de los sectores vulnerables y de insatisfacción de las demandas sociales.

La población sufre y se siente molesta e insatisfecha por el incremento de la riqueza privada mientras que los hospitales públicos están abandonados, sucios y desbastecidos de medicinas y equipos médicos; el seguro social carece de implementos médicos y de personal especializado, que los servicios educativos, sobre todo en las

zonas alejadas de la capital, funcionen en pésimas condiciones, que los sueldos de los maestros sean precarios, que el salario mínimo no alcance para satisfacer la canasta familiar, que no exista policías suficientes que brinden seguridad, que las condiciones laborales sobre todo de la mujer sea injustas, que no haya generación de empleo, o falta de apoyo a los sectores en donde sí se puede generar empleo masivo, la agricultura. Datos y figuras estadísticas que pueden ser consultadas en: Brechas Latentes, Índice de avance contra la desigualdad en el Perú, 2017 -2018 (OXFAM 2019).

Uno de los factores que ha posibilitado está abierta tensión entre las libertades económicas y el ejercicio de los derechos sociales y que, en la práctica, cuestiona al modelo peruano de economía social de mercado, ha sido la indebida política tributaria que ha generado elusión y evasión al fisco. Las más grandes empresas y corporaciones que se han enriquecido en este periodo de auge, no han pagado los impuestos que deberían haberlo hecho, justamente para el Estado satisfaga los derechos sociales, e incluso muchos de ellos, han terminado enjuiciando al Estado para reducir sus obligaciones fiscales.

Por otro lado, los graves índices de corrupción que han llevado a que en dos décadas se hayan «perdido» más de 20 mil millones de soles en actividad de corrupción, sin que los aparatos de control, prevención y sanción hayan funcionado.

Y, finalmente, el manejo y ejecución del Presupuesto de la República, que conforme a la Constitución, debería elaborarse teniendo en cuenta la satisfacción de las necesidades básicas de la población, es decir con valores significativos en educación, salud, infraestructura. Un claro ejemplo de ello es que en el presupuesto del 2019, equivalente a cerca de 168,074 mil millones de soles, solo se destina a la educación 30,628 (18%) y al sector salud 18, 217 (10%), y al mes de noviembre 2019, su ejecución en áreas relacionadas a los derechos sociales, solo se haya realizado en un 55% por ciento.

¿Qué hacer? Considero que las movilizaciones populares y la insatisfacción generalizada de las población de los países latinoamericanos no se debe a que reclaman un cambio del modelo político democrático-republicano, lo que se exige es que el modelo económico sea más solidario, que la riqueza alcance a todos. Y en ese sentido, es necesario abrir una discusión en torno a:

- El rol de tributo y el ejercicio de los derechos sociales.
- El presupuesto nacional y los derechos sociales.
- Garantías constitucionales para el ejercicio de los derechos sociales: porcentaje de inversión social mínimos en el orden constitucional: en salud, educación, pensiones y justicia.

- Licencia social y consulta previa como garantías para el ejercicio de los derechos ambientales.
- Todo ello conllevaría a una urgente reforma constitucional que mejore el modelo económico, haciendo vinculante la implementación de políticas públicas de generación de empleo, que disuelva la contradicción entre extractivismo versus la agricultura. Que incorpore otros derechos sociales como el de los derechos de los consumidores y usuarios, derecho a la vivienda y territorio de los pueblos indígenas. Que mejore el rol del presupuesto en el ejercicio de los derechos sociales estableciendo los porcentajes mínimos para asegurar su ejercicio y que mejore los sistemas de control del gasto público.

IX. Conclusiones

En esta breve descripción de la problemática conflictiva entre constitución económica y derechos sociales, podemos concluir que:

- El concepto de constitución económica posibilita agrupar una serie de normas fundamentales que regulan y garantizan las libertades económicas modelando un determinado modelo productivo, garantizando la propiedad, la competencia y la libertad de inversión. En el caso peruano la constitución económica tiene como eje central el principio de economía social de mercado.
- La economía social de mercado implica dos pilares: el ejercicio y garantía de las libertades económicas y el ejercicio y garantía de los derechos sociales. Para ello el Estado se le reserva el tributo y el presupuesto para su actuación sobre todo en los servicios públicos de educación, salud, seguridad, promoción de empleo, cuidado de las personas vulnerables, entre otros.
- Los derechos sociales solo están garantizados si el Estado tiene los suficientes recursos financieros para prestarlo o promover su ejercicio.
- La tensión existente entre generación de riqueza privada a través de las libertades económicas y la insatisfacción de los derechos sociales, es debido en parte a políticas tributarias insuficientes, bajo control de la inversión social y corrupción.
- Se debería promover la discusión constitucional para el mejoramiento del modelo de economía social de mercado.

X. Lista de referencias

- FERRAJOLI, L. *Libertad y Propiedad*. Lima: Palestra Editores, 2018.
- DEFENSORIA DEL PUEBLO. *El Derecho a la Salud Mental. Informe Defensorial 180*. Lima: Corporación Gráfica Gama, 2019.
- GARCIA BELAUNDE, D. *Las Constituciones del Perú*. Lima: JNE, 2016.
- LANDA, C. (coordinador). *Constitución Económica del Perú*. Lima: Palestra Editores, 2008.
- NOGUERA FERNANDEZ A. y GUAMAN HERNADEZ A. (Directores). *Lecciones sobre el Estado Social y Derechos Sociales*. Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2014.
- OXFAM. *Brechas latentes. Índice de Avance contra la Desigualdad en el Perú 2017-2018*. Lima: Oxfam 2019.
- RODENAS, Á. *Repensar los Derechos Humanos*. Lima: Palestra Editores, 2018.

Derecho Civil y Procesal Civil



Familias recompuestas, reconstituidas, reconstruidas: hacia una visión puerocéntrica

Recomposed, reconstituted, reconstructed families: towards a vision puerocentrica

PIMENTEL TELLO, María Isabel(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Novedosas estructuras familiares. III. Hacia una visión «puerocéntrica» de familia. IV. Padres e hijos afines. V. ¿Es posible regular las relaciones en *familiastras*? VI. Comparando derechos. VII. Salidas jurisprudenciales. VIII. Consideraciones finales. IX. Conclusiones. X. Lista de referencias.

Resumen: El reconocimiento de estructuras familiares otrora impensables y cada vez más complejas, así como la evolución de las instituciones familiares existentes, ha originado una fuente fructífera de espacios de investigación jurídica, social y científica, en los cuales se puede transitar, teniendo la posibilidad de abordar situaciones y relaciones que suelen presentar estrechos límites entre lo jurídico y lo estrictamente humano, retornándonos a la básica relación del «ser humano, sociedad y derecho», en la que la familia fue, es y será uno de los eslabones más importantes, pero también sin duda el más postergado y desprotegido.

(*) Abogada por la Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco, Maestra y Doctora en Ciencias por la Universidad Nacional de Cajamarca, Perú. Directora del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Políticas de la Facultad de Derecho de la UNC, docente de pregrado y posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, de pregrado de la Universidad Privada del Norte y de la Universidad Antonio Guillermo Urrelo; arbitro y conciliadora extrajudicial, exfiscal adjunta de la Cuarta Fiscalía Provincial Civil y de Familia de Cajamarca.

Con la consagración de los derechos y libertades individuales, en paralelo se advierte el desenvolvimiento de dinámicas en las que en nombre de ellos los seres humanos priorizan intereses individuales frente a los familiares e incluso el tan mentado interés superior del niño y del adolescente. Esto último se puede advertir en las cada vez más frecuentes las segundas o terceras nupcias (o relaciones concubinarias), que dan lugar al establecimiento de estructuras familiares en las que la ya conocida expresión: «tus hijos, los míos y los nuestros», y en las que precisamente son estos (los hijos) quienes deben adaptarse, y tratar de ocupar un lugar en los rompecabezas que suelen armarse de manera, no siempre de manera armónica; concitando en la mayoría de casos, situaciones más bien anómalas, que pueden dar lugar a historias que distan mucho de los finales felices.

En tales escenarios, en los que muchas veces las nuevas relaciones familiares suelen ser impuestas, resulta ser sumamente difícil establecer pautas para el desenvolvimiento de aquellas, las mismas que contribuyan a la normalización de estas nuevas figuras familiares, que doten de contenido a las relaciones afines y que, a partir de la instauración de alcances y límites, logren armonizar derechos y deberes entre sus miembros. Ante esta realidad problemática, ponemos en discusión la pertinencia de la intervención de las normas para regular las relaciones surgidas de los vínculos entre padres o madres e hijos afines, en los que eventualmente no existen precisamente lazos afectivos.

Es de considerar también que, en este marco de relaciones, no son pocos los casos de maltrato e incluso abuso de «padrastrós» y «madrastras» hacia los hijos de sus parejas, la historia nos presenta un sinfín de casos en los que estos han provocado verdaderas tragedias originadas por la asimetría, la confrontación, los celos y otras variadas situaciones y sentimientos que trascienden cualquier explicación, y se presentan, ante la vista y paciencia de padres y madres que toleran situaciones extremas para con sus hijos, debido a dependencias nocivas.

Evidentemente al interior de las familias se desarrollan diversas dinámicas, entre las que se pueden originar situaciones preocupantes en las que los protagonistas son niños, niñas o adolescentes como víctimas de abusos y malos tratos, frente a la desprotección de sus propios padres; por lo que a través de estas líneas, planteamos la necesidad y posibilidad de intervención del Estado, por medio de sus facultades normativas, para fijar alcances y límites, derechos y deberes que se deberían cumplir en el entorno de la afinidad.

Consideramos que el abordaje de esta problemática se ha venido haciendo desde un enfoque adultocentrista, apartado de la función constitucional proteccionista del Estado respecto de los sectores más vulnerables de la población, y de todo propósito convencional de amparo de la integridad de niños, niñas y adolescentes; en ese sentido, proponemos el viraje hacia una visión puerocéntrica, que tenga como eje de atención a los niños, niñas y

adolescentes, contemplando la trascendencia de la etapa de infancia y adolescencia, la cual podría afectarse con relaciones y vínculos familiares en los que se manifiesten conflictos o violencia.

Palabras clave: Familias recompuestas, deberes y derechos entre padres e hijos afines, necesidad de regulación.

Abstract: The recognition of once unthinkable and increasingly complex family structures, as well as the evolution of existing family institutions, has given rise to a fruitful source of legal, social and scientific research spaces, in which one can travel, having the possibility of addressing situations and relationships that usually have narrow limits between the legal and the strictly human, returning to the basic relationship of «human being, society and law», in which the family was, is and will be one of the most important links, but also without a doubt the most postponed and unprotected.

With the consecration of individual rights and freedoms, in parallel the development of dynamics in which in the name of them human beings prioritize individual interests over family members and even the much-cherished best interests of children and adolescents. The latter can be seen in the increasingly frequent second or third nuptials (or concubinary relationships), which give rise to the establishment of family structures in which the well-known expression: «your children, mine and ours», and in which it is precisely these (the children) who must adapt, and try to take a place in the puzzles that are usually put together in a way, not always in a harmonious way; Concerning in most cases, rather anomalous situations, which can lead to stories that are far from happy endings.

In such scenarios, in which new family relationships are often imposed, it is extremely difficult to establish guidelines for the development of those, which contribute to the normalization of these new family figures, which provide content to related relationships. and that, from the establishment of scopes and limits, they can harmonize rights and duties among their members. Faced with this problematic reality, we discuss the relevance of the intervention of the norms to regulate the relations arising from the ties between fathers and mothers and related children, in which eventually there are no precise emotional ties.

It is also to be considered that, in this framework of relationships, there are few cases of abuse and even abuse of «stepparents» and «stepmothers» towards the children of their partners, the story presents us with countless cases in which they have caused true tragedies caused by asymmetry, confrontation, jealousy and other varied situations and feelings that transcend any explanation, and are presented, at the sight and patience of fathers and mothers who tolerate extreme situations towards their children, due to harmful dependencies.

Obviously, within the families, different dynamics are developed, among which can be caused by worrying situations in which the protagonists are children or adolescents as victims of abuse and ill-treatment, against the lack of protection of their own parents; Therefore, through these lines, we propose the need and possibility of State intervention, through its normative powers, to set scopes and limits, rights and duties that should be fulfilled in the affinity environment.

We consider that the approach to this problem has been done from an adult-centered approach, separated from the constitutional protectionist function of the State with respect to the most vulnerable sectors of the population, and of any conventional purpose of protecting the integrity of children, children and adolescents; In that sense, we propose the turn towards a puerocentric vision, which has as an axis of attention to children and adolescents, contemplating the importance of the stage of childhood and adolescence, which could be affected with relationships and family ties in which manifest conflicts or violence.

Keywords: Recomposed families, duties and rights between parents and related children, need for regulation.

I. Introducción

El pequeño solo tenía cuatro años de edad, y pugnaba por estar con su madre, pero su constante llanto hizo enojar a su padrastro de 39 años, quien lo golpeo hasta matarlo; la madre habría sido permisiva con esta violencia en varias oportunidades (Mariscal, 2012). Esta terrible historia es solo una de las tantas crónicas que con relativa frecuencia nos sorprenden en los medios periodísticos, que no hacen sino dar cuenta de un sinfín de situaciones en las que padres o madres e hijos afines los parientes afines afloran sentimientos impensados como respuesta a presuntas «amenazas» de los hijos del otro, como lo sería la demanda de tiempo y atención, lo que puede ser interpretado como que obstaculizan sus relaciones; manifestando su descontento con malos tratos hacia niños, niñas y adolescentes.

Lamentablemente, al no existir un vínculo biológico y mucho menos afectivo, es alta la propensión a que la madre o padre afín o el conviviente, agrede al hijo de su pareja, siéndolo mucho más los casos en que se producen abuso físico o sexual inclusive; esto pone en relieve el riesgo que representa la recomposición familiar.

Como lo explica el Dr. Rolando Pomalima, médico psiquiatra del Instituto de Salud Mental Honorio Delgado, este maltrato produce serios trastornos en las víctimas, pero también ponen en relieve rasgos característicos en los agresores, como son la baja autoestima, timidez, poco control de impulsos y poca tolerancia a la frustración; la cual descargan con los más indefensos. Esto se constituye como un círculo vicioso en el que las madres o padres de los niños, niñas o adolescentes

abusados, se convierten en cómplices al tolerar situaciones nocivas debido a dependencias que también lo son. Tales patologías vienen dañando no solo las estructuras familiares, sino a nuestra sociedad, ya que constituyen el origen de muchos de los problemas que esta enfrenta (Pomalima Carrasco, 2018).

Evidentemente, estas situaciones merecerían un abordaje multidisciplinario; en el ámbito jurídico se han desplegado diversos esfuerzos habiendo incorporado dentro del ámbito de protección de la Ley 30364 (de prevención, sanción y erradicación de la violencia contra la mujer y demás miembros del grupo familiar) a los ascendientes y descendientes afines; se suman a ella la Ley 30403 que prohíbe el uso del castigo físico y humillante contra los niños, niñas y adolescentes; el Decreto Legislativo N.º 1297, para la Protección de Niñas, Niños y Adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos; la Ley 30466 que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del Interés Superior del Niño; la Política Nacional de Igualdad de Género; todas orientadas a intervenir desde la familia, escuela, la comunidad, y en las instituciones, y hacer frente a los frecuentes casos de violencia contra niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA).

El Programa Nacional Contra la Violencia Familiar y Sexual (PNCVFS) del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP) presenta cifras alarmantes; en el año 2018 se atendieron en los Centros Emergencia Mujer (CEM), 41,809 casos de menores de 18 años por violencia, de los cuales 22,709 fueron víctimas de violencia física y sexual. Para el primer trimestre del 2019 se reportaron 11,567 casos de menores de 18 años atendidos por violencia de los cuales más del 50% son casos de violencia física y sexual. Estas cifras apuntan también a que los principales agresores de los NNA son sus padres biológicos y sus padres afines (Programa Nacional Contra la Violencia Familiar y Sexual del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, 2019).

Sin duda, la preocupación por frenar la violencia en este entorno debe ser prioritaria, debiéndose por otro lado considerar la posibilidad de regular también el contenido de las relaciones entre padres e hijos afines; fijándose los alcances, límites, derechos y deberes que permitan un mejor desenvolvimiento de estos nexos y que prevengan situaciones nocivas para el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes.

II. Novedosas estructuras familiares

Las familias recompuestas representan un desafío para las estructuras tradicionales, patrones matrimoniales y sociales en los que las relaciones familiares naturalmente concebidas en base a relaciones monogámicas, se trasuntan en tradiciones superadas; se han aperturado los sistemas a nuevas figuras, ya no existe el basamento en una sola noción de familia. En este orden por ejemplo, se consideran

las opciones surgidas por la procreación médicamente asistida, las familias multiculturales, las de hecho, las unitarias; ineludiblemente hoy se debe admitir la existencia de una pluralidad de figuras familiares que merecen su aceptación y respeto, y que eventualmente demandan su regulación; si bien estas nuevas configuraciones familiares tienen una connotación mucho más trascendente en lo social, el Derecho no puede ignorar su surgimiento y con él la necesidad de normarlas (Varsi Rospigliosi, 2013).

Con este nacimiento de estructuras familiares, se han erigido también distintas figuras de «padres», que incluso pueden no cumplir roles exclusivos, puesto que las separaciones, los divorcios, las segundas o terceras nupcias o relaciones de hecho sucesivas, originan un sinfín de posibilidades de recomposición familiar. Estas nuevas nupcias o uniones de hecho ya no son como antaño las de personas viudas, sino que corresponden a las de personas que han tenido un fracaso familiar previo, siendo que, incluso esta nueva relación puede constituirse a su vez en el precedente de otra tercera o cuarta; lo cual evidentemente, contribuye a complejizar aún más y multiplicar los vínculos jurídico familiares.

Se debe considerar que en este conglomerado de situaciones, es común que por ejemplo, los hijos habidos de matrimonios y/o convivencias sean confiados preferentemente a las madres, siendo que la siguiente familia a la que se deben adecuar los hijos sea la que la madre forma con una nueva pareja; por otro lado, correspondiéndole al padre la asignación de un régimen de visitas o una tenencia compartida, los hijos deberán eventualmente también adecuarse a convivir con las parejas del padre; es decir, los niños, niñas o adolescentes se ven forzados a identificar figuras y roles poco tradicionales, como lo son el del padre que puede ser distinto al del proveedor de su hogar, o el de la madre que puede ser distinta a la de la protectora del mismo (esto es advertido por los psicólogos como «confusión de papeles familiares») (Somos mamás, 2019).

Toda esta corriente cobra cada vez más dimensiones, las cuales incluso hasta carecen de instrumentos lingüísticos con los que hacerles frente, las denominaciones resultan confusas o insuficientes, siendo el hecho de que los nuevos núcleos familiares representan todo un reto de estudio dentro de las nuevas «constelaciones familiares».⁽¹⁾

En el plano cultural igualmente se carece de elementos de comprensión de las nuevas familias, no se cuenta con reglas sociales mínimas para establecer los roles sociales de los miembros de estas familias, ya la apariencia de estado de familia contemplada en la doctrina, resulta cada vez más inaplicable debido a que quien

(1) Así son llamadas en la doctrina italiana, a partir de la cual se conciben las nuevas formas familiares.

aparentemente es el padre, muchas veces no lo es; así, incluso situaciones tan cotidianas como quien debe asistir a las reuniones del colegio o a las actuaciones o paseos de los hijos, reflejan situaciones desconcertantes.

En este mismo sentido, no resulta extraño que el Derecho haya mantenido igualmente silencio en torno a estas figuras familiares, más allá de considerar los vínculos afines entre sus miembros. Recordemos que, a estas alturas, en nuestra legislación, como tantas otras, ya se tiene superado el dogma de la indisolubilidad del matrimonio y la amplia aceptación del divorcio (incluso en vías notarial y municipal)⁽²⁾; sin embargo, no podemos señalar lo mismo respecto de los tabúes jurídicos existente; en las relaciones personales de los hijos y padre y madre afines.

Son cuestionables en estos entornos la legitimidad de las decisiones domésticas y de reglas de crianza por el padre o madre afín respecto de los hijos e hijas afines, incluso el progenitor que convive con ellos se encuentra limitado por imperio de las normas vigentes, pues en principio debe compartir el ejercicio de la patria potestad con el otro progenitor que distante a la realidad doméstica trata de imponer sus decisiones sobre sus hijos o hijas, colisionando en oportunidades con el llamado «núcleo duro» de derechos del NNA y que dan contenido normativo al principio rector del Interés Superior del niño (Castro Perez Treviño, 2010) entre los que se encuentran el derecho que tienen los NNA a vivir en un ambiente familiar adecuado para su desarrollo integral, a la vida, a la identidad, a la libertad de pensamiento, a realizar las actividades propias de su edad, entre otros derechos recogidos en la Convención sobre los Derechos del Niño y el Código de los Niños y Adolescentes (Organización de las Naciones Unidas, 1989).

La realización del interés superior del hijo afín implica el deber de los progenitores afines de respetar el llamado «núcleo duro» de derechos. De modo que, al hablar de familia ensamblada, queda claro que no nos referimos a la mera suma de miembros provenientes de dos o más familias anteriores que aportan niños, niñas y/o adolescentes a la nueva familia, sino que, además, nos referimos a una configuración familiar específica con roles y reglas propias. Por ejemplo, no es lo mismo ser padre o madre en una familia ensamblada, que ser padre o madre en una familia nuclear. Las relaciones en la primera no ocurren espontáneamente como sucede en una familia tradicional. En las primeras etapas solo el padre o madre ejercerá el rol disciplinario y el nuevo miembro deberá desarrollar primero un vínculo con los hijos de su pareja antes de asumir dicho rol. Por su parte, los niños antes de

(2) Ley 29227 que regula el Procedimiento no contencioso de Separación Convencional y Divorcio Ulterior.

aceptarlo/a comúnmente deberán superar fuertes sentimientos de traición hacia el progenitor del mismo sexo que el recién llegado o la recién llegada a la que hasta ese momento, era su familia nuclear.

III. Hacia una visión «puerocéntrica»⁽³⁾

Con la vigencia de la Convención de los Derechos del Niño, surge para las naciones la obligación de ubicar al niño como centro de interés, en aplicación del Principio de Interés Superior; por lo que existe un compromiso de que los modelos culturales y jurídicos de familia tengan por núcleo a los niños, niñas y adolescentes; tanto más, se debe proteger la vigencia de los vínculos paterno filiales que sí deben ser indisolubles y no se deberían afectar como efecto de nuevas relaciones de pareja de cualquiera de los padres.

En este sentido, es imperativo entender que toda decisión en la que se encuentren involucrados NNA, debe ser tomada atendiendo el superior interés de estos, considerando además que no es posible darle la espalda a las necesidades afectivas y emocionales de estos; y en la medida de lo posible, se debería tener en cuenta su opinión, tan igual que cuando se deben tomar decisiones respecto de su tenencia o disposición de su patrimonio, esto en atención que evidentemente, cualquier vínculo nuevo que establezcan sus padres de manera separada, los afectará o favorecerá inevitablemente.

IV. Padres e hijos afines

Derivado del parentesco por afinidad, que surge por el matrimonio entre uno de los cónyuges con los familiares consanguíneos del otro, identificamos al padre o madre e hijos afines, como el esposo o esposa con el hijo de su esposa o esposo, aquellos que son llamados en los cuentos de hadas como «padrastrós», «madrastras» e «hijastros». En estricto, son parientes por afinidad en línea recta en primer grado; por tanto, existe entre ellos un vínculo jurídico familiar pasible de regulación (Congreso de la República, 1984).

Si bien, el parentesco por afinidad se establece legalmente por la celebración del matrimonio civil, como se ha descrito; algunos de sus alcances son pasibles de aplicarse a los convivientes e hijos de sus parejas; en tal sentido, también podemos adaptar estos fundamentos para las uniones de hecho, tanto más si son estas las más frecuentes.

(3) Término acuñado por Freidrich Froebel, aplicando su método a la educación, este principio considera al niño, niña o adolescente como centro o punto de partida de la acción y centro del proceso de educación.

V. ¿Es posible regular las relaciones en las familiastras?

Se advierte cada vez más la necesidad de contar con reglas para sustentar las relaciones entre los miembros de estos vínculos afines, puesto que los problemas que se presentan en torno a ellos tienen múltiples caracteres, como los de orden patrimonial y personal. En el primero de ellos se sitúan los supuestos en los que se plantea la necesidad de regular deberes de carácter patrimonial, dimensión que merece atención puesto que se debe tomar en cuenta la imposibilidad de división de responsabilidades en las que inclusive se puede identificar una obligación alimentaria por parte de los padres respecto de los hijos afines (Rodríguez Iturri, 2018).

Esto ha sido ya advertido por algunas legislaciones, habiéndose establecido pautas de desenvolvimiento bastante razonables; el Código Civil Suizo, recoge lo siguiente: «Es deber del padre o madre afín apoyar al cónyuge de manera apropiada en el ejercicio de la autoridad parental sobre los hijos nacidos de otra unión y representarlo cuando las circunstancias lo exijan». A su vez el BGB alemán considera que el padre o madre afín (*Stiefeltern*), tienen derecho de actuar juntamente con la madre o padre en el cuidado de su hijo o hija afín, siempre y cuando dicha actuación resulte razonable. En el caso del derecho francés, se presenta de manera más específica la figura, ya que se regula como una asistencia consultiva, ya que las decisiones le corresponden solo al titular de la autoridad parental. Por otra parte, se contempla la posibilidad que el padre, a cargo de los hijos de una unión anterior, sea representado por su nuevo cónyuge ante las siguientes eventualidades: si aquel se halla impedido de actuar y fuere necesario hacerlo, ya sea cuando se trata de actor usuales concernientes al niño (por ejemplo, firma de boletines, consulta médica) o cuando se deba actuar sin demora (una intervención quirúrgica) (Hurtado Chancafe, Urcia Quispe, & Guzmán Morales, 2017).

En el escenario óptimo se presenta al hijo con el padre afín compartiendo armónicamente experiencias enriquecedoras; pero no faltan por otro lado, situaciones de contraste, en las que la nueva pareja puede ser vista por el hijo como un intruso o intrusa, puede que la aceptación de la relación no llegue a concretarse y que las relaciones familiares puedan no ser las mejores; por tal motivo surge la pregunta si ¿es conveniente que se establezcan normas que regulen la filiación social de la misma forma como regula la filiación biológica?, y si esta regulación resulta conveniente para las relaciones de colaboración entre hijos y padres afines.

En ese sentido, ¿resulta conveniente la intervención del legislador o basta la intervención del juez para establecer las situaciones familiares de manera más flexible?, ¿es el Derecho el mecanismo más viable para estabilizar o formalizar tales vínculos? Para responder estas interrogantes resulta necesario recordar cuál es el

fundamento de las relaciones familiares, el mismo que en antiguo se identificó como el ejercicio pleno de poder, de control y de autoridad de los cuales gozaba el *pater* respecto de sus hijos y de todo cuanto vivía bajo su techo, luego se fue morigerando hacia el respeto y la asistencia mutuas, teniendo como principal instrumento al consenso en el cual pueden intervenir incluso los hijos, – esto último en atención a lo establecido por la Convención de los Derechos del Niño, que manda escuchar su opinión en todos los asuntos que le sean de interés⁽⁴⁾, esto solo supeditado a su grado de madurez y a su preeminente provecho (Barcia Lehmann, 2013).

Ante la posibilidad de duplicidad de roles, riesgo que se corre al pretender establecer normativamente deberes para los padres o madres afines, surge también la preocupación respecto de la conservación de las relaciones con los padres y madres biológicos, lo que se salva con las múltiples convenciones que se pueden celebrar. En la mayoría de países se ha implementado la mediación familiar, la cual se constituye en el mecanismo más que idóneo para la resolución de conflictos familiares, surgidos de situaciones la mar de variadas; por otro lado, se presentan figuras como la tenencia compartida que ha aportado la posibilidad de constituir corresponsabilidades entre los padres, permitiendo la conservación de vínculos que de otra manera se podrían ver afectados.

Vale recordar igualmente la posibilidad de que el cónyuge del padre o madre opte por adoptar al hijo, y así constituirse en padre o madre legal; esto sin embargo, se presenta en menor medida, generalmente cuando el otro padre o madre biológico lo autoriza y cuando el NNA lo consiente (en caso de tener edad para hacerlo); esto sin embargo, no implica que el verdadero progenitor esté ausente, y por tanto, que vaya a mantenerse al margen de la crianza y contacto del hijo; representando entonces un estadio que precisa delimitación de potestades. Por otro lado, esta posibilidad solo le puede corresponder al cónyuge del padre o madre, mas no al conviviente; lo que representa igualmente una limitante (Congreso de la República, 1984).

No obstante, cabe hacer mención a las alusiones que el Código de los Niños y Adolescentes realiza sobre padres e hijos afines (Congreso de la República, 2000):

- a) Art. 90, referido a la extensión del Régimen de Visitas, señala que: «El régimen de visitas decretado por el Juez podrá extenderse a los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, así como a terce-

(4) Artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño: «1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño [...]».

ros no parientes cuando el Interés Superior del Niño o del Adolescente así lo justifique»;

- b) Art. 128, relativo al proceso judicial de adopciones por excepción, se hace una expresa alusión al padre afín, al señalar en su inciso a, que podrán iniciar acción judicial de adopción ante el Juez especializado sin que medie declaración de estado de abandono del niño o adolescente.

Sin embargo, la ausencia de reglamentación de las relaciones bajo análisis, mantiene algunos problemas pendientes de solución, como la atribución al progenitor social de poderes, derechos y obligaciones de naturaleza personal (relativos al cuidado y a la educación de los hijos del otro), y también de naturaleza patrimonial (en orden a la manutención de los hijos); y efectivamente se pueden generar ámbitos de colisión al surgir la necesidad de coordinar estas atribuciones que corresponden al progenitor no conviviente. Es menester considerar, así mismo, el caso, para nada infrecuente, del divorcio o del fin de la nueva convivencia. ¿Puede ser conveniente garantizar cierta continuidad a la relación entre el menor de edad y el progenitor social, por lo menos cuando este ha cumplido un papel positivo en el desarrollo del hijo?

VI. Comparación de derechos

Esta última interrogante ya ha sido contestada en algunos países: Estados Unidos, lo libra a los acuerdos entre los interesados, aunque en algunos Estados se establecen obligaciones legales de manutención propiamente dichas, que corren por cuenta del progenitor social; en Europa, por su parte, se advierten tentativas parciales a las que el legislador presta atención, principalmente, a los aspectos patrimoniales, en Holanda por ejemplo, se regula que el cónyuge (solo el cónyuge, no el conviviente) está obligado a contribuir a la manutención de los hijos del otro, con el cual conviva.

En el Código Civil alemán (1607 BGB) se impone una obligación atenuada o «indirecta», el cónyuge del progenitor puede ser destinatario de una pretensión de manutención por parte del hijo de este, pero solamente cuando el primero, de forma espontánea, ya se haya subrogado al progenitor en dicha manutención, y respecto a los nexos personales, se reconoce el derecho del hijo a visitar a ambos progenitores, derecho que se extiende «[...]para las visitas de otras personas con las cuales el hijo tenga lazos, siempre que la preservación de estos contactos convenga para su desarrollo» (1626,3 BGB) (Parlamento alemán, 1900).

En el derecho inglés (en la *Child Support Act* de 1991, y en sus posteriores modificatorias) se ha prescrito que los tribunales pueden imponer obligaciones de

manutención a cargo del progenitor social que, ya haya mantenido efectivamente al menor de edad con anterioridad, siempre que los progenitores obligados no se hallen en condición de hacerlo por sí mismos. El hijo, tiene derecho, a que se preserven otras relaciones significativas con adultos distintos de sus padres biológicos, los adultos también pueden conseguir la responsabilidad de los progenitores biológicos, sin sustituirlos sino sumándose a estos; lo que denota una equiparación sustancial entre progenitor social y progenitor biológico (Parlamento Inglés, 1991).

En Francia, la *autorité parentale* corresponde a ambos progenitores, incluso con posterioridad a su separación (art. 373-2 del *Code civil*), siendo que se le reconoce al niño el derecho de mantener relaciones personales con sus ascendientes, y también con terceros, aunque no fueran sus parientes. Por otro lado, el juez puede establecer, en interés del niño, las modalidades de las visitas (art. 371-4, según la reforma del 2002). Se contempla igualmente, la posibilidad de una «delegación» de la autoridad paterna; bajo apreciación del juez y, por acuerdo de los padres, en un tercero que puede ser un miembro de la familia o un «*proche digne de confiance*»; una persona de confianza, que podría ser incluso el progenitor social (art. 377 del *Code Civil*) (Parlamento Francés, 2002).

En tal sentido y a este respecto, nada impide que se establezcan alcances normativos que regulen aspectos personales y patrimoniales de las relaciones entre padres, madres e hijos afines, como lo serían los alimentos, la representación excepcional, la vigilancia y corrección moderados.

VII. Salidas jurisprudenciales

De otro lado, en lo que respecta a las familias de hecho, su regulación debe ser tarea de la jurisprudencia, observando la doctrina, primando los derechos fundamentales, en especial los del NNA; los jueces deben buscar la solución idónea en cada caso concreto, mediante acuerdos, considerando la opinión de los involucrados, es especial del NNA (siempre de acuerdo a su madurez).

En nuestro ámbito, tenemos por referentes algunas decisiones del Tribunal Constitucional en torno al reconocimiento de las familias ensambladas, la emblemática sentencia recaída en el Exp. N.º 9332-2006-PA/TC establece:

VI. Desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Así, cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear,

conformada alrededor de la figura del pater familias. Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho, las monopaternales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas.

El supremo intérprete constitucional considera también que, en relación a esta estructura familiar[...]

8. En realidad no existe un acuerdo en doctrina sobre el *nomen iuris* de esta organización familiar, utilizándose diversas denominaciones tales como familias ensambladas, reconstruidas, reconstituidas, recompuestas, familias de segundas nupcias o *familiastras*. Son familias que se conforman a partir de la viudez o el divorcio. Esta nueva estructura familiar surge a consecuencia de un nuevo matrimonio o compromiso. Así, la familia ensamblada puede definirse como «*la estructura familiar originada en el matrimonio o la unión concubinaria de una pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa*».

En su desarrollo, igualmente se reconoce que en estos grupos familiares se presentan un sinnúmero de situaciones, atendiendo a su dinámica diferente, problemas que se manifiestan principalmente a nivel del establecimiento de deberes y derechos entre sus miembros (Proceso de amparo, 2006)

El Tribunal analiza a detalle estos modelos familiares, señalando que los «hijastros» forman parte de la estructura familiar con derechos y deberes especiales, a pesar de conservar la patria potestad de los padres biológicos, atribuyéndole al reconocimiento de estas coyunturas, la identidad de los nuevos núcleos familiares (lo que resulta contrario a lo dispuesto por la carta magna sobre protección a la familia).

En torno al caso concreto desarrollado en esta sentencia, el Tribunal Constitucional señala que no es posible imprimir distinciones entre los hijos, tanto más si por mandato constitucional se preconiza la igualdad entre ellos; siendo, a razón de los magistrados, que tampoco corresponde establecer diferencias entre hijos o hijas afines (hijastros) e hijos, tanto más si se han integrado de manera satisfactoria al nuevo núcleo familiar⁽⁵⁾.

La decisión favorable al demandante por parte del intérprete supremo, consolida en nuestro medio la figura familiar ensamblada, abriendo la posibilidad de incorporar normatividad tendiente a la formalización de los vínculos y su fortalecimiento mediante el establecimiento de deberes y derechos que suplan las actuales falencias en esta parcela del derecho.

(5) Estas consideraciones son desarrolladas en los fundamentos 9 al 18.

VIII. Consideraciones finales

En la medida de que las relaciones afines contribuyan al desarrollo integral de los NNA, debe promoverse su fortalecimiento, estableciendo pautas de regulación claras tendientes a la determinación de deberes y derechos que logren la realización de las dimensiones de realización (de los padres) y de desarrollo (de los hijos), en este último caso, la procura de apoyo, amparo, sustento, educación, protección, buenos ejemplos de vida; pueden ser dotados por los padres o madres afines; tanto más si, voluntariamente estos se imponen el cumplimiento de ciertos deberes. Como correlato, es menester el reconocimiento de cierta autoridad para los padres sociales, téngase presente que estos cumplen el rol no solo como parte del vínculo afín, sino como parte de su deber conyugal de apoyar a la pareja a cumplir con su rol de padre o madre.

Aun cuando los lazos familiares que se establecen entre padres e hijos afines, no se originan en la consanguinidad, corresponde el otorgamiento y cumplimiento de facultades y deberes que garanticen la armónica convivencia, confiriendo la posibilidad de ejercer autoridad a los progenitores sociales, ante la inminente responsabilidad proveedora que cumple. Estos deben brindar buenos ejemplos de vida a sus hijos afines, cuidado y protección, educación y formación para el trabajo; representarlos ante la eventualidad de ausencia del padre o madre biológicos; asimismo, pueden recibir ayuda de sus hijos y se les debe guardar respeto y obediencia.

Si bien la norma relativa a la obligación alimentaria no contempla dicha obligación para los parientes afines, resulta implícito el deber en mérito a la convivencia de las familias ensambladas, siendo prácticamente natural el cumplimiento de este deber, el mismo que eventualmente, por su carácter recíproco, debería revertirse al llegar el padre a una edad avanzada en la que no pueda proveerse su propio sustento.

IX. Conclusiones

- 9.1 A la par de las normas establecidas para frenar la violencia en el entorno de las familias ensambladas, debiera considerarse la regulación del contenido de las relaciones entre padres e hijos afines; fijándose alcances, límites, derechos y deberes que permitan un mejor desenvolvimiento de estos nexos y que prevengan situaciones nocivas para el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes.
- 9.2 Los principios de protección de la familia e interés superior del niño, constituyen el sustento básico para la formalización de las relaciones entre padres, madres e hijos afines, debiéndose respetar el llamado «núcleo duro» de dere-

chos. Cada uno de los miembros de estas familias deben cumplir roles y acatar reglas para contribuir con el fortalecimiento de sus vínculos.

- 9.3 Un enfoque «puerocéntrico» implica que toda decisión en la que se encuentren involucrados NNA, debe ser tomada atendiendo el superior interés de estos, considerando además que no es posible darle la espalda a las necesidades afectivas y emocionales de estos, teniendo en cuenta su opinión cuando sea posible.
- 9.4 Comparando derechos se puede concluir que, nada impide que se establezcan alcances normativos que regulen aspectos personales y patrimoniales de las relaciones entre padres, madres e hijos afines, como lo serían los alimentos, la representación excepcional, la vigilancia y corrección moderadas.
- 9.5 El Tribunal Constitucional peruano, ha establecido pautas jurisprudenciales en relación a familias ensambladas, reconociendo su existencia y determinando sus alcances, así como la aplicación del principio de igualdad de las categorías de filiación, incluso con los hijos afines.
- 9.6 Los roles que cumplen los integrantes de las familiastras deben posibilitar el cumplimiento de deberes y derecho similares a los nacidos de la patria potestad.

X. Lista de referencias

- BARCIA LEHMANN, R. Hacia un sistema de filiación que consagre facultades y derechos específicos para el padre no custodio. *Revista de Derecho*, 2013.
- CASTRO PEREZ TREVIÑO, O. M. Hijos tuyos, hijos míos, hijos nuestros; un reto legislativo. *Bepress - revista electrónica*, 13, 2010.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. *Código Civil Peruano*. Lima: Grijley, 1984.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. *Código de Niños y Adolescentes*. Lima: El Peruano, 2000.
- HURTADO CHANCAFE, A., URCIA QUISPE, M., & GUZMÁN MORALES, B. *El deber alimentario entre los integrantes de las familias reconstituidas, en el sistema jurídico peruano*. Chimbote, 2017.
- MARISCAL, T. *Padrastrós maltratan a sus entenados por considerar una carga que no es de ellos o un estorbo para su relación*. Lima: El Peruano., 2012.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Convención sobre los derechos del niño*, 1989. Obtenido de <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>.
- PARLAMENTO ALEMÁN. *Código Civil Alemán - Bürgerliches Gesetzbuch*. Berlín, 1900.

- PARLAMENTO FRANCÉS. *Reforma al Code Civil*. París, 2002.
- PARLAMENTO INGLÉS. *Child Support Act 1991*. Londres, 1991.
- POMALIMA CARRASCO, R. *Maltrato de padrastrros y madrastras*, 2018.
- PROCESO DE AMPARO, 09332-2006-PA/TC (Tribunal Constitucional 2006).
- PROGRAMA NACIONAL CONTRA LA VIOLENCIA FAMILIAR Y SEXUAL DEL MINISTERIO DE LA MUJER Y POBLACIONES VULNERABLES. *Informe estadístico de violencia contra niños, niñas y adolescentes*. Lima, 2019.
- RODRIGUEZ ITURRI, R. *Instituciones del derecho familiar no patrimonial peruano*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2018.
- SOMOS MAMÁS, b. *Somos mamás* Obtenido de <https://www.somosmamas.com.ar/familia/roles-familiares/>, 2019.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, E. *Tratado de Derecho de Familia*. Lima: Gaceta Jurídica, 2013.

Necesidad de determinar la capacidad económica del obligado porcentual alimentario, en la etapa ejecutiva del proceso, por fenecimiento de su vínculo laboral

Need to determine the economic capacity of the food percentual obligate, in the executive stage of the process, by fenciation of its labor link

RUIZ BAZÁN, Edgar(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Posibilidades económicas, remuneración e ingresos. 2.1. Remuneración. 2.2. Ingresos. III. Ejercicio abusivo del derecho. IV. Proporcionalidad al fijar la pensión. V. ¿Es necesario acudir a un nuevo proceso para el reajuste de alimentos en modo porcentual? VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

Resumen: El presente trabajo describe los fundamentos que explican la necesidad de determinar nuevamente la capacidad del obligado alimentista cuya prestación fue fijada porcentualmente, por conciliación en audiencia única o

(*) Abogado por la Universidad Nacional de Cajamarca. Docente en Pregrado de Derecho Civil en la Facultad de Derecho y CC. PP. de la Universidad Nacional de Cajamarca. Estudios concluidos de maestría en la mención en Derecho Civil y Comercial de la Facultad de Derecho de la UNC.

mediante sentencia, debido a tener vínculo laboral vigente y que en la etapa de ejecución del proceso alimentario este fenece; hasta entonces la actividad procesal contribuía a calcular las liquidaciones alimenticias, afectando el porcentaje a la remuneración obtenida; es así que, una vez culminada la relación laboral, el empleador no es más órgano de auxilio judicial, no existe base remunerativa para el descuento porcentual y, finalmente, las posibilidades económicas del alimentista, varían; por ello, es necesario, a decir del autor, un reexamen de las actuales y reales posibilidades económicas, al margen de la obligación de recurrir a un proceso de reducción de alimentos.

Palabras clave: posibilidades económicas, interés superior del niño, seguridad jurídica, ejercicio abusivo del derecho, remuneración mínima vital.

Abstract: This paper points out the fundamentals that explain the need to determine again the capacity of the obligor whose provision was set in percentage, by conciliation in a single hearing or by sentence, due to having a current employment relationship; and that at the stage of execution of the food process, it dies; until then, the procedural activity contributed to calculate the food liquidations, affecting the percentage to the remuneration obtained; Thus, once the employment relationship is over, the employer is no longer a body of judicial assistance, there is no remuneration basis for the percentage discount and, finally, the economic possibilities of the foodstuff vary; Therefore, it is necessary, according to the author, a re-examination of current and real economic possibilities, regardless of the obligation to resort to a process of food reduction.

Key words: Economic possibilities, best interests of the child, legal certainty, abusive exercise of the right, minimum vital remuneration.

I. Introducción

La Constitución Política del Estado peruano consagra como orden prioritario la protección de la familia y, más aún, de quienes están en situación vulnerable, de esta manera, el art. 4 de nuestro máximo cuerpo normativo, 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 [...]». No es llamativo, entonces, que históricamente las necesidades de la familia y de sus integrantes sean política social e institucional del Estado debido, contrariamente, al alto índice de vulneración contra los intereses del grupo familiar.

La subsistencia de la persona, desde antes de su nacimiento, exige la atención los progenitores y familiares. Lamentablemente la ausencia de la misma es la principal causa de litigios judiciales en el Perú; cubrir las necesidades básicas exige no

solo la alimentación propiamente dicha, sino también el vestido, educación, vivienda, salud, recreación, y asistencia psicológica, conforme lo establece el artículo 472 del Código Civil vigente.

El deber de asistencia es atribuido a todos los integrantes del grupo familiar, más cercano, vale decir, entre cónyuges, ascendientes, descendientes y los hermanos, tal y conforme lo señala el artículo 474 del Código Civil, ello concordado con el artículo 481 del mismo cuerpo normativo; es decir, atendiendo a las posibilidades del alimentante y las necesidades del alimentista, lo que comúnmente debería prestarse en un clima voluntario, espontáneo, afectivo, y pacífico;

Estos criterios, como parámetros rígidos normativos, suelen pasar desapercibidos cuando los responsables de un menor de edad viven en cordialidad y afectividad sea mediante la simple convivencia o a través del matrimonio; el problema surge ante su separación, por diversas razones surgidas en el hogar y que no vienen al caso explicar, quedando la interrogante de quien tendrá la custodia o tenencia del menor y cómo se atenderá a sus necesidades.

Siendo así, cabe explicar que ante esta situación existen dos formas de prestar alimentos, de manera directa, por el padre o madre a cargo del menor, o del progenitor separado cuyo monto se fija por acuerdo, y de manera judicial, ante la negación de prestar voluntariamente alimentos, o la insatisfacción por el monto.

Es así que, citando el texto del art. 481 del Código Civil: «Los alimentos se regulan por el juez en proporción a las necesidades de quien los pide y a las posibilidades del que debe darlos, atendiendo, además, a las circunstancias personales de ambos, especialmente a las obligaciones a que se halle sujeto el deudor. No es necesario investigar rigurosamente el monto de los ingresos del que debe prestar los alimentos». Del texto, lo que nos interesa a efectos del presente trabajo es detenernos un momento en las posibilidades del alimentante, ello es motivo de desarrollo doctrinal y jurisprudencial.

El profesor Varsi Rospigliosi, (2012) considera tres formas de prestar alimentos: a) prestación dineraria, b) prestación en especie y c) prestación mixta (pp. 458-459). Solo señalaremos algunos aspectos de la prestación dineraria; esta prestación puede otorgarse en monto fijo o de manera porcentual hasta un máximo del 60 % del total de los ingresos (art. 648 inc. 6 del Código Procesal Civil).

Cuando el obligado alimentario tiene la condición de trabajador y, por tanto, percibe una remuneración y beneficios adicionales, suele fijarse el monto en función a una tasa porcentual de sus remuneraciones, de este modo, si estas aumentan, automáticamente aumentará la pensión alimenticia y consecuentemente si disminuye, será lo propio, tarea en la que coadyuvará el empleador en una suerte de órgano de auxilio judicial.

La liquidación de alimentos es una tarea que tiene cabida en la etapa de la ejecución del proceso y se da cuando ante requerimiento de cualquiera de las partes, lo cual no debería irrogar problema alguno que no pueda ser resuelto con simples operaciones matemáticas; sin embargo, por la práctica litigiosa se me presentó un caso particular y que, a la luz de ello, tuve conocimiento de otros casos en los que hubo cierta controversia al momento de establecer la liquidación de alimentos, cuya prestación fue establecida porcentualmente, pero que en el decurso de esta etapa (ejecución). El obligado había terminado su vínculo laboral, ante ello, surgieron algunas interrogantes, ¿se debe liquidar el monto alimentario conforme a la remuneración percibida, para períodos en los que ya no goza de la misma?, ¿es el principio del Interés Superior del Niño el que se sobrepone, debiendo ostentar siempre un ingreso similar al que ganaba?, ¿el no acudir a un proceso adicional de reducción de alimentos, justifica el aplicarse la liquidación conforme al monto otorgado con anterioridad?

A nivel judicial, estas dudas, no han pasado desapercibidas, por lo que es necesario encontrar una salida a estas preguntas, a fin de no lesionar los derechos de las partes, la seguridad jurídica, pero tampoco la subsistencia de las mismas, debido a la rigidez excesiva del proceso, aunando a un daño otro de magnitud considerable.

II. Posibilidades económicas, remuneración e ingresos

El Código Civil, en su art. 481, señala que los alimentos se fijan en función a las necesidades de quien los pide y las posibilidades de quien debe otorgarlos, ergo, la denominación: posibilidades, ha sido analizada en diversos aspectos, partiendo de que no siempre está relacionada con la efectiva y actual obtención de alguna renta, sino en la potencialidad de generarse la misma, atendiendo a aspectos como edad, buena salud, grado de instrucción o formación, capacidad e inserción laboral, etc., lo cual, excluye el criterio erróneo que aquellos progenitores que no laboran o estudiantes, puedan eximirse de dicha responsabilidad.

Al respecto, el profesor Héctor Cornejo (1999), citando a Josserand, comenta que «así como el acreedor alimentario debe hallarse en estado de necesidad, el deudor alimentante debe tener lo superfluo, mas el juez habrá de considerar no solo los ingresos del demandado y su situación de familia, sino también sus posibilidades de ganar más de lo que actualmente gana, aunque dichas posibilidades deben medirse con cautela y de acuerdo a cada caso concreto» (p. 579).

Sin embargo, si nos remitimos a aquellos obligados, que perciben una retribución por la labor realizada, podemos diferenciar dos conceptos en cuanto a su capacidad económica: los ingresos y las remuneraciones.

2.1. Remuneración

La remuneración, además de ser uno de los elementos de la relación laboral, al lado de la prestación personal, y subordinación es, según Toyama (2005), «todo lo que percibe el trabajador por los servicios prestados sea en dinero o especie. La remuneración comprende aquellos conceptos que representan una ventaja o beneficio patrimonial para el trabajador y su familia –ya sea en bienes o servicios–, sin tener en cuenta la condición, el plazo o la modalidad de entrega» (p. 310).

A decir del profesor Enrique Varsi (2012), la remuneración es un concepto restringido al ámbito laboral. Con las particularidades detalladas en sus normas, en consecuencia, no todo dinero o especie que recibe una persona es remuneración (p. 475).

2.2. Ingresos

Al mencionar ingresos, este término se puede asimilar al concepto tributario de renta, el cual viene determinado por el valor monetario del incremento neto de riqueza en un cierto tiempo, vale decir que la remuneración solo comprende una parte del conjunto denominado: ingresos.

El Código Civil, contempla, en su regulación, ambos términos, por ejemplo, en el artículo 482 señala que cuando el monto alimentario se fija en porcentaje y las posibilidades varían, el reajuste de las remuneraciones se realiza automáticamente; por el contrario, el artículo 483, del mismo cuerpo normativo, precisa que si los ingresos disminuyen o el alimentista ha cumplido la mayoría de edad y no continúa con estudios superiores exitosos, se puede solicitar la exoneración de los alimentos.

En este orden de ideas, las posibilidades económicas a fin de fijar porcentualmente el monto alimentario, está referido a todos los ingresos, esto es, no solo remuneraciones, sino también bonificaciones extraordinarias, escolaridad, etc.

En la práctica procesal nos hemos encontrado con casos en los cuales, después de haberse fijado el porcentaje que afecta al monto de ingresos percibidos por el obligado, en la etapa de ejecución el empleador comunica al juzgado a cargo del proceso alimentario, que el obligado ya no es más trabajador de la empresa o entidad pública; sin embargo, este no ha acudido a un proceso adicional de reducción de alimentos, a fin de disminuir la pensión alimenticia; ergo, en la etapa de ejecución de la sentencia se solicitan consecutivas liquidaciones, y es en esta etapa que surge la contingencia del término del vínculo laboral, la interrogante es ¿cuál es la base de ingreso a la cual se aplicará el porcentaje establecido en la etapa decisoria?

Hay quienes han ensayado la postura de que debe aplicarse respecto a los ingresos que se consignan en la última boleta, puesto que no se puede vulnerar el principio de Interés Superior del Menor, además que el obligado no ha sido suficientemente diligente para demandar reducción de alimentos a través de otro proceso.

Por otro lado, existen magistrados que consideran que sería injusto y desproporcional aplicar el porcentaje a un monto que actualmente no se percibe, debiendo tomarse como base a la remuneración mínima vital, podemos señalar, por ejemplo, las decisiones del Segundo Juzgado de Familia, que resolvió en apelación algunos procesos como los signados con los números de Exp. 52-2005 (Prorratio de Alimentos- En apelación proveniente del Segundo Juzgado de Paz Letrado) y 174- 2009 (Alimentos- En apelación proveniente del Tercer Juzgado de Paz Letrado).

Exp. 52-2005-81-0601-JP-FC-01: SENTENCIA

CONSIDERANDO 5: «En cuanto a que no se puede cobrar el porcentaje de las pensiones aprobadas judicialmente por el hecho del despido del impugnante de su centro de trabajo, efectivamente, se ha acreditado con el certificado de trabajo de folios cuarenta, que el demandado impugnante ha laborado en Minera Yanacocha SRL, desde el uno de agosto de 2001 hasta el treinta de setiembre de 2012, siendo así las pensiones liquidadas y aprobadas, desde octubre de 2012 hasta junio de 2013, y que se ha realizado sobre la última remuneración percibida por el impugnante en setiembre de 2012, conforme así se evidencia de la liquidación realizada por la oficina de pericias judiciales, constituye un ejercicio abusivo del derecho de las alimentistas que la Constitución y la Ley no amparan. En ese sentido, el hecho de que se haya aprobado una liquidación de pensiones realizada sobre remuneraciones que no han sido efectivamente percibidas por el obligado, afecta el debido proceso en tanto evidencia, que la resolución que las aprueba se sustenta en una motivación aparente que afecta el derecho a la debida motivación de las resoluciones que tienen los justiciables, así se establece en los numerales 3 y 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado».

CONSIDERANDO 6: «El hecho de que no se puede determinar el monto de las remuneraciones del demandado o que este haya dejado de percibir una remuneración mensual, no implica que no esté obligado a cumplir con las pensiones que se han aprobado judicialmente o que el juez no debe liquidar las pensiones devengadas, pues estas tienen sustento en las posibilidades económicas del obligado y no en las remuneraciones que percibe mensualmente. En casos similares, en aplicación del principio de equidad y en atención a que los jueces no podemos dejar de administrar justicia por

defecto o deficiencia de la ley, se ha establecido que cuando el porcentaje de la pensión de alimentos no pueda liquidarse por despido, suspensión o interrupción de las labores del obligado, la liquidación deberá practicarse teniendo en cuenta la *remuneración mínima vital*[...]».

IV. Ejercicio Abusivo del Derecho

Al tolerar un cálculo del monto liquidado, a pesar que ha desaparecido el supuesto fáctico que da origen a la base económica cierta, respecto de la cual se aplicará la tasa porcentual establecida en audiencia única o en la sentencia, no solo trastoca la esencia misma del Derecho, puesto que, como bien se sabe, desde una visión tridimensional, este no solo se constituye por el elemento normativo, sino fáctico, además del valorativo o filosófico; los supuestos mencionados advierten la no existencia del supuesto fáctico para una deducción porcentual, además no se ajusta al sustento valorativo de alcanzar la justicia, ya que no es que se niegue la obligación, pero no responde al criterio de justicia, el cual representa la finalidad mediata del Proceso Judicial. Si bien hay un derecho subjetivo del o la representante legal del menor a solicitar la liquidación devengada de los montos adeudados, no justifica realizar un cálculo de un monto, causando afectación al obligado.

Al respecto, Fernández Sessarego (1999) sostiene que «[...] el fenómeno jurídico conocido como «abuso de derecho» consiste en una conducta que, sustentándose en un derecho subjetivo, se convierte en antisocial al trasgredir en su ejercicio o, a través de su omisión, un genérico deber jurídico que cristaliza el valor solidaridad. Ello origina un específico *sui generis* acto ilícito que no es materia de la responsabilidad civil. Lo antisocial es lo «irregular», lo «anormal», es decir, contrario a la solidaridad y, por ende, de la moral social» (p. 163).

V. Proporcionalidad al fijar la pensión

El profesor Enrique Varsi (2011) nos ilustra que en materia de fijación de alimentos debemos partir siempre de la premisa que los alimentos no deben ser utilizados como medio de participar en el patrimonio del alimentante, ni mucho menos de obtener su fortuna. Los alimentos son otorgados por una cuestión *ad necessitatem*. El alimentista es quien necesita, no quien exige participar –tal cual accionista– en las utilidades o nuevos ingresos del alimentante (p. 422).

De igual modo, la profesora Claudia Canales (2013) señala que el presupuesto de la proporcionalidad al fijar alimentos responde a un tema de equidad, equilibrio y justicia (p. 61).

Por ello, consideramos que tan injusto es tratar de participar a modo de accionista en las utilidades y demás beneficios del obligado, como persistir en efectuar liquidaciones porcentuales respecto a un monto económico después de haber culminado el vínculo laboral y no percibir los mismos ingresos.

VI. ¿Es necesario acudir a un nuevo proceso para el reajuste de alimentos en modo porcentual?

La regla general explica que para el reajuste de la pensión de alimentos exige la realización de nuevo proceso judicial, ya que recordemos que la naturaleza del proceso alimentario no genera cosa juzgada material, sino solamente formal; sin embargo, se debe tener en cuenta que ello solo aplica para lo establecido en monto fijo, pues el artículo 482 del Código Civil prescribe que al tratarse de montos fijado a nivel porcentual, el reajuste es automático, no requiriendo de un proceso adicional.

De esta manera:

Artículo 482. «La pensión alimenticia se incrementa o reduce según el aumento o la disminución que experimenten las necesidades del alimentista y las posibilidades del que debe prestarla. Cuando el monto de la pensión se hubiese fijado en un porcentaje de las remuneraciones del obligado, no es necesario nuevo juicio para reajustarla. Dicho reajuste se produce automáticamente según las variaciones de dichas remuneraciones».

El artículo en mención está pensado en la reducción o incremento de los ingresos del trabajador, en ese supuesto, es evidente que al ser la tasa porcentual la aplicable, graduará el monto de manera automática conforme la variación; sin embargo, no se ha contemplado la contingencia del fin del vínculo laboral, siendo que la tasa porcentual, sea de 10 %, 20 %, 40 %, etc., no sufrirá variaciones por ser esta la modalidad determinada en la sentencia, salvo que se intente modificar la modalidad de prestación alimentaria, lo cual sí exigirá un nuevo proceso.

Nuestro trabajo refiere al hecho de no variar el modo de prestación, sino que a efectos de liquidación, identificar la base económica respecto de la cual se aplicará la tasa porcentual ya fijada previamente. Respondiendo al artículo 482, si se pretende un reajuste de la base económica que representa a los ingresos del obligado, debe efectuarse en el mismo proceso de alimentos; si bien quienes defienden el principio de Interés Superior del Niño, exigirán que se practique la liquidación respetando el monto que corresponde mínimamente a la última boleta de pago; por el contrario, quienes privilegian el criterio de equidad, respetando los derechos del alimentante, señalarán que se fije conforme a la remuneración mínima vital como lo expresa la jurisprudencia.

Sin embargo, consideramos que considerar los dos ámbitos para la determinación de alimentos: a) necesidades del alimentista y b) posibilidades del alimentante; sin vulnerar el Principio de Interés Superior del Menor, sin ejercer de manera abusiva un derecho subjetivo, además de no atentar contra la subsistencia del alimentante y además de estar facultado para hacer el reajuste conforme al artículo 482 del Código Civil en el mismo proceso, consideramos necesaria la alternativa de establecer para estos casos en específico la celebración de una nueva audiencia de carácter extraordinario, en donde se puedan identificar las posibilidades actuales, a fin de llegar a la finalidad mediata de todo proceso judicial, la paz social en justicia.

VII. Conclusiones

- Existen tres formas de prestación alimentaria: a) en dinero, b) en especie y c) mixta, siendo que la forma dineraria es establecida judicialmente en monto fijo y de manera porcentual, esta última suele aplicarse en su mayoría cuando el obligado tiene una relación laboral y percibe ingresos periódicos.
- Al culminar el vínculo laboral del obligado alimentista en prestación porcentual y teniendo que calcularse liquidaciones en la etapa de ejecución, surge la controversia y debate judicial de saber si la tasa porcentual se aplica respecto a la última boleta o sobre la remuneración mínima vital.
- Una salida que se pretende es exigir al obligado acudir a un nuevo proceso a fin de hacer el reajuste del monto alimentario, sin embargo, consideramos que ello solo sería exigible cuando se pretendiera modificar la modalidad de la prestación de porcentaje a monto fijo, pero en los demás casos en los que se pretenda identificar los ingresos reales y actuales, se ventilará en el mismo proceso.
- Consideramos que en los supuestos de finalización del vínculo laboral del obligado alimentario se debe señalar, aun en la etapa de ejecución, una audiencia extraordinaria a fin de identificar sus reales y actuales ingresos.

VIII. Referencias bibliográficas

- CANALES TORRES, C. *Criterios en la Determinación de la Pensión de Alimentos en la Jurisprudencia. Diálogo con la Jurisprudencia*. 1.^a ed. Lima, 2013.
- CORNEJO CHÁVEZ, H. *Derecho familiar peruano*. 10.^a ed. Lima, Perú: Gaceta Jurídica, 1999.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. *Abuso del Derecho*. 2.^a ed. Lima, Perú: Grijley, 1999.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, J. *Instituciones del Derecho Laboral*. Lima, Perú, 2005.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, E. *Tratado del Derecho de las familias. Derecho familiar patrimonial. Relaciones económicas e instituciones supletorias y de amparo familiar*. Tomo III. Lima, Perú: Gaceta Jurídica, 2011.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, E. *Tratado del Derecho de Familia*. 1.^a ed. Tomo III. Lima, Perú: Gaceta Jurídica, 2012.

La prueba electrónica en el Proceso Judicial

The electronic evidence in the judicial process

DE LA CRUZ CHALÁN, J. Abelardo(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Objeto, fuente y medio de prueba. III. La prueba electrónica en general. IV. El documento como medio de prueba. V. Consideraciones sobre el documento electrónico. VI. Modalidades y ubicación de la prueba electrónica. VII. Valoración de la prueba electrónica. VIII. Otros aspectos sobre la prueba proveniente de las nuevas tecnologías. IX. Jurisprudencia del Tribunal Supremo español. X. Ventajas y desventajas de la prueba electrónica. XI. Conclusiones. XII. Lista de referencias.

Resumen: El presente trabajo tiene como propósito el de abordar los principales aspectos que encierra la prueba electrónica, ya que en la era digital un nuevo escenario está a la vista del derecho, tanto es así que el derecho procesal y probatorio están vinculados con el fenómeno electrónico, y la prueba tradicional que se aporta al proceso no constituye el único mecanismo para los fines procesales, porque hoy en día la prueba electrónica proveniente de una realidad virtual también cumple igual función, la misma que contiene un vasto y peculiar campo de estudio jurídico-electrónico, además, pendiente o de mínimo interés jurídicamente, en particular, cómo debe ser su tratamiento por los operadores jurídicos de tal manera que tenga eficacia procesal y sirva para acreditar un hecho litigioso, sus múltiples manifestaciones, etc.; en consecuencia existiendo una necesidad de crear herramientas encaminadas a darle fuerza probatoria y, por tanto, responder a las exigencias de un mundo

(*) Abogado por la Universidad Nacional de Cajamarca. Correo Electrónico: adchalan@gmail.com

globalizado en donde las nuevas tecnologías predominan cada vez con mayor fuerza y están al servicio del ser humano y del derecho.

Palabras clave: Prueba electrónica, documento electrónico, redes sociales, soporte electrónico, realidad digital, valoración probatoria.

Abstract: The purpose of this document is to develop the main aspects about the electronic proof, since the digital age is the actual scenery is near the law, in consequence the procedural and probationary right are connecting with the electronic phenomenon, so the traditional evidence isn't the unique mechanism to the procedural finality, because actually the electronic proof has obtained of a virtual reality has the same function, the same one that contains a vast and peculiar field of juridical-electronic study, in addition, pending or of minimum juridical interest, in particular, how its treatment should be by the juridical operators with the objective of the proof electronic has to procedural efficacy and serves to accredit a litigious fact, its multiple expressions, etc; in consequence there is a need to create mechanism what give that more certain and so, to respond to the exigencies of the globalized world in which the new technologies have more importance and they are at the service of the humanity and the law.

Key words: Electronic proof, electronic document, socials net, electronic support, digital reality, evidentiary assessment.

I. Introducción

En la era digital un nuevo escenario está a la vista del derecho procesal y probatorio, tanto es así que el proceso pasa por un momento que posiblemente sea un desafío porque tiene que alcanzar su finalidad en un mundo en donde los conflictos de intereses no solamente son demostrados con medios probatorios clásicos que los ordenamientos jurídicos han regulado, sino con otros que están en soportes informáticos o digitales pero con mínimo interés por parte de los operadores jurídicos. Los antecedentes sobre el particular son tratados en sede doctrinaria extranjera, aunque no con el mismo énfasis en la doctrina y legislación peruana, pese a que la prueba digital es un elemento importante para que el juzgador tenga mayor convicción de lo que postulan las partes procesales; en particular, los mensajes de las redes sociales y correos electrónicos si bien están inmersos en un soporte digital, sin embargo, el contenido que hay en ellos puede ser aportado al proceso judicial con el medio que lo contiene, haciendo uso de otras herramientas como la impresión, la proyección en vídeos, la proyección mediante presentaciones, incluso, a través de testigos que pueden declarar sobre el contenido que han podido ver, leer, etc.

La prueba digital no es ajena al ser humano. Actualmente, las personas haciendo uso de las nuevas tecnologías celebran diversos actos jurídicos, por el ejemplo contratan vía electrónica, tal es el caso de la compraventa *online*, y ante el surgimiento de un conflicto de intereses es factible que sea utilizada como medio probatorio para demostrar la celebración contractual. Algo similar ocurre en otros ámbitos del derecho, por citar, las pruebas digitales que acreditan la comisión de un delito, lo que significa que los criminales no coordinan necesariamente mediante el diálogo directo, sino haciendo uso de correos electrónicos, redes sociales que permiten la mensajería instantánea o electrónica, etc.; en otras palabras, los criminales planifican los delitos valiéndose de la tecnología digital, y todo ello coadyuva en su oportunidad para dilucidar un caso penal que debe ser valorado con prudencia por el juzgador.

Dicho ello, en el presente trabajo abordaremos los principales aspectos que encierra la prueba electrónica, partiendo de los conceptos esenciales de la teoría general de la prueba, para luego tratar la noción de prueba electrónica, el documento electrónico, la valoración de este tipo de pruebas, y otros que forman parte del extenso y complejo contenido del particular.

II. Objeto, fuente y medio de prueba

La prueba, como enseña Hurtado Reyes (2009), no solamente es vista como carga o actividad de las partes procesales, sino también como un derecho de todo sujeto (p.527), de ahí que es el medio fundamental para los fines del proceso sin importar la materia que se pretenda dilucidar, pues a raíz de la misma el juez adopta una decisión fundada fáctica y jurídicamente. Si no hay pruebas que justifiquen los hechos afirmados el juez no tendrá una decisión favorable para quien busca la satisfacción de su interés, por lo que no sería correcto un fallo positivo en determinado caso si previamente las partes procesales no han propuesto el suficiente material probatorio, o en su caso, si no se han ordenado pruebas de oficio que permitan esclarecer adecuadamente el hecho en disputa. El conjunto probatorio puede estar conformado por el típico documento físico, testigos, pericias, etc., tal como en la actualidad ha sido regulado en los ordenamientos procesales; sin embargo, en una realidad digitalizada no siempre constituirán pruebas los documentos u otros ya conocidos, sino también aquellos cuyo soporte no es el papel físico pero que de igual manera cumplen una finalidad en el proceso que es la convicción en el juzgador y, por ende, el esclarecimiento fáctico. Entonces, con el aporte de los medios de prueba al proceso no se hace más que convencer al juzgador sobre lo que se está discutiendo y arribar a la certeza de ello, y esa verdad tiene que ser incuestionable, porque «La verdad es como el agua: o es pura, o no

es verdad» (Carnelutti, 1982, p.25). Por tanto, si esto es así, es posible persuadir al juez con la propuesta de pruebas que no necesariamente están plasmadas en un soporte perceptible o material.

Respecto al concepto de prueba, en el sector de la doctrina procesal se ha expresado que «En el lenguaje común, *prueba* se usa como *comprobación, de la verdad de una proposición*; solo se habla de prueba a propósito de alguna cosa que ha sido afirmada y cuya exactitud se trata de comprobar [...]» (Carnelutti, 1982, p. 38). En tal sentido, en el proceso judicial lo que se pretende es concluir que es cierta una situación fáctica en controversia, y para ello se utilizan diferentes medios de prueba que no solamente se materializan en documentos, declaración de parte, testigos, etc., sino en otras pruebas que en el mundo moderno están en soportes electrónicos, y esto, precisamente, es el desafío para el derecho procesal y la administración de justicia en general.

En términos generales la prueba es la razón para que el órgano jurisdiccional adopte determinada decisión sobre un hecho en litigio; el objeto de la prueba hace referencia a los hechos que requieren ser probados; por el contrario, la fuente de prueba es, como sostiene Ledesma Narváez (2016) un aspecto anterior al proceso judicial sobre una situación real que puede o no dar lugar a una actividad procesal (p.18); es decir, la fuente de prueba es ajena al proceso, porque mientras no se haya introducido como parte del material probatorio no tiene fuerza para demostrar un hecho litigioso, y como enseña Meneses Pacheco (2008) la fuente de prueba se diferencia de los medios por su ubicación anterior y pueden recaer en personas y en cosas» (pp.58-59). Por otro lado, el medio de prueba, es el instrumento de donde procede la prueba o los fundamentos que sostengan los hechos litigiosos. En otras palabras, como enseña Acosta Vásquez (2007), es la manifestación de la fuente de prueba; por ejemplo, el testimonio es el medio y los hechos narrados es la fuente (p.66). Respecto de estos dos últimos conceptos el Tribunal Constitucional también los ha diferenciado, refiriendo lo siguiente:

[...] la distinción existente entre fuente de prueba (entendida como realidad extra procesal independiente al proceso) y medio de prueba (que vendría a ser un acto procesal, esto es, una realidad interna al proceso, y por medio del cual la fuente de prueba es ingresada al proceso) [...] (EXP. N.º 05822-2007-PHC/TC, Fundamento 2).

En esta parte de la teoría general de la prueba es donde precisamente la «prueba» no sigue teniendo la misma noción vista en términos clásicos, en el sentido de que dicha prueba no solamente se manifiesta en un soporte de la realidad visible, es decir, el medio de prueba no necesariamente es un docu-

mento o papel que se introduce al proceso. En este ámbito ocurre lo mismo con el concepto de «documento».

III. La prueba electrónica en general

La prueba electrónica desde una perspectiva general es la información respecto de personas o cosas que se obtiene de un medio (o dispositivo) electrónico parte de las nuevas tecnologías, y es aportada al proceso para acreditar un hecho litigioso. No obstante, como toda prueba que pretenda probar un hecho, tendrá que ser idónea y estar revestida de licitud y cumplir con los requisitos de conducencia, pertinencia, etc, lo que incluso así lo ha establecido el Código Procesal Civil para los medios de prueba regulados⁽¹⁾.

IV. El documento como medio de prueba

Al iniciar un proceso judicial de cualquier naturaleza, pongamos por caso, civil, penal, laboral, etc., los hechos postulados tienen que probarse por quien lo afirma, y la manera común de hacerlo es a través de medios de prueba que el ordenamiento jurídico ha regulado, tal es el caso de los documentos, pericias, testimoniales, etc.; y de esta variedad de medios probatorios el documento desempeña un rol esencial para los fines del proceso, ya que del mismo depende si la afirmación respecto de un hecho es cierto o no. En este contexto podemos decir que el documento es un soporte, ya sea físico (material) o electrónico, en donde se plasma (se escribe o se digita) lo que ocurre en el mundo visible y digital, respecto de personas o cosas.

El Tribunal Constitucional ha expresado que el «[...] *documento* puede ser definido como aquel escrito en el que constan datos o se recoge información de tipo fidedigna, la cual puede ser utilizada con la intención de probar algún hecho» (EXP. N.º 03742-2007-PHC/TC, Fundamento 2). Sin embargo, considerando este enfoque no podemos decir de manera apresurada que lo escrito siempre se manifiesta en un papel escrito manualmente, sino va más allá de esta noción⁽²⁾. Por otro lado, en el sector de la doctrina se ha sostenido que documento es el «Instrumento, escritura, escrito con que se prueba, confirma o justifica alguna cosa o, al menos,

(1) «Pertinencia e improcedencia

Artículo 190. Los medios probatorios deben referirse a los hechos y a la costumbre cuando esta sustenta la pretensión. Los que no tengan esa finalidad, serán declarados improcedentes por el Juez. [...]».

(2) En nuestros días el concepto de documento ha cambiado, abarcando a los producidos o digitados por las nuevas tecnologías.

que se aduce con tal propósito» (Cabanellas de Torres, 2008, p. 134). Entonces, generalmente el documento es visto como un soporte material en donde está escrito alguna información sobre personas o cosas que, cuando es ofrecido al proceso, corrobora hechos en disputa⁽³⁾, y los típicos documentos que son utilizados con mayor frecuencia por las partes procesales son el contrato, escritura pública, planos, testamento, acta de nacimiento, acta de matrimonio, títulos valores, acta de conciliación, declaraciones juradas, comprobantes, etc., siempre que esté plasmado en papel o así lo haya reconocido la ley⁽⁴⁾.

El Código Procesal Civil peruano regula al documento y lo denomina como un medio de prueba típico⁽⁵⁾, y en su artículo 233 establece que documento «es todo escrito u objeto que sirve para acreditar un hecho», y este mismo cuerpo normativo en su artículo 234 ha precisado las clases de documentos⁽⁶⁾ que se utilizan como medios probatorios en el proceso civil, pero también el mismo artículo hace referencia a «soportes informáticos»⁽⁷⁾. Por tanto, el ordenamiento procesal civil menciona sobre el asunto de manera general, pero no encontramos desarrollo normativo respecto al documento electrónico u otra prueba producida por las nuevas tecnologías, al menos no con esa denominación. Tampoco este código desarrolla la tipología de la prueba electrónica, pero del artículo precitado es posible advertir la presencia del documento electrónico, en la medida que hace referencia a documentos bajo modalidad de «soportes informáticos» que no es más que un documento en soporte electrónico que contiene una expresión humana. Por otro lado, se debe precisar

(3) La información que contenga un documento puede ser antigua o actual.

(4) Véase el Artículo 234 del Código Procesal Civil en donde se establece las clases de documentos.

(5) «Medios probatorios típicos
Artículo 192. Son medios de prueba típicos:
1. La declaración de parte;
2. La declaración de testigos;
3. Los documentos;
4. La pericia; y
5. La inspección judicial» (El énfasis es nuestro).

(6) «Clases de documentos
Artículo 234. Son documentos los escritos públicos o privados, los impresos, fotocopias, facsímil o fax, planos, cuadros, dibujos, fotografías, radiografías, cintas cinematográficas, microformas tanto en la modalidad de microfilm como en la modalidad de soportes informáticos, y otras reproducciones de audio o video, la telemática en general y demás objetos que recojan, contengan o representen algún hecho, o una actividad humana o su resultado» (El énfasis es nuestro).

(7) Se evidencia que el Código Procesal Civil posibilita la incorporación de la prueba digital que se encuentra en algún soporte informático.

que si bien un documento contiene una manifestación de voluntad, pero no es lo mismo, pues como ha expresado Ledesma Narváez (2016) la prueba que recae en el documento es ajena a la manifestación que pueda contener, lo que significa que el documento viene a ser el objeto y lo que contiene un acto humano (p. 20).

En la actualidad la acelerada evolución de la tecnología digital, las redes sociales, internet y otros instrumentos conexos, hacen variar el panorama de la prueba propuesta al proceso judicial, porque no solamente se trata de introducir medios probatorios en soporte materializado, sino también los que tienen un soporte digital o electrónico que están inmersos, particularmente, en correos electrónicos, en redes sociales, bases de datos, nubes digitales, etc., que de igual manera como sucede con la prueba física, desempeña la misma función que no es más que acreditar la afirmación respecto de un hecho.

El fenómeno de la informática y la tecnología cambia la noción de documento. Por eso, Jijena Leiva (1998) refiere que documento debe entenderse, en un sentido amplio, al instrumento que contiene cierta información, y, en sentido restringido, a los escritos en papel (p. 458). Entonces, esta situación evidente en el espacio de la digitalización conlleva a tener un panorama diferente de lo que es el documento. La línea en sede doctrinaria se inclina a ver el concepto de documento de un modo distinto, y Taruffo (2008) sostiene que tiene una noción amplia que abarca al documento escrito y a los que no lo son, y la otra noción hace referencia al documento en estricto o escrito. Sin embargo, estas nociones dependen de cada sistema (pp. 75-76). En consecuencia, consideramos que en este mundo moderno para los fines del proceso y para generar convicción en el juzgador, es necesario adoptar un concepto *lato* respecto de la prueba documental, visto hoy desde el plano informático que contiene una variedad de supuestos de alto grado de importancia.

V. Consideraciones sobre el documento electrónico

La sociedad digitalizada en la que actualmente vivimos no solamente da preferencia a los documentos que tienen soporte material y palpable; en otros términos, al papel que contiene determinada información sobre el mundo perceptible; sino, además, el dinamismo y expansión de la informática y las nuevas tecnologías permiten que las pruebas estén en una base informática (digital o electrónica), de este modo «Los avances de la informática y la telemática y el uso cotidiano de ordenadores en un número creciente de dominios tienen un amplio abanico de efectos sobre la experiencia jurídica y sobre la práctica del derecho» (Taruffo, 2008, p.85). En este espacio se ubica el ciberderecho que contiene al documento electrónico-categoría o una de las manifestaciones de la prueba electrónica- como prueba en

el proceso que permite acreditar un hecho del espacio digital propiamente dicho, para ilustrar, de la existencia de mensajes instantáneos en alguna red social, de la existencia de otras pruebas electrónicas; como también con ello es posible demostrar hechos de la realidad física, tal es el caso, el contenido de la mensajería sobre un asesinato, la conversación de la celebración de un contrato mediante correos electrónicos, etc. Esta situación ha originado que en el sector de la doctrina se expresen ideas respecto de las tendencias actuales de la prueba y las tecnologías:

[...] en este mundo en el que nos hallamos cada vez estamos más sujetos a las llamadas nuevas tecnologías (TIC) que se centran en tres áreas interrelacionadas: la informática, el video y la telecomunicación, y cuyo desarrollo afecta a más de un área, y suponen la introducción en el mundo del derecho de nuevas fuentes de prueba a través de nuevos soportes y signos distintos de la escritura plasmada en un documento de papel [...] (Pérez Palací, 2014, pp. 4-5).

El fenómeno de los documentos electrónicos se debe a otro fenómeno que cada vez se posiciona con mayor fuerza, esto es, la evolución informática en el mundo globalizado, que en un sentido más preciso lo podríamos denominar como el espacio virtual, electrónico o digital. Su aparición es la expresión de las nuevas tecnologías, de modo que «La informática sustituye los métodos tradicionales de tratamiento de la información» (Ledesma Narváez, 2014, p. 393). Con ello podemos decir que la información que se conozca y se recopile no siempre se encuentra plasmado en un soporte perceptible, sino en medios (o dispositivos) informáticos que también desempeñan su función cuando se tenga que dilucidar un conflicto de intereses o insertidumbre jurídica, porque al fin y al cabo una prueba es útil para determinar la existencia o inexistencia de un hecho⁽⁸⁾, y actualmente el hecho puede ser del mundo físico o del espacio digital, y es factible su probanza con pruebas físicas y digitales, siempre que contengan datos relevantes para ello.

La prueba procedente de la tecnología digital fácilmente es posible que sea ofrecida al proceso mediante la impresión del soporte en donde se encuentra⁽⁹⁾, verbigracia, la información contenida en un correo electrónico, mensajería instantánea

(8) El documento electrónico puede demostrar la existencia o inexistencia de algo mediante letras digitadas, dibujos, diseños, líneas, planos, emoticonos en redes sociales, etc.

(9) Cuando sea posible la impresión de la prueba electrónica, verbigracia, los correos electrónicos, mensajerías, etc., en estricto pasa a ser un medio probatorio tradicional de tipo documental que es palpable. Por eso, cuando ocurre esta situación, a nuestro juicio ya no estamos ante una prueba de naturaleza digital propiamente dicha, por la misma variación de la manera de introducirlo al proceso. Sin embargo, ello no significa que no alcance su finalidad procesal, siempre que sea corroborada con su contenido con el medio electrónico que lo contiene y valorada con el conjunto de medios probatorios ofrecidos..

en redes sociales, etc., estos pueden ser impresos y presentados para demostrar un hecho, como también es factible utilizar capturas de pantalla o «pantallazos» de esa información⁽¹⁰⁾; empero, la discusión estaría en la eficacia (o valor) que tendría esa impresión, al respecto Rojas Rosco (2016) enseña que en estos casos se podría introducir mediante un documento público, por ejemplo, un acta notarial en donde se de fe pública de ello (p. 94). Por lo demás, consideramos que estas pruebas también se proponen al proceso a través de la declaración de las partes procesales, con testimoniales, etc., así, una persona puede testificar que leyó el contenido de un correo o mensaje en la red social que tenía cierta información que ayude a esclarecer la controversia. En efecto, en ciertos casos la prueba de procedencia de las nuevas tecnologías termina expresándose, curiosamente, en medios probatorios conocidos.

Con este tipo de pruebas es posible que el juzgador tenga mayor convencimiento de las afirmaciones de las partes procesales. Los mensajes de las redes sociales y correos electrónicos si bien están plasmados en una base digital, pero la información que hay en ellos puede ser ofrecida al proceso judicial haciendo uso de otras herramientas, así, la impresión, la proyección en vídeos, la proyección mediante presentaciones, incluso con testigos que narren sobre el contenido que han leído, visto, escuchado, etc. De ahí que, siguiendo las ideas de Jijena Leiva (1998) el documento electrónico tiene similares elementos que el que está en soporte físico: están en medios o dispositivos, esto es, en discos, memorias, cintas, etc., hay un contenido de por medio que están escritos en algún idioma, además es posible identificar al autor del mismo (p. 460).

En la contemporaneidad las personas haciendo uso de las nuevas tecnologías celebran actos jurídicos, por el ejemplo, los contratos no precisamente son plasmados en un documento materializado, y ante el surgimiento de un conflicto de intereses, es posible ser utilizado como medio probatorio para justificar la celebración contractual. Por otro lado, si analizamos la parte que involucra al derecho penal, la comisión de delitos no se coordinan necesariamente mediante el diálogo directo, sino se utilizan correos o redes que permite la mensajería instantánea o SMS. En otras palabras, los criminales planifican los delitos haciendo uso de la tecnología y la informática⁽¹¹⁾, y en su oportunidad estas situaciones sirven para ventilar un caso penal que debe ser valorado cuidadosamente por el juzgador.

(10) Cuando este tipo de medios probatorios se ofrecen al proceso es necesario tener cuidado sobre la validez, ya que una prueba electrónica está propensa a ser modificada.

(11) En esta parte también es preciso mencionar que los delitos no solamente se llevan a cabo en el plano físico, así como el robo de pertenencias o documentos físicos; sino hoy en día es posible extraer archivos o documentos electrónicos de manera ilícita..

En síntesis, si bien los medios probatorios digitales son de utilidad para los fines del proceso y arribar a la demostración de lo que se discute; no obstante, no siempre tienen la fuerza de ser creíble, como toda prueba, en la medida que pueden o no ayudar para esclarecer el hecho y, en consecuencia, para persuadir al juzgador. Por eso, el material probatorio digital está propenso a ser manipulado o eliminado⁽¹²⁾; respecto al primero, los datos o el contenido están expuestos a ser alterados mediante otras herramientas electrónicas; por otro lado, la prueba digital puede ser eliminada de la base de datos o, en términos generales, del soporte material u ordenador que lo contiene. Estas circunstancias podrían alterar el normal desarrollo del proceso, en la medida que no se llegaría a la certeza del hecho que se está probando. Sin embargo, en la actualidad el adelanto tecnológico permite que, en algunos casos, se pueda recuperar la información de la prueba digital; es distinto, por ejemplo, que habiendo documentos físicos sean destruidos, lo que haría imposible la recuperación del contenido de esa prueba. Consideramos entonces que, si bien, las pruebas electrónicas están propensas a ser alteradas o eliminadas, pero cabe la posibilidad de que puedan ser recuperadas.

VI. Modalidades y ubicación de la prueba electrónica

En esta parte, enseña Delgado Martín (2017) que hay dos modalidades de prueba electrónica: los datos almacenados en dispositivos y los que se transmiten a través de internet, telefonía y redes (Modalidades de prueba electrónica, párr.1). Esto significa que la digitalización nos ofrece un extenso campo que no solamente involucra a dispositivos electrónicos en donde el ser humano almacena cierta cantidad de datos, sino que la información contenida no se encuentra estática ya que hay de por medio una transmisión digital a través de herramientas diseñadas para estos fines.

Dicho ello, la misma naturaleza de la prueba electrónica no permite su fácil percepción, ya que esta modalidad de medios de prueba puede estar en la memoria interna de cualquier dispositivo electrónico, verbigracia, un computador, un teléfono móvil, una tablet, en un reproductor mp3, mp4, un USB, un disco duro externo, Cd's, etc., pero a su vez se puede encontrar en algún programa digital o necesariamente se utilizan programas para extraerlos y saber de su existencia, esto a nuestro juicio sería una ubicación según el medio que lo contiene. No obstante, esta prueba en el campo de la informática y las redes sociales, también se encuentra en páginas web o en una nube digital que registra y almacena cierta cantidad de información o datos relevantes (documentos, música, videos, etc), en particular,

(12) Son parte de las desventajas de la prueba electrónica.

Dropbox, Google Drive, Google Docs, SkyDrive, Box, etc., lo que vendría a ser una ubicación según el programa que lo contiene. En todos estos medios la persona tiene la posibilidad de guardar una prueba digitalizada, y esta variedad de realidades pueden ser presentadas a un proceso judicial.

VII. Valoración de la prueba electrónica

La valoración de la prueba «[...] es la actividad judicial que consigue el convencimiento o lo rechaza» (Hurtado Reyes, 2009, p. 623). Esta actividad valorativa es exclusiva del juzgador encargo de ver la causa, de modo que analizará en su totalidad el material probatorio propuesto por las partes procesales, partiendo siempre en este caso bajo la regla de que la prueba electrónica es relevante para resolver la causa y cumple con los requisitos de legalidad, como se haría en rigor con cualquier medio de prueba.

Cuando las partes procesales alegan los hechos, en realidad son hipótesis que serán probadas en su oportunidad, es decir, se acreditará si el hecho es verdadero o no bajo estricta valoración del conjunto probatorio⁽¹³⁾. Por eso «La valoración pretende establecer si las pruebas disponibles para el juzgador apoyan alguna conclusión sobre el estatus epistémico final de esos enunciados y, de hacerlo, en qué grado» (Taruffo, 2008, p. 132). En ese sentido, la prueba electrónica, como toda prueba que es incorporada al proceso, persigue un propósito que no es más que es esclarecimiento del hecho controvertido. Esto significa que por más que haya sucedido un hecho, si no hay prueba que lo sustente no se generará convicción en el juzgador y no se podrá demostrar ello. Entonces, lo mismo ocurre con la prueba electrónica, en estricto el documento digitalizado, ya que tiene que ser valorado con el mismo peso y rigor que cualquier prueba y en su conjunto porque de ello dependerá su eficacia procesal, de ahí que el juez tiene el deber de hacer un razonamiento lógico respecto de esta categoría de prueba, porque de la valoración como «[...] actividad fundamentalmente cognitiva que realiza el juez dependerá el resultado final del proceso» (Hurtado Reyes, 2009, p. 623).

La valoración de la prueba electrónica es similar que hacerlo con la prueba cuyo soporte está materializado, ya que implica una actividad en donde el juez haciendo uso de su razonamiento y de las reglas de la sana crítica le otorga fuerza probatoria, es

(13) Véase el Código Procesal Civil:
«Valoración de la prueba

Artículo 197. Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución solo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión».

decir, es el órgano jurisdiccional quien decidirá si la prueba en base electrónica ayuda a esclarecer el hecho y, por ende, tener eficacia procesal. Entonces, la valoración probatoria del juez debe estar «[...] de acuerdo con las reglas de la sana crítica, para saber cuál es la fuerza de convicción que contienen y si gracias a ella puede formar su convicción sobre los hechos que interesan al proceso [...]» (Echandía, 2004, p.416), además de ello considerando de manera integral los medios de prueba propuestos (documentos, testimoniales, pericias, etc.), ya que la prueba de procedencia de las nuevas tecnologías debe tener estrecha relación con las demás.

VIII. Otros aspectos sobre la prueba proveniente de las nuevas tecnologías

La prueba electrónica viene a ser en la sociedad de hoy un medio sustancial en el ámbito procesal; empero, para el mejor cumplimiento de sus fines requiere de una regulación específica que desarrolle su vasto y complejo contenido, específicamente, sobre los tipos de prueba electrónica que se podrían presentar, de su función, de su custodia, de su utilidad, de su tratamiento en el proceso, del ente garantizador o a quien corresponda dar fe de la veracidad y autenticidad, entre otros aspectos que merecen un tratamiento particular.

También un aspecto significativo es respecto a quien da fe de la autenticidad de la prueba digital cuando es impresa⁽¹⁴⁾. En nuestro país quien da fe sobre la autenticidad de los documentos es el notario como profesional del derecho⁽¹⁵⁾ porque esa es su función especializada. No obstante, si bien una prueba que provenga del uso de las nuevas tecnologías es posible sea impresa y presentada ante el notario para que verifique su autenticidad, sin embargo este profesional no es, como tal, un experto en asuntos informático-electrónicos⁽¹⁶⁾, por más que tenga la función de conferir autenticidad.

(14) Cuando es introducida al proceso una impresión electrónica necesariamente deberá ser corroborada con el original a fin de evitar su cuestionamiento, ya que está propensa a ser alterada.

(15) Véase el Decreto Legislativo N.º 1049, Decreto Legislativo del Notariado: «Artículo 2. El Notario
El notario es el profesional del derecho que está autorizado para dar fe de los actos y contratos que ante él se celebran. Para ello formaliza la voluntad de los otorgantes, redactando los instrumentos a los que confiere autenticidad, conserva los originales y expide los traslados correspondientes. [...]».

(16) El notario no elabora el documento, por tanto con la presentación para su autenticación con la identificación de la persona que lo presenta, no es suficiente para dicho fin. De ahí que la función notarial debe estar ceñida a conferir autenticidad a la documentación física, no para asuntos de documentos procedentes de las nuevas tecnologías.

Por esta razón es necesario la creación de una institución especializada en peritaje informático-electrónico⁽¹⁷⁾ para dar validez a este tipo de pruebas con las herramientas electrónicas e informáticas idóneas y utilizadas con exclusividad para estos fines.

IX. Jurisprudencia del Tribunal Supremo español

La Sala en lo Penal del Tribunal Supremo Español mediante Sentencia Nº 300/2015, de fecha 19 de mayo de 2015, ha dado un paso importante en cuanto a la prueba de procedencia de las nuevas tecnologías y aportada al proceso judicial para dilucidar una causa litigiosa. Este tribunal ha establecido los requisitos de validez de la prueba digital, que en este caso se trata de los «pantallazos» de las conversaciones en *Tuenti* ofrecidos al proceso para demostrar la comisión del delito.

a. Los hechos

Una pareja de esposos, Abilio y Belén, decidieron separarse de común acuerdo en el 2005, viviendo luego la madre con Ana y Micaela. Posteriormente un hombre llamado Luis empezó a convivir con doña Belén y sus hijas; sin embargo, debido a los problemas entre los convivientes, Micaela decidió ir con su padre en el 2012. En el 2013, aprovechando la convivencia con doña Belén, Luis empezó a hacer tocamientos indebidos a Ana (delito de abuso sexual), ocurriendo lo mismo en varias ocasiones, con excusa de ayudarle con las tareas de su escuela. Ante estos hechos de manera constante la víctima contó mediante *Tuenti* a un amigo suyo de lo que estaba ocurriendo, sin contarles previamente a sus padres y a su hermana por temor. Sucede que un día en la escuela la víctima se sentía triste, ante ello su compañera le preguntó qué la sucedía, procediendo a narrar los hechos, posteriormente también le contó a la profesora quien comunicó a la Directora y esta citó a la madre de la víctima y a la Policía Municipal, empero la madre no le daba credibilidad a las manifestaciones de su hija⁽¹⁸⁾.

b. El fallo

La Audiencia Provincial de Valladolid, Sección Segunda, mediante la sentencia núm. 346/2014, de 19 de noviembre, condenó a don Luis como autor del

(17) La institución especializada debe estar conformada no solamente por profesionales del derecho, sino sobre todo, por peritos informáticos especialistas en ingeniería electrónica, ingeniería de sistemas o ingeniería en informática y a fines, con la finalidad de encargarse de autenticar las pruebas electrónicas, de tal manera que cuando es ingresada al proceso judicial sea verdaderamente una prueba válida.

(18) Véase los Antecedentes, punto Primero, en la Sentencia Nº: 300/2015, Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 19 de mayo de 2015.

delito continuado de abuso sexual, con una pena de cinco años y un día de prisión, accesoriamente la inhabilitación del derecho de sufragio pasivo durante la condena, la prohibición de acercarse a la víctima y a su domicilio, la prohibición de comunicarse, durante seis años y un día, además de la medida de libertad vigilada una vez terminada su condena⁽¹⁹⁾.

c. Lo relevante de la sentencia del Tribunal Supremo

El caso va en conocimiento mediante recurso de casación al Tribunal Supremo, y uno de los argumentos de la defensa es que el Tribunal *A quo* ha cometido error de hecho en cuanto a la valoración probatoria, precisamente referente a las conversaciones en *Tuenti* entre la víctima y su amigo. Cabe mencionar que se incorporó al proceso los «pantallazos» a fin de demostrar lo ocurrido a la víctima por el acusado. Ante ello la Sala de lo Penal del Tribunal Español hace un análisis sobre la prueba aportada que no era de origen común, sino provenía de un soporte electrónico manifestado en una conversación de mensajería instantánea en *Tuenti*. El Tribunal Supremo es claro al manifestar lo siguiente:

Y es que la prueba de una comunicación bidireccional mediante cualquiera de los múltiples sistemas de mensajería instantánea debe ser abordada con todas las cautelas. La posibilidad de una manipulación de los archivos digitales mediante los que se materializa ese intercambio de ideas, forma parte de la realidad de las cosas. El anonimato que autorizan tales sistemas y la libre creación de cuentas con una identidad fingida, hacen perfectamente posible aparentar una comunicación en la que un único usuario se relaciona consigo mismo. De ahí que la impugnación de la autenticidad de cualquiera de esas conversaciones, cuando son aportadas a la causa mediante archivos de impresión, desplaza la carga de la prueba hacia quien pretende aprovechar su idoneidad probatoria. Será indispensable en tal caso la práctica de una prueba pericial que identifique el verdadero origen de esa comunicación, la identidad de los interlocutores y, en fin, la integridad de su contenido (Sentencia N.º: 300/2015, Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Fundamento 4).

d. A modo de comentario

El Tribunal Supremo español con esta sentencia ha tratado la eficacia probatoria de los «pantallazos», y de este pronunciamiento se desprende que la prueba digital debe tener un tratamiento especial en el proceso, porque no es una prueba

⁽¹⁹⁾ Véase los antecedentes, punto Segundo; además el numeral 1 de los fundamentos de derecho, en la Sentencia N.º: 300/2015, Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 19 de mayo de 2015.

que no sea cuestionable, lo es; por eso a nuestro juicio no es del todo preferible la impresión de la misma, tal es el caso de los mensajes de Messenger u otra red social, sino ser presentada tal como está, sin alterar su contenido o esencia que lo caracteriza, específicamente, ofreciéndolo con el medio (o dispositivo) que lo contiene, como puede ser un computador, un dispositivo móvil, un dispositivo mp3, etc., lo que evita su alteración y pierda fuerza probatoria para corroborar el hecho litigioso, y con ello también se evita que la parte contraria pueda cuestionar su validez y quitarle importancia; por tanto, con la observancia a la manera de ofrecerlo la prueba digital tendrá valor probatorio para los fines del proceso.

Sin bien una prueba de esta índole debe ser tratada en el proceso con cautela; sin embargo, también debe ser sometida a un examen pericial, a fin de determinar su procedencia y no sea cuestionada por ello. El examen pericial permite determinar, en particular, si la prueba ofrecida proviene de uno o más medios (o dispositivos) informático-electrónicos, ya que en el mundo digital es posible que la información se transfiera en la red o entre varios dispositivos. Por otro lado, consideramos que el examen pericial en algunos casos no sería necesario, para ilustrar, cuando la captura de pantalla proviene del dispositivo del titular del derecho amenazado o vulnerado, cuando la persona autora de la amenaza o la vulneración del derecho ha sido sorprendido en el acto por la autoridad de investigación, cuando la persona investigada acepte que el contenido de la captura de pantalla pertenece a su autoría; sin embargo, si pese a que los «pantallazos» se consideren válidos, si la parte contraria solicita su examen pericial no habría impedimento alguno.

El Tribunal Supremo español también ha hecho referencia sobre el anonimato de la prueba electrónica, y esta situación en el ámbito de la informática y la digitalización cabe la posibilidad de crear mensajes o pruebas que no sean factibles de identificar a su autor, porque puede suceder que el contenido esté allí y acredite el hecho en discusión pero sea imposible identificar al autor que digitó ello, por ejemplo, la creación de un correo electrónico falso, una cuenta de red social falsa, etc., todo esto abre un extenso y complejo camino de este tipo de pruebas.

Para concluir, si las partes procesales ofrecen al proceso esta modalidad de pruebas, el juzgador encargado de ver la causa tendrá que considerar todas las situaciones que se presenten a fin de darle validez y eficacia procesal y, por ende, alcance su propósito.

X. Ventajas y desventajas de la prueba electrónica

Los medios probatorios digitales coadyuvan incluíblemente en el proceso y, por ende, para demostrar la veracidad de lo que se sostiene; sin embargo, no siempre puede ser creíble o garantizar su autenticidad, como toda prueba que pretenda justificar una afirmación, en la medida que no en todos los casos ayuda a esclarecer el hecho y, por tanto, a persuadir al juzgador de la veracidad de ello. En esta parte, como desventaja es que el material probatorio digital puede ser manipulado o eliminado, por eso surge la necesidad de un ente especializado a cargo de su custodia a fin de asegurar la prueba. Por lo demás, estas situaciones negativas podrían alterar el normal desarrollo del proceso, en el sentido de que sería cuestionable y no se demostraría la veracidad de lo sostenido. Sin embargo, en la actualidad el mismo adelanto tecnológico e informático permite recuperar el contenido de la prueba electrónica borrada, por el simple hecho de que está en un soporte electrónico; no ocurre lo mismo que habiendo documentos físicos sean desaparecidos por su autor o terceros, lo que sería imposible la recuperación del contenido de esa prueba. Consideramos entonces que, si bien, las pruebas electrónicas están propensas a ser alteradas o eliminadas, pero sería posible su recuperación.

La prueba electrónica si bien en la actualidad no tiene una regulación específica en el ordenamiento jurídico procesal, empero en la práctica resulta siendo un medio permitido y seguro para demostrar lo que se postula, siempre que el soporte en donde haya estado la prueba no haya sido alterado, ya que ello es el riesgo principal, en la medida que son manipulables fácilmente. Entonces, como ha mencionado cierta doctrina, «[...]siempre y cuando el material no haya sido objeto de manipulación, estas pruebas ofrecen una información más objetiva, clara, precisa, completa y neutra que otros medios de prueba como pueden ser las declaraciones de testigos que siempre pueden contradecirse» (Borges Blázquez, 2018, p.546). Estas ventajas no suceden con la prueba entendida en un sentido tradicional. En el ámbito electrónico sucede, por ejemplo, que la declaración sobre un hecho sea posible su corroboración mediante un correo electrónico o un mensaje instantáneo, siempre y cuando no se haya manipulado.

Finalmente, es indudable que la prueba digital tiene que ser tratada de manera cuidadosa; sin embargo, una de sus ventajas más resaltantes es la seguridad, ya que mediante la utilización de programas informáticos es posible recuperar información valiosa de cualquier soporte electrónico, en particular, computadoras, celulares, dispositivos de audio y vídeo, etc., siempre que la persona para evadir de su responsabilidad lo haya borrado, incluso formateado el medio en el cual se ha alojado.

XI. Conclusiones

La prueba electrónica cuya información se obtiene de medios provenientes de las nuevas tecnologías es un elemento que en la actualidad tiene estrecha vinculación con el derecho procesal, probatorio y la administración de justicia, porque no solamente al proceso las partes presentan medios de prueba en soporte físico o en papel, sino el dinamismo de la sociedad digitalizada y los diversos conflictos de intereses de los sujetos exigen el ofrecimiento de pruebas que están en soporte electrónico con la finalidad de demostrar las afirmaciones de los hechos alegados que fundamentan la pretensión, por ende, producir convicción en el juzgador.

La prueba de procedencia de las nuevas tecnologías se manifiestan en diversos soportes electrónicos o medios informáticos, como son los ordenadores o dispositivos, teléfonos móviles, mensajerías instantáneas o SMS, base de datos, nubes digitales, comunicación mediante redes sociales, correos electrónicos, contratos electrónicos, comprobantes digitales u otros medios conexos.

La prueba electrónica no tiene un tratamiento especial que desarrolle su extenso y complejo contenido, como su clasificación, su custodia, de su función, del ente garantizador o a quien corresponda dar fe de la veracidad y autenticidad, de su tratamiento en el proceso, entre otros aspectos que merecen mayor interés por parte de los operadores jurídicos.

XII. Lista de referencias

- ACOSTA VÁSQUEZ, L. Diferencias entre medio, fuente y objeto de prueba. *Cuestiones Jurídicas*, I(2), 2007, pp. 51-72. Recuperado el 18 de enero de 2019, de <http://www.redalyc.org/pdf/1275/127519340004.pdf>.
- BORGES BLÁZQUEZ, R. La prueba electrónica en el proceso penal y el valor probatorio de conversaciones mantenidas utilizando programas de mensajería instantánea. *Revista Boliviana de Derecho*(25), 2008, pp. 536-549. Recuperado el 10 de mayo de 2019, de <http://www.revista-rbd.com/descargas/RBD%20Num.%2025%20Completo.pdf>.
- CABANELLAS DE TORRES, G. *Diccionario jurídico elemental* (Décimo Tercera. Actualizado, Corregido y Aumentado por Guillermo Cabanellas de las Cuevas ed.). Buenos Aires: Heliasta, 2008.
- CARNELUTTI, F. *La prueba civil*. 2.^a ed. (N. Alcalá-Zamora y Castillo, Trad.) Buenos Aires: Depalma, 1982.
- DELGADO MARTÍN, J. La prueba digital. Concepto, clases, aportación al proceso y valoración. *Diario La Ley* (06), 2017. Recuperado el 13 de mayo de 2019, de

https://diariolaley.laley.es/home/DT0000245602/20170411/La-prueba-digital-Concepto-clases-y-aportacion-al-proceso#tDT0000245602_NOTA1.

ECHANDÍA, D. *Teoría general del proceso* (3.^a ed. Revisada y corregida ed., Reimpresión). Buenos Aires: Editorial Univesidad, 2004.

HURTADO REYES, M. *Fundamentos de derecho procesal civil*. Lima: Idemsa, 2009.

JIJENA LEIVA, R. J. Naturaleza jurídica y valor probatorio del documento electrónico. El caso de la declaración de importación electrónica o mensaje CUSDEC. *Revista de Derecho*(19), 1998, pp. 457-475. Recuperado el 16 de Enero de 2019, de <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/428/401>.

LEDESMA NARVÁEZ, M. *Estudios críticos de Derecho Procesal y Arbitraje* (Tomo I). Lima: Gaceta Jurídica, 2014.

LEDESMA NARVÁEZ, M. La prueba documental electrónica. *Foro Jurídico*(15), 2016, pp. 17-25. Recuperado el 18 de Diciembre de 2018, de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/19832/19876>.

MENESES PACHECO, C. Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil. *Revista Ius Et Praxis*, 14(2), 2008, pp. 43-86. Recuperado el 19 de diciembre de 2018, de <http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/348/293>.

PÉREZ PALACÍ, J. La prueba electrónica: Consideraciones. *Publicacions*, 2014, 1-21. Recuperado el 18 de Enero de 2019, de Repositori Institucional (O2), Universitat Oberta de Catalunya: <http://openaccess.uoc.edu/webapps/o2/bitstream/10609/39084/1/PruebaElectronica2014.pdf>.

ROJAS ROSCO, R. La prueba digital en el ámbito laboral ¿son válidos los pantallazos? En R. Oliva León, S. Valero Barceló, & Á. Dolado Pérez, *La prueba electrónica. Validez y eficacia procesal*, 2016, pp. 90-87. España: Juristas con Futuro. Recuperado el 13 de Mayo de 2019, de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=658404>

TARUFFO, M. *La Prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2008.

Jurisprudencia

EXP. N.º 03742-2007-PHC/TC, Fundamento 2, Tribunal Constitucional del Perú.

EXP. N.º 05822-2007-PHC/TC, Fundamento 2, Tribunal Constitucional del Perú.

SENTENCIA N.º 300/2015, Tribunal Supremo, Sala de lo Penal. Recuperado el 05 de Junio de 2019, de <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

Legislación

CÓDIGO PROCESAL CIVIL (Perú).

Decreto Legislativo N.º 1049, Decreto Legislativo del Notariado (Perú).

Derecho Laboral



La falacia del principio de gratuidad en los procesos laborales

The fallacy of the gratuity principle in labour processes

QUITO CORONADO, Lorena(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Principio de gratuidad. 2.1. Concepto del principio de gratuidad. 2.2. Principio de gratuidad en la normativa nacional. 2.3. Principio de gratuidad en los tratados internacionales. III. Análisis de la normatividad. IV. Conclusiones. V. Lista de referencias.

Resumen: El presente documento tiene como finalidad dar a conocer el principio de gratuidad y su implicancia con el acceso a la justicia en los procesos laborales. Para tal fin se acude a lo señalado por nuestra Constitución Política del Perú, el Código Procesal Civil, Código Procesal Penal, Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley Orgánica del Ministerio Público, Código Procesal Constitucional y tratados internacionales como: Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; las cuales desarrollan el principio de gratuidad. Ello permitirá comprender la finalidad del principio de gratuidad para el acceso a la justicia.

Palabras Clave: Principio de gratuidad, acceso a la justicia, proceso laboral.

(*) Abogada por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. Docente de la Universidad Nacional de Cajamarca. Con una maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos. Correo electrónico lorenaqc23@gmail.com.

Summary: The purpose of this document is to inform about the principle of gratuity and its implication in the access to justice in labour processes. To this end, we must follow what is indicated by; the Political Constitution of Peru, the Civil Procedure Code, the Criminal Procedure Code, the Organic Law of the Judiciary, the Organic Law of the Public Ministry, and the Constitutional Procedural Code. Additionally, international agreements like the American Convention on Human Rights, and the International Covenant on Civil and Political Rights, both of which develop the principle of gratuity. This will allow us to understand the purpose of the principle of gratuity when it comes to access to justice.

Key words: gratuity principle, access to justice, labour process.

I. Introducción

El artículo 139.16 de la Constitución Política peruana de 1993 señala que son principios y derechos de la función jurisdiccional, «el principio de gratuidad de la administración de justicia...». De ello se desprende que dicho principio es un derecho fundamental procesal, pues garantiza a toda persona su derecho de acceso a la justicia, ya que esta supone un dar universal, sin necesidad de retribución.

En tal sentido, mediante el presente artículo, se dará a conocer la normativa nacional e internacional que protege y/o resguarda dicho principio, para luego realizar un análisis de la normatividad.

II. El principio de gratuidad

2.1. Concepto del principio de gratuidad

El principio de gratuidad supone que el acceso a la administración de justicia no es oneroso, es decir no tiene costo, de tal manera que toda persona, sin necesidad de dinero, puede acceder a la misma si considera que sus derechos han sido vulnerados. No es el Código Procesal Constitucional, la primera o única norma que recoge este principio. Se encuentra igualmente recogido en el Código Procesal Civil (artículo VIII), y en la norma constitucional al momento en que se dispone que es un principio de la administración de justicia, «[e]l principio de la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos; y, para todos, en los casos que la ley señala» (artículo 139.16 CP). Comentando este dispositivo ha dicho el Tribunal Constitucional que «[e]n el ámbito judicial ese mandato se traduce en asegurar, a las personas de escasos recursos, el acceso, el planteamiento y la obtención de un fallo judicial que resuelva sus diferencias dentro de un proceso judicial gratuito» (Exp. 1607–2002–AA/TC, de 17 de marzo de 2004, f. j. 6).

La principal consecuencia de este principio es el no pago de las tasas para acceder al aparato judicial, es decir, de las costas que se puedan establecer por las disposiciones administrativas del Poder Judicial. De otra forma se estarían alentando situaciones de verdadera injusticia y desigualdad material (Castillo, 2005, pp. 141-146).

Este principio está plenamente justificado en el hecho de que es vital que no exista ningún tipo de elemento que obstruya el acceso a los medios de salvación de los derechos constitucionales o de los medios que tienden a hacer efectivamente vigente el orden constitucional. Y es que, «[d]icho principio contiene, [...], un mandato constitucional que exige la remoción de los obstáculos que impidan el ejercicio pleno de los derechos fundamentales» (Exp. 1607–2002–AA/TC, citado, f. j. 6).

2.2. Principio de gratuidad en la norma nacional

2.2.1. *En nuestra Constitución Política del Perú*

Conforme el artículo 139, numeral 16 de nuestra Constitución:

«Son principios y derechos de la función jurisdiccional, el principio de la gratuidad de la administración de justicia[...]».

Sin embargo, dicho derecho no se ve totalmente plasmado en nuestra llamada administración de justicia, donde se establece la gratuidad relativa en los procesos laborales, provisionales, de alimentos, constitucionales, penales, familiares, y para las zonas de extrema pobreza en el ámbito geográfico nacional.

Así pues, nuestro Tribunal Constitucional en el Exp.03189-2008AA/TC FJ 8 señala que:

Principio de la gratuidad de la administración de justicia es un derecho de configuración legal que corresponde delimitar al legislador «... este Tribunal estima pertinente dejar sentada su posición respecto al derecho de acceso a la justicia en casos como el que nos ocupa pues de acuerdo con el numeral 16) del artículo 139 de nuestra Constitución, «el principio de la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos; y, para todos, en los casos que la ley señala» es un principio de la función jurisdiccional, que indica que la justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar. Por tanto, se trata de un derecho prestacional y de configuración legal, cuyo contenido y concretas condiciones de ejercicio, corresponde delimitarlos al legislador atendiendo a los intereses públicos y privados implicados y a las concretas disponibilidades presupuestarias».

Ahora bien, entre los mecanismos destinados a garantizar la acción judicial en lo social se encuentra la obligación de proveer servicios de asistencia jurídica gratuita, evitar los costos del proceso y otorgar las facilidades para acceder al servicio de justicia tal como lo señala el artículo 139º, numeral 16 de nuestra Constitución Política. Dicho principio, ha sido remarcado por reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 1606-2004-AA/TC), el cual forma parte tanto del contenido esencial del derecho al debido proceso como del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Con relación a este último cabe destacar que este principio tiene especial relevancia en lo que se refiere al acceso a la justicia, por cuanto el pago de los aranceles o tasas judiciales no debe constituirse en un impedimento para que todos los ciudadanos se encuentren en posibilidad de recurrir a las autoridades jurisdiccionales para la tutela de sus derechos.

Dentro de este contexto, cabe afirmar que el principio de gratuidad en la administración de justicia se constituye en un mecanismo de realización del principio-derecho de igualdad, establecido en el artículo 2º inciso 2 de la Constitución, por cuanto debe procurarse que las diferencias socioeconómicas entre los ciudadanos no sean trasladadas al ámbito del proceso judicial, en el cual las controversias deben ser dilucidadas con pleno respeto al principio de igualdad entre las partes y a la igualdad de armas, de modo que el hecho de que una de ellas cuente con mayores recursos económicos que la otra no devenga necesariamente en una ventaja que determine que la autoridad jurisdiccional vaya a resolver a su favor.

2.2.2. En nuestro Código Procesal Civil

Previamente, ya se ha descrito el principio de gratuidad de la administración de justicia en nuestra máxima norma la cual consigna dicho principio como derecho y deber, seguidamente se abordará, el mencionado principio en nuestro Código Procesal Civil, el cual en su artículo VIII del título preliminar⁽¹⁾ da como regla general «el acceso al servicio de justicia es gratuito» lo que da a entender que todas las personas podemos acceder a la justicia sin importar la condición económica, sin embargo, a continuación se señala «sin perjuicio del pago de costos, costas y multas». De ello se puede deducir que la desigualdad económica de las personas, la lejanía geográfica de las sedes judiciales, constituyen los principales obstáculos para un efectivo acceso a la justicia, puesto que las personas que posean mejores recursos financieros podrán darse el lujo de iniciar un litigio.

(1) Código Procesal Civil; artículo VIII del título preliminar: Principio de gratuidad en el acceso a la justicia, el acceso al servicio de justicia es gratuito, sin perjuicio del pago de costos, costas y multas establecida en este código y disposiciones administrativas del Poder Judicial.

2.2.3. En la Ley Orgánica del Poder Judicial

Con respecto, al artículo 24 de la Ley Orgánica del Poder Judicial esta delimita algunos supuestos en los que se reconoce de algún modo la gratuidad de la administración de justicia, pero haciendo referencia única y exclusivamente a las costas procesales, conforme se detalla:

La Administración de Justicia es gratuita para las personas de escasos recursos económicos, y para todos los casos expresamente previstos por ley. Se encuentran exonerados del pago de tasas judiciales:

- a) Los litigantes a los que se les concede auxilio judicial.
- b) Los demandantes en los procesos sumarios por alimentos cuando la pretensión del demandante no excede de veinte (20) Unidades de Referencia Procesal.
- c) Los denunciante en las acciones de Hábeas Corpus.
- d) Los procesos penales con excepción de las querellas.
- e) Los litigantes en las zonas geográficas de la República, en las que por efectos de las dificultades administrativas se justifique una exoneración generalizada.

Así mismo, el artículo 297 del mismo cuerpo legal señala que gozan del beneficio de gratuidad, las personas que sean patrocinadas por los Consultorios Jurídicos del Ministerio de Justicia, como del Ministerio de Trabajo y Promoción Social, entre otros. También, cabe mencionar que el artículo 24º, inciso i) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, fue modificado por la Ley N.º 27327, la cual dispone que se encuentran exonerados del pago de tasas judiciales los trabajadores, ex trabajadores [...] cuyo petitorio no exceda de 70 Unidades de Referencia Procesal (URP), de amparo en materia laboral. Con relación a este último cabe señalar que la norma nuevamente se refiere a las costas del proceso.

2.2.4. En el Código Procesal Constitucional

Otra de las normas nacionales que regula el principio de gratuidad de la administración de justicia además de nuestra Constitución es el Código Procesal Constitucional Ley N.º 28237 que fue publicado en el diario oficial *El Peruano* el lunes 31 de mayo del 2004. De conformidad con la Segunda Disposición Transitoria y Derogatoria. Por tanto, el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional señala lo siguiente:

«Los procesos constitucionales se desarrollan con arreglo a los **principios** de dirección judicial del proceso, **gratuidad en la actuación del demandante**, economía, intermediación y socialización procesales».

En la presente norma se puede apreciar que el principio de gratuidad está dirigido al demandante y nuevamente en esta norma se hace referencia a las costas del proceso en el último párrafo cuando señala:

«La gratuidad prevista en este artículo no obsta el cumplimiento de la resolución judicial firme que disponga la condena en costas y costos conforme a lo previsto por el presente Código».

2.3. Principio de gratuidad en los tratados internacionales

Anteriormente, se ha descrito la definición del principio de gratuidad de la administración de justicia y de cómo se encuentra establecido en nuestra legislación nacional, ahora se abordará dicho principio desde la óptica de los tratados internacionales dentro de los cuales tenemos a:

2.3.1. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*

Esta Convención es uno de los instrumentos normativos internacionales que incorpora el principio de gratuidad de la administración de justicia que si bien no lo señala explícitamente se lo puede inferir cuando señala que toda persona durante el proceso tiene plena igualdad, esto en concordancia con el principio de igualdad (artículo 2 inc. 2 de Constitución Política del Perú) referido a la igualdad entre las partes y a la igualdad de armas. Así pues, en su artículo 8.2.a señala lo siguiente:

[...] Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas; a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal.

2.3.2. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*

Este texto normativo internacional regula el citado principio desde la óptica del proceso penal. Pero, dicha norma nuevamente señala el principio de igualdad que debe de haber entre las partes involucradas dentro de un proceso. Así pues, el artículo 14.3.d, señala:

[...] toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas; [...] a ser asistida por un defensor de su elec-

ción; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo.

III. Análisis

Bajo las consideraciones expuestas, la gratuidad al acceso a la justicia se encuentra regulado en el artículo 139.16 la Constitución, la cual establece que la gratuidad no solo es un principio sino también es un derecho, siendo también considerado como uno de los principios fundantes de la noción misma de acceso a la justicia. Por lo tanto, todas las personas podemos acceder al Poder judicial de manera gratuita más aún si se trata de tutelar nuestros derechos fundamentales. Sin embargo, en nuestra realidad este principio y derecho es una falacia porque la norma paralelamente señala que solo accederán a la justicia de forma gratuita las personas de bajos recursos económicos y en los casos que la ley establezca. Esto se reafirma con los artículos VIII del Código Procesal Civil; artículo 24, 297 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo III del título preliminar del Código Procesal Constitucional.

Dentro de este contexto, que pasa entonces con aquellos trabajadores que han sido despedidos de su trabajo y sienten que sus derechos laborales están siendo vulnerados, podrán acceder al órgano jurisdiccional correspondiente para que se les haga de justicia, si su monto del petitorio sobrepasa el monto establecido por el artículo 24.i de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el cual señala:

«[...] se encuentran exonerados del pago de tasas judiciales: Los trabajadores, ex trabajadores y sus herederos en los procesos laborales y previsionales, cuyo petitorio no exceda de 70 (setenta) Unidades de Referencia Procesal».

No obstante, en nuestra realidad se dan casos en los cuales se va a sobrepasar dicho monto. Pero, el petitorio se excede porque se trata de los beneficios laborales que no han sido cancelados en su oportunidad a los trabajadores (CTS, gratificaciones, etc). Sin embargo, si el trabajador desea que se le haga justicia tiene que pagar sus tasas o aranceles judiciales, a pesar de que se encuentra sin trabajo y posiblemente con carga familiar; desde mi punto de vista además de estar vulnerando el principio de gratuidad, se estaría afectando la subsistencia del trabajador y la de su familia en el caso de tenerla. El dar justicia no puede estar condicionado a un pago, es por ello que la administración de justicia debe ser concebida de manera gratuita.

En ese sentido, de acuerdo a la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional el principio de gratuidad forma parte tanto del contenido esencial del

derecho al debido proceso como del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva el cual se encuentra íntimamente relacionado con el acceso a la justicia, por lo tanto, el pago de los aranceles o tasas judiciales no debe constituirse en un impedimento para que todos los ciudadanos se encuentren en posibilidad de recurrir a las autoridades jurisdiccionales para la tutela de sus derechos; como es el caso de los trabajadores despedidos los cuales ven limitado el derecho de acceso a la justicia.

Asimismo, el Tribunal considera que dicha norma, en tanto mecanismo de optimización del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en lo que se refiere al acceso a la justicia y del principio de gratuidad en la administración de justicia, debe ser interpretada en atención a las circunstancias de cada caso en concreto, teniendo en cuenta que el principio *pro homine*, derivado del principio-derecho de dignidad humana consagrado en el artículo 1º de la Constitución, determina que debe preferirse aquella interpretación que resulte más favorable para la tutela de los derechos fundamentales (Exp. 056442008-AA/TC FJ de 5 a 8).

Conforme a lo que nuestro Tribunal Constitucional señala que tiene que ser acorde a las circunstancias de cada caso en concreto, pero si comparamos lo que la jurisprudencia señala y la realidad esta se presenta totalmente diferente tal como se puede apreciar por ejemplo en los expedientes N.º 506-2019, 890-2019, 891-2019, los cuales son demandas laborales de trabajadores que han sido despedidos. Pero, uno de ellos laboraba para la Municipalidad Provincial de Cajamarca mientras que los dos restantes trabajaban para Minera Yanacocha, sin embargo, solo le solicitan el pago de aranceles judiciales al extrabajador de la Municipalidad (por haber superado las 70 URP) y a los extrabajadores de Minera no le solicitan pago alguno (su monto del petitorio es inapreciable en dinero). Por ende, según la normativa y la jurisprudencia no solo se estaría vulnerando el principio de gratuidad, sino también el acceso a la justicia y junto con ello el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Hay que hacer notar, que dicho principio de gratuidad no solo está normado en nuestra legislación sino también en tratado internacionales, el cual supone que la administración de justicia no es onerosa, es decir no tiene costo, de tal manera que toda persona, sin necesidad de dinero, puede acceder a la misma. Este principio, es una falacia, porque en realidad un litigio dentro del poder judicial demanda de gasto y no solo por las tasas judiciales, sino también por los gastos que se dan dentro del proceso, como por ejemplo peritajes, honorarios de los abogados, entre otros.

Por lo tanto, el acceder a los órganos jurisdiccionales para la tutela de nuestros derechos no puede ser oneroso, más aún si se trata de derechos laborales y si el ex trabajador tiene carga familiar.

IV. Conclusión

El principio de gratuidad del acceso a la justicia, constituye una de las respuestas del Estado ante las barreras económica que existen contra el acceso a la administración justicia. Más aún, si dicho principio se encuentra regulado en nuestra Constitución Política, la cual constituye nuestra norma máxima y en normas internacionales. Pero, vemos que hasta el momento el acceder a la justicia tiene un costo.

Tal como se puede apreciar en la realidad la gratuidad en los servicios públicos es una falacia, porque, siempre ha tenido un costo y es tarea del Estado organizar un sistema óptimo para la prestación del servicio a la administración de justicia en términos adecuados, conforme a la realidad socio-económica.

V. Lista de referencias

1. CASTILLO, Luis. *Los principios procesales en el Código Procesal Constitucional. Actualidad Jurídica: información especializada para abogados y jueces*. Tomo 141, 2005, 141-146.
2. SAR SUAREZ, Omar y otros. 2013. Constitución Política del Perú: sumillada, concordada y anotada artículo por artículo, con los precedentes y jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional. Lima, Perú.
3. Código Procesal Constitucional.
4. Ley Orgánica del Poder Judicial.
5. Convención Americana sobre Derechos Humanos.
6. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
7. Exp. N.º 1607-2002-AA/TC, de fecha 17-03-2004.
8. Exp. N.º 03189-2008 - AA/TC, de fecha 04-11-2009.
9. STC 1606-2004-AA/TC, de fecha 9-08-2004.
10. Exp. 05644- 2008-AA/TC, de fecha 17-09-2009
11. Expedientes N.º 506-2019, 890-2019, 891-2019, del distrito judicial de Cajamarca.

La igualdad salarial desde el enfoque procesal

Equal pay from the procedural approach

CASTILLO MONTOYA, Nixon Javier(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. El proceso judicial como mecanismo institucionalizado en el estado constitucional de derecho. III. Naturaleza constitucional de la remuneración. IV. Breve reseña de la igualdad salarial en el contexto jurisprudencial. V. Importancia de la valoración de la prueba en caso de igualdad salarial. VI. Conclusión. VII. Lista de referencias.

Resumen: La igualdad salarial concentra una alta dosis de sensibilidad en el ámbito laboral; pues, al tener la remuneración naturaleza alimentaria⁽¹⁾, esencialmente, constituye el medio de subsistencia del trabajador y de quie-

(*) Juez Superior Titular de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca. Docente Ordinario de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

(1) En la Casación Laboral N.º 10277-2016-ICA, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema señala que, «conforme a la doctrina, las características de la remuneración son: a) carácter alimenticio, se desprende del hecho que por estar dedicado el trabajador en forma personal a cumplir con sus labores a favor del empleador, no puede desarrollar otras actividades que le permitan satisfacer las necesidades de subsistencia de él y de su familia, debiendo atender dichas necesidades con la remuneración que percibe; b) carácter dinerario, implica que la remuneración debe ser pagada en dinero, pues, esta le permite al trabajador y su familia adquirir los bienes y servicios que requiere para satisfacer sus necesidades, en cuanto al pago en especie, si bien es cierto, la ley lo permite consideramos posible aceptar que solo una parte de la remuneración sea abonada en especie, pues, un criterio en contrario solo favorecería el abuso del empleador; y c) carácter de independencia del riesgo de la empresa, significa que las pérdidas que sufra la empresa como consecuencia de la naturaleza aleatoria de la actividad económica no pueden perjudicar las remuneraciones de los trabajadores, pues, el empleador es el único responsable de la explotación del negocio».

nes dependen de él, motivo por el cual es concurrente que existan procesos judiciales cuyo objeto se traduce en pedidos de homologación de remuneración, bajo el enfoque de que «*a igual trabajo, igual salario*», conforme así aparece establecido de manera abstracta en instrumentos internacionales.

En tal sentido, más allá de un tratamiento doctrinal y normativo, en el presente trabajo se aborda el tema desde el ámbito procesal y jurisprudencial, con el propósito de evidenciar la importancia del Proceso Judicial en el Estado Constitucional de Derecho, la labor preponderante el Juez y su necesario análisis en cada caso concreto cuando se tiene que resolver asuntos vinculados a pretensiones de este tipo, de tal forma que se privilegie la optimización del derecho fundamental a la remuneración, eliminando cualquier existencia de discriminación que pudiera presentarse en la práctica de las relaciones laborales⁽²⁾.

Palabras clave: Igualdad salarial, trabajador, proceso judicial, derechos fundamentales laborales.

Abstract: Equal pay focuses a high dose of sensitivity in the workplace; therefore having compensation food nature, essentially, is the means of subsistence of the worker and those who depend on it, reason why be concurrent proceedings which translates into requests for approval of remuneration, under the approach of «*equal work, equal pay*», as well appearing established abstractly in international instruments.

In such sense, beyond a doctrinal and regulatory treatment, this study topic deals with procedural and jurisprudential, level with the purpose of highlighting the importance of the Judicial process in the constitutional rule of law, the work prominent judge and its necessary analysis in each particular case when it has to deal with issues related to claims of this kind, so that it emphasizes the optimization of the fundamental right to remuneration, eliminating any existence of discrimination that might arise in the practice of industrial relations.

Keywords: Worker, wage equality, judicial process, fundamental labour rights.

I. Introducción

La igualdad salarial, expresión de un derecho fundamental clave para la subsistencia humana, reviste trascendencia y complejidad en las relaciones laborales

(2) Nótese que artículo IV del Título Preliminar de la Ley N.º 29497 establece que «Los jueces laborales, bajo responsabilidad, imparten justicia con arreglo a la Constitución Política del Perú, los tratados internacionales de derechos humanos y la ley. Interpretan y aplican toda norma jurídica, incluyendo los convenios colectivos, según los principios y preceptos constitucionales, así como los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia de la República.

actuales, cuestiones que vienen siendo abordadas en el ámbito del proceso judicial, en el cual el juez al ser este el ente empoderado de competencias otorgadas por el poder constituyente, recurre a aspectos centrales de la argumentación constitucional, legislación, criterios probatorios y contextuales para encontrar la solución más compatible con los principios, valores y directrices establecidos por la Constitución. Entonces, el presente trabajo tiene como objetivo central delinear algunos aspectos de cómo se viene afrontando la igualdad en el ámbito del proceso judicial.

En ese sentido, este artículo se desarrolla bajo cuatro ejes centrales: i) El Proceso Judicial como mecanismo institucionalizado en el Estado Constitucional de Derecho; ii) La naturaleza constitucional de la remuneración; iii) Breve reseña de igualdad salarial en el eco texto jurisprudencial; iv) Interpretación de la valoración de la prueba en el caso de la igualdad salarial: Y finalmente, se exponen las conclusiones.

II. El Proceso Judicial como mecanismo institucionalizado en el estado constitucional de derecho

La vigencia efectiva del Estado Constitucional de Derecho no solo radica en reconocer la existencia de una Constitución Política como Norma Jurídica Suprema⁽³⁾, sino en la comprensión y respecto de los presupuestos esenciales⁽⁴⁾ que lo caracterizan como Paradigma. Por lo tanto, resulta justificado que existan garantías positivas y negativas vinculadas a la protección de la Constitución, siendo que las primeras «son indispensables, en particular, para la efectividad de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos»⁽⁵⁾; y en general están vinculadas con el cumplimiento estricto de las disposiciones (normas-regla, normas-principio, directrices, valores y principios) que prevé la propia Carta Magna.

Desde la perspectiva positiva antes referida⁽⁶⁾, el artículo 44 de la Constitución de 1993 dispone como deber primordial del Estado garantizar la plena vigencia

(3) Respecto de la naturaleza jurídica de la Constitución puede verse la sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N.º 047-2004-AI/TC.

(4) Según Ricardo Guastini, estos consisten en la existencia de una Constitución rígida; la garantía jurisdiccional de la Constitución; la fuerza vinculante y la aplicación directa de sus disposiciones; la supra-interpretación de la Constitución; la interpretación de las leyes conforme a la Constitución; y, la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas (GUASTINI, Ricardo. *Lecciones de Derecho Constitucional*. Ediciones Legales. Lima. 2016, pp. 280-291).

(5) FERRAJOLI, L. *Las Garantías Constitucionales de los Derechos Fundamentales*. DOXA. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2006, p. 28.

(6) El artículo 38 de la Constitución señala que: «Todos los peruanos tienen el deber de [...] respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación».

de los derechos humanos, en tanto que en su artículo 138 establece que «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»; lo que implica que el Poder Constituyente ha establecido que corresponde al Poder Judicial, a través de los jueces en sus distintas categorías, resolver los conflictos⁽⁷⁾ jurídicamente relevantes, mediante un mecanismo institucionalizado llamado Proceso Judicial, todo ello en el marco de una serie de garantías procesales⁽⁸⁾ previstas en el artículo 139 de la Constitución; en consecuencia, es evidente que, «cuando el órgano jurisdiccional administra justicia está obligado a observar los principios, derechos y garantías que la Norma Suprema establece como límites del ejercicio de las funciones asignadas»⁽⁹⁾; por lo tanto, el Juez está sometido, de manera absoluta, tanto a la Constitución como al Bloque de Convencionalidad; y, de manera relativa, a la Ley, dado que incluso podría inaplicarla en caso de incompatibilidad constitucional⁽¹⁰⁾ detectada en un caso concreto en el que sea pertinente y relevante su aplicación, pues es claro que la garantía de dicha fidelidad radica en el hecho de que «la Constitución termina convirtiéndose en el fundamento de validez de todo el ordenamiento instituido por ella»⁽¹¹⁾; de allí que el Juez, luego de la actividad interpretativa que realice del producto normativo del Poder Constituido, puede determinar su coherencia formal y material con la Constitución.

En el caso laboral, el artículo II del Título Preliminar de la Ley Procesal del Trabajo precisa que «[...] corresponde a la justicia laboral resolver los conflictos jurídicos [...]», agregando en el artículo III que «En todo proceso laboral los jueces [...] privilegian el fondo sobre la forma[...]»; y ello es así, por cuanto «son los juzgadores los llamados a resolver la causa con independencia e imparcialidad [...] así como los encargados de valorar la prueba a tenor del artículo 197 del Código

(7) Así lo establece el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil.

(8) El Tribunal Constitucional, en relación al Debido Proceso, indica que este «[...] presenta dos expresiones: la formal y la sustantiva. En la de carácter formal, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con formalidades estatuidas, tales como las que establecen el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa y la motivación, etcétera. En las de carácter sustantiva o, estas están básicamente relacionadas con los estándares de razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer» (STC emitida en el Exp. N.º 02467-2012-PA/TC).

(9) STC emitida en el Exp. N.º 04811-2009-PA/TC.

(10) La Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, en la Consulta de sentencia del Expediente N.º 1618-2016-LIMA NORTE, ha establecido doctrina jurisprudencial vinculante sobre el control difuso.

(11) STC emitida en el Exp. N.º 047-2004-AI/TC.

Procesal Civil[...]»⁽¹²⁾; en tal sentido, es claro que «el proceso se nutre de la prueba y a través de ella se adquiere el conocimiento relativo sobre los hechos concretos. La prueba es el único instrumento que puede ser empleado en el proceso para afirmar que un determinado hecho está probado»⁽¹³⁾; de ahí que el artículo 21 de la Ley Procesal del Trabajo señala que el juez pronuncia sentencia «[...] si sobre la base de la prueba actuada, los hechos necesitados de prueba quedan acreditados».

Ahora bien, ya desde la Casación N.º 4781-2011-MOQUEGUA, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, indicó que, conforme a la nueva estructura del proceso judicial laboral previsto en la Ley Procesal del Trabajo N.º 29497, «[...] los jueces laborales se encuentran obligados a romper el paradigma de procesos ineficaces, dando prevalencia a una tutela jurisdiccional realmente efectiva. En ese sentido, sus esfuerzos deben orientarse a la reivindicación de los derechos fundamentales⁽¹⁴⁾ reclamados en la demanda, teniendo en cuenta el contenido esencial de la fundamentación fáctica y jurídica en ella desarrollada, a fin de identificar lo pretendido, y el grado de afectación de los derechos invocados, lo contrario desnaturalizaría al nuevo proceso laboral predominantemente protector de los derechos constitucionales y fundamentales de las partes, eficaz, célere y oral, pero sobre todo justo»⁽¹⁵⁾, aspiración esta última que se logra a través de una decisión emitida por el Juzgador en casos concretos, razón por la cual «la necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional y es al mismo tiempo un derecho constitucional de los justiciables»⁽¹⁶⁾.

III. Naturaleza constitucional de la remuneración

El Tribunal Constitucional, en la Sentencia emitida en el Expediente N.º 1417-2005-AA/TC, ha desarrollado la estructura de los derechos fundamentales⁽¹⁷⁾, la misma que tiene una relevancia determinante en el ámbito procesal;

(12) Casación N.º 3114-206-CUSCO.

(13) RIVERA MORALES, R. *La prueba: un análisis racional y práctico*. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 322.

(14) El Tribunal Constitucional ha señalado que «Los derechos fundamentales que la Constitución ha reconocido no solo son derechos subjetivos, sino también constituyen el orden material de valores en los cuales se sustenta todo el ordenamiento constitucional» (STC emitida en el Exp. N.º 3510-2003-AA/TC).

(15) Casación Laboral N.º 9844-2012-JUNIN.

(16) STC emitida en el Exp. N.º 04811-2009-PA/TC.

(17) Ya en la Sentencia emitida en el Exp. 00266-2002-AA/TC, el Tribunal Constitucional indicó que «los derechos fundamentales no son solo derechos subjetivos, sino también instituciones

por cuanto, no solo resulta necesario tener clara la distinción que existe entre disposición y norma de derecho constitucional, sino conocer lo que implica la posición de derecho constitucional, a efecto de poder construir una pretensión adecuada, capaz de ser sustentada a nivel jurisdiccional cuando se pretende la obtención de Tutela Jurisdiccional Efectiva.

En tal sentido, el máximo intérprete de la Constitución ha señalado que las **disposiciones**⁽¹⁸⁾ de derecho fundamental son los enunciados lingüísticos de la Constitución que reconocen los derechos fundamentales de la persona; en tanto que las **normas** de derecho fundamental son los sentidos interpretativos atribuibles a esas disposiciones; y, en relación a las **posiciones** de derecho fundamental, precisa que son las exigencias concretas que al amparo de un determinado sentido interpretativo válidamente atribuible a una disposición de derecho fundamental, se buscan hacer valer frente a una determinada persona o Entidad. Afirma que las posiciones de derecho fundamental son los derechos fundamentales *en sentido estricto*, pues son los concretos atributos que la persona humana ostenta al amparo de las normas (sentidos interpretativos) válidas derivadas directamente de las disposiciones contenidas en la Constitución que reconocen derechos; por lo tanto, dichos atributos vinculan a todas las personas y que, por tanto, pueden ser exigidas al sujeto pasivo, se presentan en una relación jurídica sustancial, susceptibles de ser proyectadas en una relación jurídica procesal en forma de pretensiones al interior de los procesos constitucionales *de la libertad* (sea el Amparo, el Hábeas Corpus o el Hábeas Data).

No obstante lo indicado, es evidente que también son invocables dichos atributos en un Proceso Ordinario, conforme al marco de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, pues debe recordarse que el mismo Tribunal Constitucional ha señalado que corresponde en primer lugar a los jueces ordinarios la tarea de garantizar la supremacía de la Constitución y los derechos fundamentales, con mayor razón si muchas de las pretensiones previstas en la Ley 29497 tienen contenido constitucional directo, como el caso de la libertad sindical, la igualdad o la remuneración, por citar algunos de ellos. En tal sentido, el Tribunal Constitucional concluye que «Las posiciones de derecho fundamental son relaciones jurídicas que [...] presentan una estructura triádica, compuesta por un sujeto activo, un sujeto pasivo y un obje-

objetivas. En esta última dimensión, los derechos fundamentales comportan valores que informan todo el ordenamiento jurídico; de ahí que su tutela y protección no solo sea de interés para la persona titular de ese derecho, sino para la colectividad en general, pues su transgresión implica un cuestionamiento al propio ordenamiento constitucional[...].»

(18) Guastini indica: «Llamo "disposición" a cada enunciado que forme parte de un documento normativo, es decir, a cada enunciado del discurso de las fuentes» (GUASTINI, Ricardo. Disposición v.s. Norma. Editorial Palestra, Lima, 2018, p. 136).

to. El objeto de las posiciones de derecho fundamental es siempre una conducta de acción o de omisión, prescrita por una norma que el sujeto pasivo debe desarrollar en favor del sujeto activo, y sobre cuya ejecución el sujeto activo tiene un derecho, susceptible de ser ejercido sobre el sujeto pasivo»⁽¹⁹⁾, de lo cual se deriva que, en el ámbito del proceso, el objeto de las posiciones de derecho fundamental determinan la naturaleza de las decisiones jurisdiccionales, como el caso de la remuneración suficiente y equitativa reclamada a través de una pretensión de homologación.

Ahora bien, en cuanto se refiere a la remuneración en concreto, es necesario mencionar que el Tribunal Constitucional, más allá de consideraciones legales⁽²⁰⁾, en el Expediente N.º 00020-2012-AI/TC⁽²¹⁾, ha desarrollado ampliamente su contenido constitucionalmente protegido y sus respectivas manifestaciones, ello a partir del análisis del primer párrafo del artículo 24 de la Constitución, que señala que «El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual [...]». El Tribunal señala que, en cuanto a los conceptos que conforman la remuneración, el artículo 1 del Convenio 100 de la OIT, Relativo a la Igualdad de Remuneración entre la Mano de Obra Masculina y la Mano de Obra Femenina por un Trabajo de Igual Valor, debidamente ratificado y suscrito por el Perú, ha señalado que la remuneración «[...] comprende 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», reflejando una concepción totalizadora de la remuneración establecido en la Constitución. En tal sentido, afirma el Tribunal que, como derecho fundamental, la remuneración se encuentra compuesta por elementos diferenciados: el *contenido esencial* es absolutamente intangible para el legislador, definido desde la teoría institucional, y uno *accidental*, claudicante ante los límites proporcionados que el legislador establezca a fin de

(19) BERNAL PULIDO, C. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 80.

(20) Como la prevista, por ejemplo, en el artículo 6 del TUO del D. Leg. 728, el cual refiere que «Constituye remuneración para todo efecto legal el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera sea la forma o denominación que tenga, siempre que sean de su libre disposición [...]». El Tribunal Constitucional señaló que «[...] la remuneración, en tanto derecho fundamental, es la retribución que recibe el trabajador en virtud del trabajo o servicio realizado para un empleador, que posee una naturaleza alimentaria al tener una estrecha relación con el derecho a la vida, acorde con el principio-derecho a la igualdad y la dignidad, y que al mismo tiempo adquiere diversas consecuencias o efectos para el desarrollo integral de la persona humana» (STC 4922-2007-PA/TC).

(21) Otra sentencia relevante sobre homologación de remuneraciones es la emitida por el Tribunal Constitucional en el Expediente N.º 4922-2007-PA/TC.

proteger otros derechos o bienes constitucionalmente garantizados. En tal sentido, a criterio del Tribunal, el *contenido esencial* del derecho fundamental a la remuneración, tal y como está reconocido en el marco constitucional, abarca los siguientes elementos: i) **Acceso**, en tanto nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución (artículo 23 de la Constitución); ii) **No privación arbitraria**, como reflejo del acceso, en tanto ningún empleador puede dejar de otorgar la remuneración sin causa justificada; iii) **Prioritario**, en tanto su pago es preferente frente a las demás obligaciones del empleador, de cara a su naturaleza alimentaria y su relación con el derecho a la vida y el principio-derecho a la igualdad y la dignidad (segundo párrafo del artículo 24 de la Constitución); iv) **Equidad**, al no ser posible la discriminación en el pago de la remuneración (primer párrafo del artículo 24 de la Constitución); y, v) **Suficiencia**, por constituir el *quantum* mínimo que garantiza al trabajador y a su familia su bienestar (primer párrafo del artículo 24 de la Constitución).

En cuanto al **contenido accidental** de la remuneración, el Tribunal Constitucional señala que es aquel sujeto a restricciones en virtud de otros bienes y derechos establecidos en la Constitución. Precisa que el derecho a la remuneración, como todo derecho (o principio constitucional) individual, social o económico, positivo o negativo, puede ser limitado o restringido⁽²²⁾, y por lo tanto, puede realizarse y optimizarse en una medida gradual, sin tener que aceptar la alternativa del todo o nada. Sin embargo, el Tribunal precisa que, no obstante, cualquier limitación que se imponga al ejercicio o disfrute de los derechos fundamentales ha de respetar el contenido esencial. Agrega que, solo con carácter enumerativo, no cerrado, considera que son parte del contenido accidental del derecho fundamental a la remuneración: i) **La consistencia**, en tanto debe guardar relación con las condiciones de exigencia, responsabilidad y complejidad del puesto que ocupa el trabajador. Para su determinación, ha de tomar en cuenta el efecto ingreso (o renta), según el cual la variación del número deseado de horas de trabajo provocada por una variación del ingreso debe mantener constante el salario; y, ii) **La intangibilidad**, en tanto no es posible la reducción desproporcional de una remuneración, lo que fluye del carácter irrenunciable de los derechos de los trabajadores (artículo 26.2 de la Constitución).

(22) «Una restricción de un derechos tiene lugar cada vez que se produce una acción del Estado que deniega o impide que el titular del derecho lo ejerza de acuerdo a la plenitud del supuesto de hecho de dicho derecho. Esto es todo lo que se requiere; en consecuencia, una restricción al derecho ocurre ya sea de forma significativa o marginal; ya sea si se relaciona con el núcleo del derecho o con su penumbra; ya sea si ocurre de manera intencional o no; o ya sea si se lleva a cabo por un acto o por una omisión (cuando existe un deber positivo de proteger el derecho). De hecho, toda restricción es inconstitucional, a menos que sea proporcional» (BARAK, Aharon. Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones. Edit. Palestra. Lima. 2017, p. 30).

IV. Breve reseña de la igualdad salarial en el contexto jurisprudencial

En principio, el Tribunal Constitucional ha indicado que «[...] no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribe todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato carezca de una justificación objetiva y razonable. La aplicación, pues, del principio de igualdad, no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables»⁽²³⁾; y en relación a la remuneración, en la Sentencia emitida en el Expediente 0020-2012-PI/TC, precisa que la Constitución reconoce explícitamente la protección a la remuneración equitativa; agrega que el Convenio 100 de la OIT establece que «Todo miembro deberá, empleando medios adaptados a los métodos vigentes de fijación de tasas de remuneración, promover y, en la medida en que sea compatible con dichos métodos, garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor». De ello se desprende –indica el Tribunal– que toda remuneración calculada con base en criterios discriminatorios por razón de género será inequitativa y, por ende, inconstitucional, pero aclara que la remuneración como retribución que percibe el trabajador por el trabajo prestado a su empleador no debe ser sometida a ningún acto de discriminación, no puede ser objeto de diferenciación, como por ejemplo, otorgar a unos una mayor remuneración que a otros por igual trabajo, quedando proscrito, en consecuencia, cualquier trato discriminatorio que, amparándose en causas prohibidas, afecte el derecho fundamental a la remuneración.

Por lo tanto, la postura del Tribunal Constitucional evidencia una especial protección a la igualdad remunerativa por razones de género, es decir, queda claro que en un Estado Constitucional de Derecho no se tolera la discriminación sustentada en motivos constitucionalmente prohibidos previstos en el artículo 2, numeral 2) de la Constitución; pero, también ha advertido, en otras decisiones que, no siempre constituye discriminación pagar diferente por igual labor.

De otro lado, en la Casación Laboral N.º 21121-2016- LIMA, la Corte Suprema de Justicia ha consolidado su postura respecto al tratamiento de la homologación de remuneración, señalando que «[...] no todo comportamiento que establezca una distinción constituye un acto discriminatorio y vulnera el derecho a la igual-

(23) STC emitida en el Exp. N.º 009-2007-PI/TC y 0010-2007-PI/TC (acumulados).

dad, pues, se debe tener presente que dentro de nuestra sociedad existe una serie de desigualdades, para las cuales se deben tomar un conjunto de medidas dirigidas a efectivizar la aplicación de dicho derecho, impidiendo que se limite solo a su reconocimiento formal, sino que llevado al campo fáctico, este se materialice en una igualdad de oportunidades para el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas⁽²⁴⁾. De lo expuesto, podemos afirmar válidamente que los principios de igualdad y de no discriminación no constituyen una facultad de las personas para exigir un trato igual a todos los demás en cualquier situación, sino que dichos derechos se encuentran orientados a exigir un comportamiento y trato igual entre sujetos que se encuentren en una misma condición; por lo tanto, un comportamiento será calificado como discriminatorio, y por ende vulnerara el derecho a la igualdad tutelado por el inciso 2) del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, cuando establezca una diferenciación entre personas que se encuentren en idéntica situación, siempre que no medie causa objetiva y razonable para ello». *Concluyendo que* «En el caso de autos [...] figura la trayectoria laboral del demandante y de sus homólogos propuestos [...], donde se advierte que existe una diferenciación objetiva respecto de su progresión en la carrera dentro de la empresa emplazada; tal es así que los homólogos se han desempeñado desde mil novecientos noventa y nueve como Supervisores (fecha en que fueron nombrados en dicho cargo); sin embargo, el demandante fue nombrado como supervisor recién en el dos mil cinco; por lo que la diferencia laboral existente entre el actor y los homólogos propuestos se basan en la trayectoria laboral pues como se advierte los homólogos tienen mayor experiencia laboral en el cargo de supervisor que el demandante, lo que significa una remuneración diferenciada que no puede considerarse *discriminatoria*, por estar basada en factores objetivos diferentes demostrados en el proceso y que no han sido desvirtuados por la parte actora[...]».

En consecuencia, se advierte que en el caso de la igualdad remunerativa no es suficiente ostentar el mismo cargo para poder percibir en igualdad de condiciones la misma contraprestación; pues, en cada caso concreto deberá evaluarse la existencia o no de situaciones objetivas que justifiquen la distinción, labor que deberá realizar el Juez a efecto de evitar convalidar un posible trato discriminatorio por parte del empleador⁽²⁵⁾; pero bajo la premisa de que cualquier diferen-

(24) Dicho texto también aparece en la Casación Laboral N.º 12033-2015-DEL SANTA. Noveno considerando.

(25) Debe hacerse notar que ya en la Casación N.º 208-2005-PASCO, la Corte Suprema estableció criterios mínimos que debían ser tomados en consideración por los jueces al momento de comparar la situación de dos trabajadores, con el propósito de determinar si entre ellos se ha infringido o no el principio de igualdad de trato en el aspecto remunerativo.

cia remunerativa, *prima facie*, no constituye una discriminación; pues, ello será evaluado de manera minuciosa en el caso objeto de análisis y sobre el cual deba emitirse una decisión jurisdiccional, siempre teniendo en cuenta la actividad probatoria que deba desplegarse a efecto de evidenciar si existe o no situaciones homogéneas que conlleven a disponer una igualdad salarial; pues, la averiguación de la verdad⁽²⁶⁾ es la finalidad principal de la prueba⁽²⁷⁾.

V. Importancia de la valoración de la prueba en caso de igualdad salarial

En cuanto a los componentes del derecho a la prueba⁽²⁸⁾, Ferrer⁽²⁹⁾ indica que el primer elemento es el derecho a utilizar todas las pruebas que se dispone para demostrar la verdad de los hechos que fundan la pretensión, aclarando que la única limitación intrínseca a la que está sujeto es la relevancia de la prueba propuesta. A tal postura se adhiere Xavier Abel Lluch, al señalar que, «actualmente el concepto de relevancia es el de mayor importancia y, en términos generales, toda prueba relevante para un hecho es admisible, mientras que la prueba irrelevante

Dichos criterios son: i) La procedencia del demandante y del homólogo propuesto, con el cual se realizan las comparaciones; ii) La categoría o nivel ocupacional al que pertenece el homólogo propuesto y el demandante; iii) La antigüedad laboral en la empresa; iv) Las labores realizadas por el demandante y el homólogo propuesto; v) Una correcta diferenciación disgregada entre los conceptos remunerativos que se perciben en el caso del demandante y el homólogo propuesto; entre otros que se puedan considerar necesarios y razonables. Dichos criterios han sido reiterados en otras resoluciones posteriores, como la Casación N.º 16927-2013-LIMA.

(26) Según Ferrer «La verdad material es aquella de la que se habla fuera del proceso judicial [...] Esta es, precisamente, la verdad que se cree inalcanzable, al menos en muchas ocasiones, en el proceso judicial. La verdad formal, en cambio, es aquella que se obtiene en el proceso como resultado de la actividad probatoria. Dicha verdad formal puede coincidir o no con la material (aunque a menudo se admite que es deseable que lo haga), pero sería aquella la que gozaría de autoridad jurídica [...]» (FERRER BELTRÁN, J. Motivación y racionalidad de la prueba. *Op. cit.* 187).

(27) GASCON ABELLAN, M. y GARCÍA FIGUEROA, A. *La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales*. Lima: Palestra Editores, 2015, pp. 380-381.

(28) «Se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia» (STC emitida en el Exp. N.º 03997-2013-PHC/TC).

(29) FERRER BELTRÁN, J. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 56.

debe ser excluida⁽³⁰⁾. No obstante ello es claro que la exclusión también opera en otros supuestos; pues, por ejemplo, no se admiten las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales⁽³¹⁾; además, los plazos procesales⁽³²⁾ tienen también una función de regla de exclusión.

Una vez superados los filtros de admisión, los medios probatorios deben ser actuados en el proceso, siendo que en el caso laboral, el artículo 21 de la Ley Procesal del Trabajo indica que «[...]Las partes concurren a la audiencia en la que se actúan las pruebas [...]», precisando dicha Ley que esta actividad se lleva a cabo en la etapa de la actuación probatoria desarrollada claramente en el artículo 46, en cuyo numeral 5) señala que « Se actúan todos los medios probatorios admitidos, incluidos los vinculados a las cuestiones probatorias[...]».

Gascón y García señalan que «la valoración de la prueba se concibe como una actividad racional, consistente en comprobar la verdad de los enunciados a la luz de las pruebas disponibles, y por ello susceptible de exteriorización y control»⁽³³⁾; agregan que la valoración constituye pues el núcleo mismo del razonamiento probatorio; es decir, del razonamiento que conduce, a partir de esas informaciones, a una afirmación sobre hechos controvertidos.

Por su parte Rivera Miranda⁽³⁴⁾ argumenta que «en la valoración de la prueba debe aplicarse ineludiblemente el principio de exhaustividad. Todos los medios probatorios practicados deben ser apreciados y valorados, expresando el resultado sobre cada uno de ellos»⁽³⁵⁾. No obstante esta última idea; en nuestro ordenamiento,

(30) ABEL LLUCH, X. La Dosis de Prueba: entre el Common Law y el Civil Law. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 35, 2012, pp. 173-200.

(31) Ver artículo 2, numeral 10) de la Constitución; así como el literal h) del numeral 24, artículo 2). El Tribunal Constitucional peruano, en relación a los alcances del derecho a la prueba, ha precisado que «conforme a tal derecho se exige la constitucionalidad de la actividad probatoria, la cual implica la proscripción de actos que violen el contenido esencial de los derechos fundamentales o las transgresiones al orden jurídico en la obtención, recepción y valoración de la prueba» (STC emitida en el Exp. 01014-2007-PHC/TC).

(32) El artículo 21 de la Ley Procesal del Trabajo precisa que «Los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes únicamente en la demanda y en la contestación. Extraordinariamente, pueden ser ofrecidos hasta el momento previo a la actuación probatoria, siempre y cuando estén referidos a hechos nuevos o hubiesen sido conocidos u obtenidos con posterioridad».

(33) GASCON ABELLAN, M y GARCÍA FIGUEROA, A. *Op. cit.*, p. 353.

(34) RIVERA MORALES, R. *Op. cit.*, p. 354.

(35) En el caso Penal, el artículo 393, numeral 2) del Código Procesal Penal indica que «El Juez Penal para la apreciación de las pruebas procederá primero a examinarlas individualmente y luego conjuntamente con las demás [...]».

el artículo 197 del Código Procesal Civil indica que «Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución solo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión»; lo cual –a criterio de la jurisprudencia nacional– significa que «[...] el Juez no se encuentra obligado a expresar las valoraciones de todos los medios probatorios, sino las esenciales y determinantes que dan sustento a su decisión»⁽³⁶⁾; por lo tanto, la exhaustividad no radicaría en la completitud cuantitativa, sino en la dosis cualitativa que el juzgador obtenga en mérito a los medios probatorios relevantes y determinantes para resolver el conflicto de intereses⁽³⁷⁾, lo cual lo llevará a emitir una decisión no solo debidamente motivada, sino fundada en Derecho⁽³⁸⁾. Si bien, Gascón y García⁽³⁹⁾ sostienen que «el grado de probabilidad de una hipótesis aumenta con la cantidad y variedad de las pruebas que la confirman»; pero, como dijimos anteriormente, no siempre el resultado se sujeta al volumen de medios de prueba, sino a la intensidad de la dosis de prueba que aporte cada uno de ellos, en atención a su relevancia en los hechos objetos de debate⁽⁴⁰⁾. Lo que implica que el Juez no solo deberá efectuar la valoración de los medios probatorios que le permitan confirmar la hipótesis elegida⁽⁴¹⁾, sino también aquellos que la refutan, a efecto de poder determinar la prevalencia valorativa que justifica su decisión.

En materia civil, únicamente se ha indicado que «Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada [...]», conforme lo prevé el artículo 197 del Código Procesal Civil; mientras que en el ámbito laboral, el artículo 31 de la Ley 29497 solo indica que en la sentencia

(36) Casación N.º 2571-2014-CAJAMARCA.

(37) Una postura diferente la expone Róger Zavaleta Rodríguez. La justificación racional de los hechos; en *La argumentación jurídica en el Estado Constitucional*. Palestra Editores. Lima. 2017, pp. 401-424.

(38) Respecto a la diferencia entre motivación y resolución fundada en Derecho, puede verse la Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Exp. 03238-2013-PA/TC.

(39) GASCON ABELLAN, M. y GARCÍA FIGUEROA, A. *Op. cit.*, p. 354.

(40) El artículo 16 de la Ley 29497 exige que se indique la finalidad de cada medio probatorio ofrecido en la demanda, al igual que en la contestación, conforme lo prevé el artículo 19 de dicha Ley.

(41) Marina Gascón considera que «la valoración de la prueba ha de concebirse como una actividad racional consistente en la elección de la hipótesis más probable entre las diversas reconstrucciones posibles de los hechos» (GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. *Op. cit.*, p. 142).

«El juez recoge los fundamentos de hecho y de derecho esenciales para motivar su decisión». Como se advierte, en materia laboral no se hace referencia normativa a ninguna regla de valoración específica al momento de adoptar la decisión; no obstante ello, es posible subsanar dicha omisión legislativa con lo expresado por la Corte Suprema, la que refiere que la exigencia de la motivación suficiente, prevista en el inciso 5) del artículo 139 de la Constitución «garantiza que el justiciable pueda comprobar que la solución del caso concreto viene dada por una valoración racional de los elementos fácticos y jurídicos relacionados al caso, y no de una arbitrariedad por parte del juez»⁽⁴²⁾; es decir, hace referencia a una valoración racional de la prueba, a efecto de evitar la arbitrariedad judicial; por tal motivo, resulta básico suponer que «en ese contexto, la posibilidad de control que se efectúa debe estar orientada a determinar si se han respetado los criterios legales que disciplinan la valoración»⁽⁴³⁾. Por lo tanto, no se puede perder de vista que «la atención en la racionalidad de la valoración de la prueba tiene sus raíces en la asunción de que esta es la mejor garantía de la mayor aproximación entre lo que resulta probado en el procedimiento y la verdad sobre los hechos»⁽⁴⁴⁾.

Para Ferrer⁽⁴⁵⁾, el último elemento que permite dotar del alcance debido al derecho a la prueba es la obligación de motivar las decisiones judiciales. Aclara este autor que, en el ámbito del razonamiento sobre los hechos, esa justificación deberá versar tanto sobre los hechos que el juez declare probados como sobre los hechos que declare no probados. La Constitución Política, en su artículo 139, numeral 5) hace referencia a la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias. Lo que implica que «esta exigencia de motivación de las resoluciones judiciales guarda concordancia con el principio de interdicción o prohibición de la arbitrariedad que tiene un doble significado: a) en un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho; y, b) en un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva, como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo»⁽⁴⁶⁾.

(42) Casación N.º 676-2016-VENTANILLA.

(43) Casación N.º 2950-2015-HUAURA.

(44) VASQUEZ, C. La Admisibilidad de las pruebas periciales y la racionalidad de las decisiones judiciales. *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 38, 2015, p. 102.

(45) FERRER BELTRÁN, J. *Op. Cit.*, p. 56.

(46) STC emitida en el Exp. N.º 03223-2014-PHC/TC..

Por último, cabe precisar que «La motivación probatoria en las resoluciones judiciales es una garantía procesal que vincula a los Jueces y les impone el deber de expresar el valor y eficacia que le ha otorgado a un determinado medio de prueba [...] Lo contrario, es decir la omisión de la motivación de la valoración de la prueba bajo criterios lógicos y razonables, no solo implica una vulneración del derecho al debido proceso y a la motivación de las resoluciones judiciales; sino también al derecho a la prueba»⁽⁴⁷⁾; señala Rivera⁽⁴⁸⁾ que los jueces tienen la obligación de resolver todos los casos que dentro de su competencia les fueron planteados y que las decisiones de los jueces deben estar fundadas en Derecho; pues, no debe perderse de vista que la motivación no solo cumple una función endoprosesal, sino también extraprosesal⁽⁴⁹⁾.

En consecuencia, no solo le resulta exigible una motivación suficiente⁽⁵⁰⁾ al Juez que deba resolver un asunto concreto sobre igualdad salarial, dado que una resolución que carezca de motivación suficiente no solo vulnera las normas legales citadas, sino también principios de rango constitucional»⁽⁵¹⁾; pero, también es fundamental que los justiciables deban aportar hechos concretos y relevantes al proceso, y sobre todo, la carga de la prueba debe ser exhaustiva en cuanto a su dosis probatoria, a efecto de determinar con claridad que nos encontramos en un supuesto de discriminación y no de simple diferenciación salarial frente a otros trabajadores que desempeñan la misma labor.

VI. Conclusión

No cabe duda que le corresponde al Juez establecer si en determinada situación se presenta una discriminación salarial que afecta un derecho de contenido constitucional y que signifique una arbitrariedad de parte del empleador; sin embargo, el privilegio del fondo sobre la forma, al que hace referencia el artículo III del Título Preliminar de la Ley 29497, está supeditado también al hecho de la diligencia de las partes, la misma que se traduce en el aporte al proceso, no solo de

(47) Casación N.º 1752-2016-LIMA.

(48) RIVERA MORALES, R. *Op. cit.*

(49) La Sala Civil Permanente, en la Casación N.º 1874-2012-LIMA, ha efectuado un desarrollo minucioso sobre las funciones de la motivación de las resoluciones judiciales.

(50) La Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema ha señalado que se entiende por «motivación suficiente al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la resolución está debidamente motivada» (Casación Laboral N.º 4736-2014-LIMA).

(51) Casación N.º 511-2016-CUSCO. En igual sentido, la Casación N.º 661-2016-AREQUIPA y Casación N.º 1457-2016-LIMA SUR.

los hechos relevantes que expliquen la situación alegada, sino la dosis de prueba que pueda incidir en la certeza del juez para adoptar la decisión que corresponda, a efecto de que la tutela jurisdiccional sea realmente efectiva.

VII. Lista de referencias

- ABEL LLUCH, X. La Dosis de Prueba: entre el Common Law y el Civil Law. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 35, 2012.
- BARAK, A. *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*. Lima: Edit. Palestra, 2017.
- BERNAL PULIDO, C. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- FERRAJOLI, L. Las Garantías Constitucionales de los Derechos Fundamentales; en DOXA. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 29, 2006.
- FERRER BELTRÁN, J. *Motivación y racionalidad de la prueba*. Lima: Edit. Grijley, 2016.
- FERRER BELTRÁN, J. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- GASCON ABELLAN, Marina y Alfonso GARCÍA FIGUEROA. *La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales*. Lima: Palestra Editores, 2015.
- GASCÓN ABELLÁN, M. *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- GUASTINI, R. *Lecciones de Derecho Constitucional*. Lima: Ediciones Legales, 2016.
- GUASTINI, R. *Disposición vs. Norma*. Lima: Editorial Palestra, 2018.
- GRANDEZ CASTRO y MORALES, F. *La argumentación jurídica en el Estado Constitucional*. Lima: Palestra Editores, 2017.
- RIVERA MORALES, R. *La Prueba: un análisis racional y práctico*. Madrid: Marcial Pons, 2011.
- TARUFFO, M. *Consideraciones sobre la prueba y verdad»; en la obra Sobre las Fronteras. Escritos sobre la justicia civil*. Bogotá: Edit. Temis, 2006.
- VASQUEZ, C. La Admisibilidad de las pruebas periciales y la racionalidad de las decisiones judiciales. *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 38, 2015.

Derecho Penal y Criminología



El interés público en el delito de violencia familiar. ¿Condicionante en el empleo de mecanismos de simplificación procesal?

The public interest in the crime of family violence. Condition on use of mechanisms of procedural simplification?

ORDÓÑEZ BRINGAS, Isaac Ricardo

SUMARIO: I. Introducción. II. Del delito de violencia contra integrantes del grupo familiar. III. Del interés público. IV. De los mecanismos de simplificación procesal penal. V. Limitación de los mecanismos de simplificación procesal en el delito de violencia familiar a raíz del criterio denominado «interés público». VI. Conclusiones. VII. Lista de referencias.

Resumen: En este artículo se desarrolla un tipo penal que ha venido siendo sujeto a diversas modificaciones; me refiero al delito de violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar. Sin embargo, a partir de las modificaciones antes citadas, se ha venido considerando al tipo penal en mención como un asunto de «interés público», dicho criterio comenzó a limitar el acceso a los mecanismos de simplificación fijados normativamente. Teniendo

(*) Abogado egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, Perú. Docente de pregrado en la misma casa superior de estudios. Maestro en Ciencias con mención en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Nacional de Cajamarca. Email: isaacbringas@hotmail.com.

en cuenta ello en este trabajo ofreceremos una definición exacta del concepto interés público y si este constituye condicionante al acceso a alternativas de carácter procesal en un estado constitucional de derecho, dado que se busca salvaguardar el debido proceso en todos sus extremos.

Palabras clave: Violencia, integrantes del grupo familiar, interés público, simplificación procesal.

Abstract: This article develops a criminal type that has been subject to several modifications; I mean the crime of violence against women and the members of the family group. However, from the modifications mentioned before, has been considered the criminal type in question as a matter of 'public interest', this criterion began to limit access to mechanisms of simplification set normatively. Taking into account that in this work will offer a precise definition of the term public interest and if this constitutes a condition access to alternatives of a procedural nature under a constitutional rule of law, given that it seeks to safeguard due process in all respects.

Key words: Violence, members of the family group, Public interest, procedural simplification.

I. Introducción

El presente artículo guarda la finalidad de coadyuvar al estudio sobre las instituciones de carácter procesal dado que busca ampliar los conocimientos sobre una cuestión de derecho que hoy en día se ha vuelto muy mencionada por la doctrina.

De forma reciente ocurrieron modificaciones dentro de nuestra legislación, en especial a nuestro código penal⁽¹⁾ cuyas disposiciones han sido cuestionadas ya sea por falta de una adecuada técnica legislativa o por nula efectividad en cuanto a su utilización en un proceso de esta naturaleza.

Partiendo de ello, la presente contribución busca dar a conocer de manera precisa, cuando hablamos de la configuración del delito de violencia contra la mujer e integrantes del grupo familiar y que mecanismos de simplificación procesal regula la legislación vigente sobre la materia.

Es por ello que, ante la ocurrencia de un delito de esta naturaleza, la legislación ha fijado procedimientos cuyo empleo ofrece la posibilidad de culminar un proceso sin que se acuda al aparato jurisdiccional.

(1) Código Penal peruano. Decreto legislativo N.º 635. Fecha de promulgación tres de abril de 1991. Fecha de publicación ocho de abril de 1991.

Lo que será sujeto de análisis es que esta posibilidad a raíz de últimos pronunciamientos se ve limitada, dado que se estableció que este delito es una cuestión que obedece a criterios de interés público.

Siendo ello así, ya no se permite el acceso a los mecanismos de simplificación procesal y eminentemente este criterio glosado se está convirtiendo en un condicionante, por ello debemos entender en todos sus extremos su significado y su ámbito de aplicación de manera adecuada.

II. Del delito de violencia contra integrantes del grupo familiar

¿Qué entendemos por violencia contra integrantes del grupo familiar?

El consejo ejecutivo del poder judicial español ha desarrollado un concepto sobre violencia familiar previa consulta a la RAE⁽²⁾ y este consiste en: «Aquel delito quien comete habitualmente, ejerce violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad propios o del cónyuge o conviviente o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección con quienes conviva o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia en centros públicos o privados.

Partiendo del concepto establecido a nivel de derecho comparado podemos entender acorde a una interpretación sistemática y comparativa con la ley 30364⁽³⁾ que en su artículo 5 define a la violencia como cualquier acción o conducta que les causa muerte, daño o sufrimiento físico, sexual por su condición de tales, tanto en el ámbito público como en el privado.

De las definiciones expuestas podemos ya hacernos una idea clara de las acciones que configuran el tipo penal antes descrito, por lo que debemos hacer un

(2) La Real Academia Española (RAE) Se dedica a la regularización lingüística mediante la promulgación de normativas dirigidas a fomentar la unidad idiomática entre o dentro de los diversos territorios que componen el llamado mundo hispanohablante; garantizar una norma común, en concordancia con sus estatutos fundacionales: «velar por que los cambios que experimente [...] no quiebren la esencial unidad que mantiene en todo el ámbito hispánico.

(3) Ley N.º 30364: Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar. Fecha de publicación 22 de noviembre de 2015.

exhaustivo análisis de cada uno de los supuestos dado que debemos entenderlos en todos sus aspectos, sobre todo a partir de las modificaciones de las que ha venido siendo objeto la acotada ley.

Un estudio realizado por parte de la OMS⁽⁴⁾ en el año de 1988 titulado «Ruta crítica de las mujeres» define como violencia contra integrantes del grupo familiar a toda acción u omisión cometida por algún miembro de la familia en relación de poder, sin importar el espacio físico donde ocurra, que perjudique el bienestar, la integridad física y psicológica o la libertad y el derecho al pleno desarrollo de otro miembro de la familia.

Es menester precisar que la legislación actual hace hincapié en las acciones que efectivamente configuran los supuestos de violencia en el grupo familiar, pero también es necesario establecer que se efectúa una distinción entre lo que se entiende por violencia física y psicológica, por lo que creo conveniente definir la citada tipología a efectos que su contenido sea tenido en cuenta de una forma más adecuada.

Violencia psicológica

De acuerdo a lo estipulado en el ordenamiento nacional se entiende por violencia psicológica a aquella acción o conducta tendiente a controlar o aislar a la persona contra su voluntad a humillarla o avergonzarla y que puede ocasionar daños psíquicos.

En cuanto al referido informe realizado por parte de la Organización Mundial de la Salud, se define a la violencia psicológica como «aquella acción u omisión destinada a degradar o controlar las acciones, comportamientos, creencias y decisiones de otras personas, por medio de intimidación, manipulación, amenaza directa o indirecta, humillación, aislamiento o cualquier otra conducta que implique un perjuicio en la salud psicológica, la autodeterminación o el desarrollo personal. Se presenta bajo las formas de hostilidad».

Teniendo en cuenta los citados conceptos, el lector puede ofrecer una definición adecuada de los alcances que guarda el concepto de violencia psicológica, sin embargo, a partir de la regulación ofrecida por parte de nuestro ordenamiento interno, no podemos considerar este concepto de una manera aislada.

(4) La Organización Mundial de la Salud (OMS) (en inglés World Health Organization o WHO) es el organismo de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) especializado en gestionar políticas de prevención, promoción e intervención en salud a nivel mundial. Inicialmente fue organizada por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas que impulsó la redacción de los primeros estatutos de la OMS.

Se entiende que el cuerpo humano se encuentra constituido por dos aspectos fundamentales: El corpus y el animus, entendemos al corpus como aquel aspecto físico, es decir el aspecto físico humano, mientras que el animus lo constituye el aspecto interno, es por ello que el ser humano es considerado como una unidad de carácter psicosomático.

Violencia física

Corresponde ahora desarrollar el concepto de violencia física, dado que hablamos de la tipología de violencia que regula nuestro ordenamiento nacional, es menester tener el entendimiento adecuado de los conceptos ya que posteriormente presentaremos ejemplos sobre su configuración en una determinada situación.

Por violencia física nuestro ordenamiento a través de la ley de violencia contra integrantes del grupo familiar enuncia el siguiente concepto: «Como aquella acción que causa sufrimiento físico [...]».

Como podemos apreciar solamente se brinda un concepto de carácter eminentemente genérico, dado que existen distintas tipologías de daños, en este caso cuando se vulnere o cause una afectación a la integridad física de una persona.

Sin embargo, en el aludido informe realizado por parte de la OMS se define a la violencia física de la siguiente forma: «Se refiere a toda acción u omisión que genere cualquier lesión infringida (hematomas, quemaduras, fracturas, lesiones, envenenamientos) que no sea accidental y provoque un daño físico o una enfermedad. Puede ser resultado de uno o dos incidentes aislados o puede ser una situación crónica de abuso.

Ante dicho concepto el lector puede verificar que la definición guarda un carácter mucho más preciso en cuanto a la técnica empleada, ello con la finalidad de ofrecer una definición cuyo grado de especificidad debe ser tenido en cuenta por nuestro ordenamiento nacional.

Se puede constatar que para efectuar una adecuada producción normativa no solamente debe tenerse en cuenta el actual contexto social, jurídico y político del cual somos parte.

Deben ser considerados distintos factores que determinan en muchos casos la ocurrencia de los supuestos de violencia en un determinado grupo familiar. Lo que nos lleva a formular la siguiente pregunta, ¿El legislador peruano realiza un adecuado nivel de análisis de la coyuntura al momento de efectuar iniciativa legislativa?

Elementos típicos del delito de violencia contra integrantes del grupo familiar

Es de nuestro conocimiento que el delito es aquella conducta que infringe un determinado ordenamiento jurídico cuya consecuencia se encuentra prevista por determinada norma.

Para que una conducta sea considerada como delito necesita ser subsumida de una manera adecuada al tipo penal (tipicidad), ser contraria al ordenamiento jurídico (antijuricidad) y eminentemente que la responsabilidad penal sea acreditada de forma indubitable (culpabilidad).

Partiendo de ello efectuemos el análisis correspondiente al tipo penal materia de estudio, en este caso el delito de violencia contra integrantes del grupo familiar, partamos por establecer la conducta en la que consiste dicho tipo penal.

En cuanto al comportamiento este puede ser entendido como aquella acción que va a causar determinada consecuencia o resultado lesivo, aplicando esta tipología de concepto al delito del cual estamos hablando entendemos que la violencia contra integrantes del grupo familiar se encuentra constituida por el comportamiento de efectuar un maltrato (a nivel físico o psicológico) de un integrante del grupo familiar independientemente que se pueda causar lesiones o no.

Sobre los elementos típicos del delito de violencia en el grupo familiar debemos considerar los siguientes:

Como sujeto activo se entiende a cualquier integrante del grupo familiar que ocasione y/o cause determinada vulneración o afectación a la integridad física o psíquica de un integrante del grupo familiar.

En cuanto al sujeto pasivo, se puede considerar como aquella persona cuya integridad es afectada, puede tratarse de cualquier integrante del grupo familiar, no requiriéndose una cualidad en específico.

En cuanto a la acción esta puede ser entendida de distintas maneras dado que la regulación normativa a nivel nacional establece un determinado resultado como lo viene a ser causar daños a la integridad tanto física como psicológica en un integrante del grupo familiar.

Existen elementos externos que pueden tener lugar en la configuración del presente tipo penal bajo análisis como lo vienen a ser la referencia de ocasión y la referencia del lugar, sin embargo, al momento en que se presenta una determinada situación que configure los supuestos indicados debe subsumirse la conducta adecuadamente en el tipo penal.

Por las consideraciones indicadas, debe efectuarse un juicio de subsunción apropiado al tipo penal. No entraré en más detalles sobre el tratamiento ofrecido

por parte de la autoridad pertinente dado que ello involucraría entrar en otros temas ajenos a la presente.

III. Del interés público

El lector se planteará la siguiente pregunta: ¿Por qué es importante desarrollar este concepto en el presente artículo?

La respuesta es sencilla porque a raíz de recientes pronunciamientos por parte de la autoridad judicial, se enuncia que dicho criterio (porque constituye uno) ocupa un rol preponderante en cuanto a los límites que se establece sobre una posible aplicación de los mecanismos de simplificación procesal establecidos normativamente.

¿Qué se entiende por interés público?

Rousseau (1762) en su obra el contrato social enuncia que la voluntad general no es la suma de las voluntades individuales, por el contrario, se trata de aquella que solo mira al interés común a todos los integrantes. «El interés público es asimilado al interés jurídico del estado, dado que se procura proteger las instituciones creadas por la constitución y las leyes, que trascienden el interés individual y ponen en riesgo concreto o comprometen un bien útil o necesario para la comunidad, siendo ello lo que habilita al estado a promover la acción sin consultar la voluntad de la víctima ()».

De acuerdo a la sentencia contenida dentro del expediente N.º 008376-2013 (Caso interés público, [2014] cuyo trámite fue realizado en la sala constitucional y social transitoria de la Corte Suprema de Justicia del Perú, se enuncia su significado como un asunto cuyos efectos tendrán incidencia en la colectividad.

Se desarrolla el concepto de interés público como un término de carácter indeterminado teniendo que ver con todo aquello que beneficia a la comunidad en general. Su satisfacción constituye uno de los fines del estado y justifica la organización administrativa.

Este criterio debe ser entendido en distintos ámbitos porque el ente jurisdiccional viene empleando dicho concepto a raíz de los múltiples casos sobre el delito de violencia contra los integrantes del grupo familiar en los que ha considerado que no son aplicables los mecanismos de simplificación procesal porque dicho tipo penal constituye un asunto de «interés público».

Por estas consideraciones es que este criterio ha venido tomando importancia dado que si se comienza a restringir el acceso u aplicación de mecanismos de

simplificación procesal estamos hablando de una vulneración al debido proceso y por ende no se realice una adecuada gestión y aplicación de las instituciones de carácter procesal que entendidas de otra forma evitan que el carácter de fragmentariedad del derecho penal se materialice.

Incidencia del interés público en el tipo penal de violencia contra integrantes del grupo familiar.

Es importante efectuar un adecuado entendimiento de lo que entendemos por interés público en el contexto de calificación de un determinado tipo penal, en este caso, nos referimos al delito de violencia ejercida contra los integrantes del grupo familiar.

Actualmente este criterio es enunciado porque se ha considerado por parte de las autoridades jurisdiccionales que se tutela mucho más que solamente la integridad de una persona que forma parte de un determinado grupo familiar, sino que constituye una materia que necesariamente va a tener un grado de incidencia tan alto que va a modificar la noción acerca del grupo familiar en nuestro contexto social y jurídico.

Se ha considerado que la ley 30364⁽⁵⁾ no solamente contiene disposiciones que efectivamente se tratan de cuestiones de interés público (considerado por parte del ente jurisdiccional), sino que se ha considerado que se trata de definiciones que guardan un alcance social dado que sus disposiciones indican que se efectúa vulneración de quienes merecen una tutela social y jurídica adecuada por parte del estado.

En este contexto el bien jurídico protegido en el delito de violencia dentro del grupo familiar, consistente en la protección a la integridad tanto física como psicológica, constituye un asunto cuya importancia es tal que a criterio del ente jurisdiccional debe otorgarse un adecuado cuidado al citado bien jurídico dado que se ha considerado otorgar una adecuada tutela a quienes resulten perjudicados en la comisión del delito contra integrantes del grupo familiar.

Se busca además prevenir que se cometan comportamientos que puedan atentar contra los integrantes del grupo familiar, ello con el objetivo que dentro del grupo familiar se desarrollen comportamientos adecuados y que en lo sucesivo se evite la comisión de los comportamientos descritos por la norma.

Ante ello debemos precisar que, si bien es cierto los fundamentos precisados por parte de los organismos operadores de justicia a nivel nacional justificando su

(5) Ley N.º 30364: Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar.

actuar en no permitir el empleo de mecanismos de simplificación procesal a pesar que las partes hayan llegado a un determinado acuerdo restringe derechos establecidos a nivel constitucional, a su vez constituye un condicionante a efectos de salvaguardar a la unidad fundamental de la sociedad como lo viene a ser la familia.

Por esta consideración podemos precisar que efectivamente al restringirse el acceso a mecanismos de simplificación procesal hablamos de una vulneración efectiva al debido proceso, esto nos permite afirmar que no se respeta las disposiciones establecidas en un estado constitucional de derecho.

Partamos por establecer un caso en concreto si ocurre una determinada situación en la cual se presenta un supuesto de agresión por parte de uno de los integrantes del grupo familiar contra su cónyuge, esta última presenta su denuncia ante las autoridades correspondientes, por lo que el representante del Ministerio Público⁽⁶⁾ al seguir el criterio que se viene siguiendo al considerar el tipo penal descrito como asunto de interés público rechaza cualquier clase de acuerdo que haya tenido lugar por ambas partes intervinientes.

Lo antes descrito nos lleva a inferir que a pesar que se cumpla con los requisitos taxativamente estipulados por parte de la norma procesal⁽⁷⁾, esto que nos da a entender, que si bien es cierto podemos considerar al delito de violencia contra integrantes del grupo familiar como un comportamiento que afecta a la unión fami-

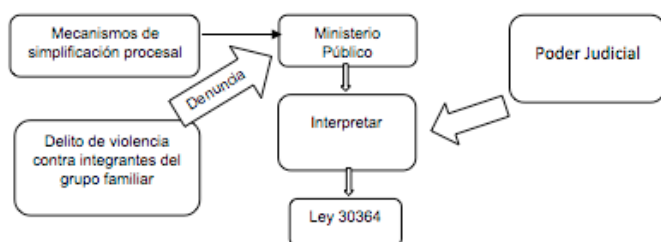
(6) El rol del Ministerio Público dentro del proceso penal está determinado en artículo 158.4 de la Constitución Política del Perú: conducir desde su inicio la investigación del delito. Con ese objeto, goza de las más amplias facultades de investigación y persecución del delito en representación de la sociedad, y como lo prevé el artículo 11° del Decreto Legislativo N.º 052 -Ley Orgánica del Ministerio Público- es el titular de la acción penal pública, es decir, responsable de investigar y -en su caso- denunciar ante el Poder Judicial la comisión de los delitos que sean de su conocimiento.

(7) Código Procesal Penal Peruano. Artículo 2º. Principio de oportunidad 1. El Ministerio Público, de oficio o a pedido del imputado y con su consentimiento, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal en cualquiera de los siguientes casos: a) Cuando el agente haya sido afectado gravemente por las consecuencias de su delito, culposo o doloso, siempre que este último sea reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años, y la pena resulte innecesaria. 34 b) Cuando se trate de delitos que no afecten gravemente el interés público, salvo cuando el extremo mínimo de la pena sea superior a los dos años de pena privativa de libertad, o hubieren sido cometidos por un funcionario público en ejercicio de su cargo. c) Cuando conforme a las circunstancias del hecho y a las condiciones personales del denunciado, el Fiscal puede apreciar que concurren los supuestos atenuantes de los artículos 14º, 15º, 16º, 18º, 21º, 22º, 25º y 46º del Código Penal, y se advierta que no existe ningún interés público gravemente comprometido en su persecución. No será posible cuando se trate de un delito conminado con una sanción superior a cuatro años de pena privativa de libertad o cometido por un funcionario público en el ejercicio de su cargo..

liar y determina el comportamiento de quienes forman aquel grupo; no podemos dejar de lado que se trata de situaciones inter partes (entre particulares) que son susceptibles de llegar a una determinada solución a través de un adecuado empleo de los mecanismos de simplificación procesal y si se llegara a restringir el acceso a estos, hablaríamos de judicializar un asunto que pudo haber tenido una solución previa dado que si se llega a una fase judicial hablamos de generar actividades que resquebrajarían más el aspecto familiar.

Es por ello que considero que el interés público debe ser entendido de acuerdo a la naturaleza de cada caso en específico en situaciones en las que ambas partes no se hayan acogido a un mecanismo de simplificación procesal, que por su carácter de legalidad y previo cumplimiento de los requisitos han sido establecidos para efectivamente cumplir una determinada finalidad, asegurar el acceso a un debido proceso con las garantías y derechos que significa ello.

Para un mayor entendimiento ofrecemos el siguiente esquema.



IV. De los mecanismos de simplificación procesal penal

La norma procesal penal es clara en cuanto al establecimiento y finalidad que guardan los distintos procedimientos de simplificación procesal a los que previo cumplimiento de los requisitos fijados de manera taxativa, las partes pueden acogerse a estos procedimientos con la finalidad que el representante del Ministerio Público se abstenga de ejercer la acción penal, más que todo buscan que los principios de celeridad y economía procesal como integrantes del debido proceso se materialicen de manera efectiva.

Una vez establecida la finalidad y objetivos que guardan los mecanismos de simplificación procesal, nuestro código procesal penal establece dos principales, los cuales son: El principio de oportunidad y el acuerdo reparatorio (ambos procedimientos indican sus requisitos en el citado artículo 2 del Código Procesal Penal peruano).

No entraré en detalles en cuanto al establecer la totalidad de los requisitos fijados en ambos procedimientos dado que me extendería de manera considerable.

Entonces si hablamos que, en un determinado caso de violencia contra integrantes del grupo familiar, el operador jurídico debe efectuar una labor interpretativa adecuada en cuanto a si decide o no emplear un mecanismo de simplificación procesal, dado que si bien es cierto como ha venido siendo considerado como asunto de interés público, es decir, debe realizarse un análisis adecuado del caso en específico y las circunstancias en las que habrían tenido lugar los hechos denunciados.

Es por ello que si se llega a verificar que ha existido una mínima lesión a la integridad del afectado en el tipo penal descrito, sería perfectamente aplicable un mecanismo de simplificación procesal, ello con la finalidad de otorgar alternativas dirigidas a ambas partes y que efectivamente no se tenga al interés público como un condicionante dado que como se estableció anteriormente hablamos de una situación inter partes cuya resolución no guarda un grado de incidencia considerable respecto al acontecer nacional.

V. Limitación del empleo de los mecanismos de simplificación procesal a raíz del criterio interés público

A partir de la exposición que hemos realizado respecto al delito de violencia dentro del grupo familiar, el lector habrá podido comprender los alcances e implicancias del empleo de los mecanismos de simplificación procesal a pesar que actualmente se está restringiendo el acceso a estos últimos a pesar que se cumple con los requisitos establecidos por la norma dado que el tipo penal en mención ha sido considerado por parte de la judicatura como un asunto de interés público dado que genera consecuencias en una determinada colectividad.

Previo análisis del criterio denominado como interés público, nos vamos haciendo a la idea que dicha prerrogativa está condicionando el acceso a un debido proceso, porque ese principio establece que un determinado procedimiento se lleve a cabo con respeto irrestricto de los derechos y garantías establecidos normativamente.

Entonces de manera efectiva podemos afirmar que el interés público condiciona al acceso a las salidas alternativas en determinado caso de violencia dentro del grupo familiar.

A nuestro criterio se encuentra condicionando la utilización de los mecanismos citados, sin embargo, para que sea de mayor entendimiento la problemática planteada debemos partir indicando que la autoridad encargada de realizar la calificación jurídica y el posterior juicio de subsunción debe realizar

una interpretación de la norma en cuestión, de la misma forma del criterio interés público antes citado.

Es decir, debe realizar un análisis del caso en específico para determinar si el daño causado se encuentra dentro de los alcances de la disposición referida a establecer si el delito constituye un asunto que guarde el carácter de público dado que como se ha venido indicando principalmente este se manifiesta en una esfera privada (en este caso el círculo familiar).

Por lo tanto, partimos de efectuar una labor adecuada en cuanto a la interpretación de la normativa preestablecida y de los mecanismos de simplificación procesal dado que, efectuando una interpretación de carácter teleológico de las disposiciones acotadas, no solo por parte de las autoridades sino también por parte de los abogados, estudiantes, investigadores, etc.

Por ende, el criterio denominado interés público debe ser entendido en su totalidad y no debe emplearse como un factor condicionante en un tipo penal donde sin duda alguna se encuentran desarrollando cuestiones inter particulares (haciendo un análisis adecuado del caso materia de análisis).

VI. Conclusiones

A partir del análisis del tema efectuado, en la correspondiente etapa sobre el establecimiento de las conclusiones en el presente aporte, podemos establecer las siguientes:

- 1.1 El delito de violencia contra los integrantes del grupo familiar constituye una realidad en el ordenamiento jurídico nacional y a partir de ello el legislador ha desarrollado normativa identificando los diversos supuestos en cuanto a su configuración como hecho de carácter delictivo.
- 1.2 El criterio denominado interés público es un concepto que debe ser analizado de forma minuciosa dado que como se explicó la autoridad operadora de justicia se basa en una interpretación eminentemente de carácter literal al analizar un caso de violencia contra integrantes del grupo familiar.
- 1.3 El interés público debe ser interpretado tomando en consideración la naturaleza de cada caso dado que no todos los casos son iguales y por ende se debe efectuar un análisis a fondo de la gravedad del daño u lesión, dado que pueden emplearse mecanismos de simplificación procesal.

VII. Lista de referencias

- CALDERÓN QUINDOS, F. *Lo Público y lo Privado en la obra de Jan Jacques Rousseau*. Universidad de Valladolid, 2001, 1-9.
- CASO INTERÉS PÚBLICOS. TC expediente n.º 008376-2013 (Corte Suprema de la República del Perú).
- CÓDIGO PENAL PERUANO. Decreto Legislativo N.º 635. Fecha de Promulgación, 1991.
- Congreso de la República. Ley N.º 30364. Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar. Lima, Perú: Diario Oficial «El Peruano», 2015.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA (31 de octubre de 1993). Constitución Política del Perú aprobada mediante Congreso Constituyente Democrático del Perú.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA (29 de julio de 2014). Nuevo Código Procesal Penal peruano aprobada mediante Decreto legislativo N.º 957.
- MINISTERIO DE LA MUJER Y DESARROLLO SOCIAL. (2009). *Violencia familiar y sexual*. 1.ª ed. Lima, Perú.
- RICHERI, C. *El interés público en las lesiones leves agravadas por violencia de género, como excepción habilitante para actuar de oficio*. In: 1st ed. Esquel, 2013, pp. 1-10.

Eficacia del tratamiento penitenciario en los condenados a pena privativa de libertad entre los años 2008 al 2012 en Cajamarca: una realidad que no ha cambiado

Effectiveness of correctional treatment in persons sentenced to deprivation of liberty between the years 2008 to 2012 in cajamarca: a reality that has not changed

GODOY BOY, Fanny Jaquelin(*)
VÁSQUEZ CASTILLO, Yeison Baltazar(**)

SUMARIO: I. Introducción. II. Aspectos metodológicos III. Sobre los resultados y análisis de la investigación. IV. Conclusiones. V. Lista de referencias.

(*) Graduada de la maestría en Ciencia Política (Democracia y Gobierno) de la Universidad Autónoma de Madrid. Abogada por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, Perú. Psicóloga por la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo. Cofundadora e investigadora del Instituto Peruano para la Concertación y el Desarrollo (www.ipcodeperu.com). E-mail: fanny.godoy@ipcodeperu.com.

(**) Graduado de la maestría en Ciencia Política, especialidad asuntos públicos - Ingeniería de la Concertación por la Universidad Panteón Sorbona - Paris. Graduado en la maitrise en Ciencias Sociales (Sociología) por la Universidad de Bordeaux - Bordeaux. Sociólogo por la Universidad Nacional de Cajamarca y cofundador e investigador principal del Instituto Peruano para la Concertación y el Desarrollo (www.ipcodeperu.com). E-mail: yeison.vasquez@ipcodeperu.com

Resumen: Este artículo trata sobre la eficacia del tratamiento penitenciario aplicado a los condenados/as con pena privativa de libertad en función al índice de reincidencia entre los años 2008 al 2012. Se ha utilizado entrevistas semiestructuradas a internos, internas, colaboradores y colaboradoras y mostraremos el análisis los archivos del Establecimiento Penitenciario de Cajamarca y de la Oficina Regional Norte - Chiclayo, de donde hemos obtenido información de los ingresos y reingresos al penal. El resultado más resaltante es: la proporción de sentenciados reincidentes representan cerca del 50 por ciento del total de ingresos en Cajamarca en el periodo mencionado y evidenciamos el porcentaje de reincidencia al 2019 a nivel nacional que en comparación con el periodo de análisis no ha cambiado. En torno a ello, se realiza una reflexión de la situación penitenciaria y se pretende coadyuvar a la puesta en agenda de políticas que permitan un proceso de resocialización eficaz en nuestro país.

Abstract: This article will reveal the degree of effectiveness of prison treatment applied to convicted prisoners with a custodial sentence based on the rate of recidivism between 2008 and 2012. Semi-structured interviews with inmates and collaborators have been used. We will show the file analysis of the Penitentiary Establishment of Cajamarca and the North-Chiclayo Regional Office from where we have obtained information on the entry and re-entry into the prison. The most outstanding result is: the proportion of convicted offenders that had re-entry the prison represents close to 50 percent of the total income in Cajamarca, in the aforementioned period. We also show the percentage of recidivism to 2019 at the national level that, in comparison with the period of analysis, has not changed. Around this, a reflection of the penitentiary situation is made, and it is intended to contribute to set policies in the agenda that allow an effective resocialization process in our country.

Palabras clave: Reincidencia, política penitenciaria, tratamiento penitenciario e ineficacia. Recidivism, penitentiary policy, prison treatment and inefficiency.

I. Introducción

A la fecha (2019), en el Perú existe insuficiente información que permita tener estrategias de resocialización eficaces que contribuyan a la disminución de la reincidencia delictiva. Además, no se evidencia debidamente la relación entre las decisiones tomadas en este ámbito y la disminución de la reincidencia; más aún, cuando existe un índice considerable a nivel Nacional. El dato obtenido en el 2012 por la Oficina de Planeamiento y Presupuesto del Instituto Nacional Penitenciario, en adelante IMPE, señala «en el Sistema Penitenciario se cuenta con 53,203 privados de libertad, se tiene 36,848 internos (69%) en calidad de primarios y 16,355

internos con 2 o más ingresos a un penal, representando el 31% de la población total» (Instituto Nacional Penitenciario, Informe Estadístico, 2013, pág. 57). Es decir, y según referencia del Banco de Buenas Prácticas en Prevención del Delito en América Latina y el Caribe, de cada 100 internos que egresan de los establecimientos penitenciarios al menos 31 volverían a delinquir (Programa de tratamiento, 2014). Actualmente, las estadísticas del INPE (2019) señalan que la población penitenciaria asciende a 93, 482 internos, cerca del doble de la población reportada en el 2012. Al 2019 se reporta un 74% (63,820) de internos/as en calidad de primarios y un 26% de internos/as con 2 o más ingresos a un penal. Si observamos los datos, considerando el incremento de la población en los establecimientos penitenciarios, evidenciamos que el tratamiento penitenciario sigue siendo ineficaz y el incremento de la criminalidad alarmante.

A pesar de la necesidad de tomar decisiones rápidas no se decide aún por una política penitenciaria donde el tratamiento sea uno de los pilares que coadyuvaría a la resocialización del interno/a, más allá de solo planes formulados. Esto hace necesario apostar por la propuesta del tratamiento orientado a la resocialización con un enfoque de competencias sociales, el cual promueve en el individuo los recursos realmente necesarios para «convivir», además considera el medio social (familia, cultura, laboral y ciudadanía) como elementos que promueven convivencia, donde la capacitación y el trabajo, adecuadamente orientado y basado en la demanda del mercado, son fundamentales para coadyuvar en el tiempo a la disminución de la reincidencia en el país.

En consecuencia, nuestra investigación buscó determinar y describir el grado de eficacia del tratamiento penitenciario aplicado en el Establecimiento Penitenciario de Sentenciados de Cajamarca a los condenados con pena privativa de libertad en función al índice de reincidencia entre los años 2008 al 2012, como un estudio de caso que muestra un ápice de la realidad a nivel nacional. Índice que a 2019 ha variado levemente, pero se contrasta con el importante incremento de población penitenciaria. Esta investigación surgió a raíz del trabajo de voluntariado en el Establecimiento Penitenciario de Cajamarca por más de 7 años de la Asociación por el Desarrollo y el Cambio (ADECA – MUJER), asociación gestada en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca.

Nuestro análisis permitirá establecer algunos aspectos que mostrarán los índices de reincidencia en el periodo de estudio, comparándolos con los datos del 2018 y 2019, y otros que dinamizados propiciarían condiciones personales importantes para contribuir en el cambio del interno e interna y colaborar con la tan ansiada re-

socialización y específicamente la disminución de la reincidencia. Es verdad que el tratamiento por sí solo no representa la receta para eliminar la reincidencia, pero sí representa el medio más cercano dentro de los Establecimientos Penitenciarios para coadyuvar a su disminución.

II. Aspectos metodológicos

En tanto pretendemos constatar y determinar el nivel de reincidencia, prescindiremos de la clasificación por delitos, pues es un problema generalizado. A nivel nacional, según la Dirección de Registro Penitenciario, la población de internos/as reincidentes en los últimos 10 años ha fluctuado entre 31 y 26 por ciento, siendo la Región Lima y Norte - Chiclayo (que incluye los establecimientos penitenciarios Tumbes, Piura, Lambayeque, La Libertad y Cajamarca), donde se presenta el mayor porcentaje de reincidencia. Lima es una ciudad con características particulares, incluyendo un mayor número de habitantes y mayor población penal. En ese sentido, nuestro estudio será en el Establecimiento Penitenciario de la Región Norte – Chiclayo, que nos da mayor posibilidad de análisis.

Tomaremos como único referente a las personas que, habiendo sido condenados a pena privativa de la libertad, nuevamente lo fueron en el lapso de 5 años, es decir nuestra población y muestra será la totalidad de condenados y condenadas a pena privativa de libertad, específicamente entre los años del 2008 al 2012, específicamente en el Establecimiento Penitenciario de Cajamarca.

Para ello, se analizaron los archivos del Establecimiento Penitenciario de Cajamarca y de la Oficina Regional Norte - Chiclayo, de donde se obtuvo, analizó y tabuló información de los ingresos y reingresos al penal. Además de entrevistas no estructuradas a los colaboradores del Establecimiento Penitenciario de Cajamarca y de Oficina Regional Norte - Chiclayo.

El índice de reincidencia estará formado por el número de nuevas condenas a pena privativa de la libertad entre los años 2008 al 2012, de quienes previamente fueron condenados a pena privativa de la libertad. Es decir, entenderemos la reincidencia como la condena por nuevo delito, cuando ya ha sido condenado por otro previamente, por ello el índice de reincidencia se medirá en virtud a los reingresos al Establecimiento Penitenciario.

El grado de eficacia del tratamiento resocializador, se definirá en base al índice de reincidencia. La eficacia estará determinada según la tabla siguiente:

La tabla 1
Grado de eficacia del tratamiento resocializador

Reincidencia	Grado	Eficacia
51 % a más	Muy Alto	Totalmente ineficaz
21-50 %	Alto	Ineficaz
11-20 %	Medio	Poco eficaz
0-10 %	Bajo	Eficaz

Fuente: Elaboración propia

III. Sobre los resultados y análisis de la investigación

En este acápite mostramos los datos obtenidos y el análisis realizado para mostrar el grado de eficacia del tratamiento penitenciario en el periodo 2008-2012 y será comparado con el índice de reincidencia del año en curso.

La legislación de los países de Iberoamérica en materia de ejecución penal consagra el denominado «ideal resocializador» como el objetivo de la ejecución de la pena, siguiendo los lineamientos de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas. En igual sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 10, inciso 3) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 5.6), asumen expresamente el ideal de la «resocialización» como fin u objetivo de la ejecución de las penas. En realidad, diferentes textos normativos de nuestro entorno han establecido que la resocialización, la reeducación o la reinserción social constituyen el objetivo de la ejecución de penas de privación de libertad. Nuestra Constitución plasma este principio en el artículo 139, inciso 22 y no solo representa un principio, sino que busca evitar la comisión de nuevos hechos delictivos que incrementen la inseguridad ciudadana.

En la misma línea, el régimen penitenciario se basa en la necesidad de rescatar para la sociedad a quienes han delinquido. De ahí se explica la búsqueda por la rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. En ese sentido, cabe señalar que existe un deber del Estado de establecer políticas adecuadas que coadyuven al cumplimiento de este precepto constitucional, sin embargo, la realidad penitenciaria en nuestro país no lo evidencia. Aunado a ello, y siendo ya un tema bastante tratado, pero no resuelto, nuestro sistema penitenciario no ha logrado establecer una línea de trabajo sostenible que promueva la resocialización de interno/a, en tanto, al momento de ingresar a un penal ingresa también en la

dinámica de un grupo humano con creencias, costumbres y valores, que, en su generalidad, dista mucho del deber ser.

La población penitenciaria hasta el 2012 muestra un incremento de la población penal en 7%. En el caso de la población intramuros, el incremento al mes de diciembre de 2012 ha sido de 17% (8,690 internos) y ha ido en crecimiento hasta el 2019. Según el INPE si este crecimiento fuera sostenido, se tendría un grave problema para poder albergar a la población penal, ya que teóricamente, se debería construir dos establecimientos penitenciarios por año con una capacidad para 3,500 internos (Instituto Nacional Penitenciario, Informe Estadístico, 2013, pág. 4). La construcción de establecimientos penitenciarios como solución, lejos de resolver el problema, seguiría siendo una suerte de albergue temporal, pero poco o nada se haría con relación al problema de fondo: la reincidencia. Los cuadros presentados muestran el preocupante número y evolución de la población penitenciaria y reincidente.

La pena cumple una función preventiva positiva tanto en la dimensión general como especial. Con respecto a la primera, el fin de la pena es que el sujeto interiorice al orden jurídico como rector de la vida en sociedad, reconociendo su validez y vigencia a través de sus comportamientos. Con respecto al segundo punto, el fin de la pena es también la prevención especial positiva, es decir con relación al interno o interna, buscando su resocialización, incluyendo sus tres expresiones: reinserción, rehabilitación y reeducación. Ello, mediante mecanismo que se distancien de la concepción de una cárcel como un encierro donde se castiga denigrando a la persona y se acerquen más bien a la búsqueda y desarrollo de capacidades, brindándole los medios necesarios para superar sus dificultades. Este último punto es muy importante para nuestra investigación, ya que la problemática presentada revela que el Sistema Penitenciario peruano no cumple con las exigencias del Derecho Positivo, pues el tratamiento penitenciario no ha resultado eficaz.

Tabla 2
Número de ingresos en los Establecimientos Penitenciarios del Perú al 2012

Total	N.º de ingresos											
	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12 a más
63,390	42,683	10,715	3,914	1,810	958	565	318	184	91	74	35	43
100%	69.53%	17.45%	6.38%	2.95%	1.56%	0.92%	0.52%	0.30%	0.15%	0.11%	0.06%	0.07%
Total % con 2 o más ingresos												30.47%

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos recabados de la Unidad de Registro Penitenciario INPE/Unidad de Estadística

En la tabla 2, los datos elaborados por el INPE, recabados durante el año 2012, nos muestran numérica y porcentualmente los datos de los internos e internas en condición de primarios, además de los reincidentes que tienen desde 2 hasta 12 o más ingresos. Como se pudo observar existen 42, 683 internos e internas en condición de primarios, mientras que la suma de reincidentes asciende a 18, 707 internos e internas en situación de reincidencia. Datos que muestran la problemática de la realidad penitenciaria que lejos de resocializarse, se evidencia un porcentaje importante de personas que han reingresado incluso más de 12 veces.

Otro aspecto fundamental corresponde a la población penitenciaria condenada y un grueso de población en condición de procesados. Esta situación de alguna manera contribuye no solo a ocultar la reincidencia, sino además evita la debida aplicación del tratamiento penitenciario, dilatando la intervención y propiciando procesos de aprendizaje que pueden, según la observación durante los años del trabajo dentro del Establecimiento Penitenciario, propiciar conductas que se dirijan hacia la comisión de delitos y por ende generar reincidencia.

En ese sentido, es importante indicar que según las 10 Medidas de Reforma del Sistema Penitenciario⁽¹⁾, en su medida 5, señala que el tratamiento penitenciario es el proceso de reinserción del interno para que abandone la actividad delictiva y pueda dedicarse a labores productivas. Reconoce también que existen diferentes dificultades que representan una traba al tratamiento penitenciario, entre ellos el hacinamiento, la falta de recursos económicos y de colaboradores capacitados, la lentitud de los operadores de justicia en el juzgamiento y por su puesto la forma de aplicación del tratamiento penitenciario, que es más una formalidad que una aplicación efectiva que pueda dar resultados positivos.

Por otro lado, del análisis realizado hemos observado que en el año 2009 el porcentaje de nuevas condenas en el Establecimiento Penitenciario de Cajamarca es superior a los años 2008, 2010, 2011 y 2012, el porcentaje asciende a 31%. Además, es importante observar el porcentaje de reincidentes en los otros años de estudio, donde podemos evidenciar un considerable índice de reincidencia, que va desde un 15% hasta un 18%. Evidenciándose un porcentaje constante, por lo que nos atrevemos a mencionar que el tratamiento penitenciario podría ser no solo la estrategia progresiva que comprende el desarrollo de programas de resocialización en forma individualizada, grupal y familiar, sino que además debe buscar el tratamiento orientado a la resocialización que supone el aprendizaje de *competencias*

(1) Ver: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: *Diez Medidas de Reforma del Sistema Penitenciario* publicado en el 2012, p. 7. En: http://www.inpe.gob.pe/pdf/10_medidas.pdf.

sociales, que promueve en el individuo los recursos necesarios para «convivir» y generar oportunidades que concreten la resocialización o al menos la impulsen. La evidencia, muestra que en el 2012 y hacia el 2019 los internos e internas no habrían adquirido «competencias sociales» necesarias que eviten la nueva comisión de hechos delictivos, es decir que eviten reincidir.

Tabla 3
Proporción de condenados reincidentes al
Establecimiento Penitenciario de Cajamarca

Años	Condenados Ingresantes	Condenados Reincidentes	Proporción
2008	156	77	0.49
2009	260	134	0.52
2010	167	81	0.49
2011	166	69	0.42
2012	172	75	0.43
TOTAL	921	433	0.47

Promedio anual de ingresos = 84.8 casos DE = 48.3

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos extraídos de la Oficina Regional Norte - Chiclayo.

En la tabla 3 la proporción de sentenciados reincidentes representan cerca del 50% del total de ingresos al Establecimiento Penitenciario durante los años 2008 a 2012. Estas cifras nos permiten evidenciar la ineficacia del tratamiento penitenciario. Tratamiento que busca la resocialización de los y las internas, es decir que la sanción penal dirigida a quien cometió el hecho punible (prevención especial) permita en un futuro que los internos e internas no vuelvan a delinquir. Sin embargo, la cifra de reincidencia muestra que los internos e internas no han podido adaptarse a las normas establecidas por la sociedad y por ende no se han generado los efectos previstos del Tratamiento Penitenciario que buscan la reeducación, reinsertión y resocialización del interno e interna a la sociedad.

A lo largo de estos años de observación y con los datos obtenidos de la Dirección de Registro Penitenciario, la población de internos e internas reincidentes en los años 2010, 2011 y 2012 ha representado un 31% de la población penal. Como ya lo mencionamos la Región Lima y Norte - Chiclayo (que incluye el Establecimiento Penitenciario de Cajamarca) es donde se presenta el mayor porcentaje de reincidencia, mostrándose las limitaciones con que cuenta el sistema de intervención de tratamiento al interno e interna.

Tenemos presente que el modelo penitenciario peruano se basa en el modelo resocializador, es decir, «la pena no es únicamente retribución a la conducta delictiva, es un espacio aprovechable para reeducar al penado y orientar las actividades de administración de la pena hacia la disminución de probabilidad de reincidencia en la comisión de nuevos delitos» (Instituto Nacional Penitenciario, 2013, pág. 32). Sin embargo, este enunciado no se cumple y se convierte en un caldo de cultivo para la reincidencia que se arraiga por la serie de deficiencias en la formulación y aplicación de políticas penitenciarias.

En consecuencia, más del 50% del índice de reincidencia encontrado en los años a los que se orienta la investigación en el Establecimiento Penitenciario de Cajamarca, que como ya dijimos en párrafos anteriores, demuestra la ineficacia en el tratamiento penitenciario, aunque fue creado como política para generar procesos de cambio en los internos/as, su ineficacia solo ha arraigado la reincidencia. Incluso el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos reconoce que el tratamiento resocializador es solo un buen propósito, pues el hacinamiento y la falta de recursos tanto económicos como de colaboradores, no permite que ello se cumpla a cabalidad.

Del diagnóstico realizado por el Ministerio se muestra que en los Establecimientos Penitenciarios existe un psicólogo cada 387 internos, un médico cada 885, un asistente social cada 442 y un abogado cada 885 internos. Además, existe una deficiente política de reinserción laboral, pues los talleres de formación y capacitación no solo son insuficientes, sino que no se adecúan a las necesidades del mercado. Por ejemplo, en el establecimiento de Cajamarca la situación no es diferente, en tanto para la población penal que supera los 600 internos, existe un solo equipo multidisciplinario, es decir, un psicólogo, un médico, un asistente social y un abogado, situación que no permite que el tratamiento penitenciario se realice eficazmente y pueda el interno o interna «reinsertarse a la sociedad». Además, el tratamiento penitenciario no solo debe ser entendido como un proceso que logra fines específicos, sino también como un proceso dirigido e individualizado, en el cual pueda efectivamente generar cambios y buscar la reinserción.

El tratamiento penitenciario arroja escasos resultados que no colaboran en la reestructuración de los procesos de socialización de los internos e internas. Se asemeja más al mero cumplimiento de un tratamiento poco articulado que no genera oportunidades al momento de salir en libertad. La delincuencia es un problema multidisciplinario que tiene distintas aristas y los procesos vividos dentro de las cárceles no están fuera de esta dinámica, incluyendo la reincidencia. Las personas que ingresan a una cárcel ingresan a un sistema social particular; su delito resulta una suerte de estatus, que representa su posición dentro la población penal; el grupo con el que se vinculará a partir de su internamiento constituirá un agente

socializador que influirá positiva o negativamente; su vinculación con el mundo exterior, específicamente el acompañamiento o abandono de su familia y seres representativos, dependerá no solo del delito cometido sino del tipo de relación que tenía antes de ingresar al penal; su capacidad de desaprender y aprender tendrá una vinculación importante con la coherencia de las políticas de tratamiento penitenciario y su ejecución, es decir que tan efectivo resulta el tratamiento durante el internamiento y al salir en libertad, sobre todo si el ser humano es productivo, principalmente a través del trabajo, los talleres que se brindan no parecen ser los más adecuados (carpintería, cerámica, trabajo en cuero, yute, entre otros de tipo manual), en la mayor parte de los casos no sugieren una opción de trabajo rentable dentro y mucho menos fuera de los Establecimientos Penitenciarios. A ello se suma la poca receptividad para emplear a un ex reo y el rechazo social, no infundado, respecto a quienes han delinquido.

En ese sentido, cabe llamar la atención respecto a lo que compete a la aplicación del denominado tratamiento resocializador, propuesta elaborada y presentada por el INPE, quien posterior al Diagnóstico de la Situación Penal en el Perú publicada en el 2012, emitió un informe dando cuenta de los principales problemas del sistema penitenciario, siendo uno de los preponderantes la reincidencia. Este informe desarrolla planteamientos teóricos y metodológicos que han sido probados fuera y dentro del país, con el proyecto piloto CREO, proyecto que contribuiría a la disminución del índice de reincidencia imperante en el Perú. Sin embargo, la cifra de criminalidad aumento desde el 2012, en el 2018 el número de privados de su libertad asciende a 86,229 y el reporte de abril del año en curso muestra 93,482. Actualmente el porcentaje de reincidencia, con 2 o más ingresos es del 26%.

IV. Conclusiones

- IV.1 La creación y mejora de la legislación y las políticas que promueven la prevención general y especial, deben partir de la idea fundamental de entender dos puntos: en primer lugar, que la socialización representa el conjunto de procesos que convierten a una persona en miembro activo de la sociedad, es decir, el ser humano se adapta y es capaz de interiorizar los valores socioculturales de la conducta esperada y de los roles sociales establecidos. Si esta adaptación no se da, este proceso y a diferentes niveles, la persona encuentra un caldo de cultivo para la delincuencia y; segundo, no bastaría solo con encerrarlo, además se debería resocializarlo, es decir propiciar generar un proceso mediante el cual, el ser humano puede interiorizar un conjunto de normas y valores diferentes de los que hasta el momento tenía asumidos, pudiendo propiciar un cambio en las personas.

- IV.2 El art. 139, incisos 21 y 22 de la Constitución Política del Perú y lo dispuesto en el Código de Ejecución Penal, Decreto Legislativo N.º 654, establecen como misión, la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. En el 2012, el Ministerio de Justicia de Derechos Humanos, implementó, teniendo como base un diagnóstico de la realidad penal, Diez (10) Medidas de Reforma del Sistema Penitenciario, las cuales fue aprobadas mediante R.M. N.º 141-2012-JUS del 14 de mayo de 2012, cuyo objetivo es el de resolver dos problemas, considerados los más álgidos del sistema penitenciario: hacinamiento y corrupción. Respecto de ello cabe señalar que la reincidencia está inmersa en la bidimensionalidad del problema y este plan pretende reducir su índice de 31% (porcentaje a nivel nacional) a 15% al 2016. Las cifras, aunque no se muestran disgregadas por Establecimientos penitenciarios, muestran al primer trimestre de 2015 que solo se ha reducido en un 2% desde el 2012 (Ministerio de justicia y Derechos Humanos, 2013, pág. 7) y al 2019 evidenciamos un 26% de reincidencia a nivel nacional (Instituto Nacional Penitenciario, 2019)
- IV.3 En el Establecimiento Penitenciario de Cajamarca, donde llevamos a cabo el estudio de caso, del 100% de ingresos durante los años 2008 al 2012, solo un 22% fueron sentenciados y un grueso de 78% fueron procesados. Situación que contribuye a la reincidencia, en tanto evita la debida y oportuna aplicación del tratamiento resocializador. La proporción de sentenciados reincidentes representan cerca del 50% del total de ingresos al Establecimiento Penitenciario de Cajamarca durante los años 2008 al 2012. Lo que demuestra la ineficacia del tratamiento resocializador, el cual persigue que el interno o la interna en un futuro no vuelvan a delinquir y puedan adaptarse a las normas establecidas por la sociedad. Sin embargo, este 50% de reincidencia muestra que no se han producido los efectos previstos del tratamiento, que buscan la reeducación, reinserción y resocialización del interno o interna a la sociedad.
- IV.4 El Estado y específicamente el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, deben tomar en consideración los índices de reincidencia a nivel nacional y observarlos cronológicamente. Este problema no solo es un problema del sistema penitenciario, sino del Estado y debe tratarse con prontitud, en tanto los índices no han variado y la población penitenciaria se ha incrementado, como se observó en las tablas y el análisis presentado, el tratamiento penitenciario sigue siendo ineficaz. Aunado a ello su observancia es importante para que puedan establecerse políticas adecuadas que contribuyan a la disminución de la reincidencia, la cual debe estar enfocada básicamente en la prevención (evitar la comisión de hechos delictivos) y a la intervención en los Establecimientos

Penitenciarios donde el tratamiento resocializador no solo debe obedecer a aspectos metodológicos sino también a las características sociales de los seres humanos y su proceso de aprender y desaprender durante el tratamiento.

- IV.5 Existe desde el 2012 una Guía de Intervención Multidisciplinaria que detalla la metodología del tratamiento penitenciario de acuerdo al delito, aborda las pautas de intervención multidisciplinaria para internos por delitos contra el patrimonio y delitos relacionados con la obtención de dinero por medios ilícitos, para internos reclusos por delitos contra la libertad sexual, para reclusos por delitos contra la vida el cuerpo y la salud (excepto homicidio) y para los delitos de mayor compromiso criminógeno (extorsión, secuestro, homicidio calificado, miembros de bandas criminales organizadas y líderes de ellas). Aquí cabe hacernos algunas interrogantes: ¿hacia el 2019 como se ha utilizado la metodología para la aplicación del tratamiento penitenciario desarrollada en esta Guía? y ¿existe el recurso humanos y económico (presupuesto anual para el INPE y dinero destinado para el tratamiento penitenciario) suficiente para la ejecución?
- IV.6 Es imprescindible la evaluación tanto de los resultados del tratamiento resocializador y de las políticas penitenciarias elaboradas y ejecutadas en la actualidad. Ello permitirá aportar técnicamente a la solución de problemas como la reincidencia y la imperante inseguridad en nuestro país. Podría parecer utópico, pero el tratamiento en los establecimientos penitenciarios representa la única herramienta tangible para propiciar cambios en los internos e internas y por ende coadyuvar a la disminución de la criminalidad en el país. En tanto, solo un proceso eficaz, que aborde lo que realmente se requiera para que el interno o interna mejore su nivel de educación, adquirir capacidades laborales competitivas, desaprender hábitos criminógenos que facilitan la reincidencia y aprender prácticas que faciliten su reinserción social, permitiría iniciar el camino para la disminución progresiva de la reincidencia en las regiones y en el país.

V. Lista de referencias

PENITENCIARIO, I. N. *Informe Estadístico*. Lima, 2012.

DIRECCIÓN DE TRATAMIENTO PENITENCIARIO. INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO, 2012. Recuperado el 28 de noviembre de 2013, de <http://www.inpe.gob.pe/contenidos.php?id=644>.

BANCO DE BUENAS PRÁCTICAS EN PREVENCIÓN DEL DELITO EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. (2013). Recuperado el 02 de enero de 2014, de http://buenaspracticasenprevencion.org/bbp_docs/29_programa_de_tratamiento_CREO_y_FOCOS.pdf.

- RUBIO, CORREA, M. *Para conocer la Constitución de 1993*. 3.^a ed. Lima: PUCP Fondo Editorial, 2012.
- BERNALES BALLESTEROS, E. *La Constitución de 1993. Análisis comparado* (Quinta ed.). Lima: RAO S.R.L., 1999.
- BANCO DE BUENAS PRÁCTICAS EN PREVENCIÓN DEL DELITO. *Programa de tratamiento*. Obtenido de Banco de Buenas Prácticas en Prevención del Delito en América Latina y el Caribe, 2014: http://buenaspracticasenprevencion.org/bbp_docs/29_programa_de_tratamiento_CREO_y_FOCOS.pdf.
- INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO. (29 de julio de 2013). *Plan Estratégico 2012-2016*. Obtenido de Instituto Nacional Penitenciario: <http://scm.oas.org/pdfs/2012/prisons%203/RA00128.pdf>.
- MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. *Evaluación del Primer Trimestre 2015 del Plan Estratégico Sectorial Multianual (PESEM) 2015-2021*. Obtenido de Ministerio de justicia y Derechos Humanos: http://www.peru.gob.pe/docs/PLANES/131/PLAN_131_2015_INFORME_I_TRIM_2015_PESEM_2015-2021.PDF.
- ALLER MAISONNAVE, G. El Derecho penal del enemigo y la sociedad del conflicto. *En Co-responsabilidad social, Sociedad del Riesgo y Derecho penal del enemigo*. Montevideo: Instituto de Derecho Penal, 2006.
- ARMENDIA, P. (13 de Enero de 2012). *REINCIDENCIA EFECTOS FRENTE A LA LIBERTAD*. Obtenido de <http://www.pensamientopenal.com.ar>: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2012/02/doctrina32943.pdf>.
- AROCENA, G. La racionalidad de la actividad legislativa penal como mecanismo de contención del poder punitivo estatal. *Polít. crim*, 2008, pp. 1-15.
- BANDURA, A. *Teoría del aprendizaje social*. Madrid: Espasa-Calpe, 1987.
- BARATTA, A. *Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico penal*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004.
- BARATTA, A. Integración-Prevención: Una Nueva Fundamentación de la Pena dentro de la Teoría Sistémica. *Revista Doctrina Penal* 1985, pp. 9-26.
- Revista Doctrina Penal. Resocialización o Control Social, por un concepto crítico de «reintegración social» del condenado. *«Criminología crítica y sistema penal*. Lima: Comisión Andina Juristas y la Comisión Episcopal de Acción Social, 1990.
- BURGOS MARIÑOS, V. *El Proceso penal peruano: una investigación sobre su constitucionalidad*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2002.

- CARNEVALI RODRÍGUEZ, R. Derecho Penal como última Ratio. Hacia una política Criminal Racional. *Revista IUS ET PRAXIS*, 2008, 13-48.
- ROXIN, Claus, *Política Criminal y Sistema de Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1972.
- DEMETRIO CRESPO, E. *Culpabilidad y fines de la pena: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin*. Lima: Grijley, 2008.
- DAROQUI, A. *De la resocialización a la neutralización e incapacitación*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2007.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. Reflexiones acerca de la relación entre régimen penitenciario y resocialización. *Eguzkilore: cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 1989, pp. 59-64.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Mujeres y sistema penitenciario*. Lima: GTZ, 2005.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005, pp. 1-37.
- ZAFFARONI, E. *La Globalización y las Actuales Orientaciones de la Política Criminal*. Praia, 1999.
- GALLARDO, R. *Mecanismos para Promover la Reintegración Social a partir del Estudio de la Reincidencia*. Fundación Ford, 2011.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., & CARANDE, M. La democracia y el lugar de la ley. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1997, pp. 79-96.
- GONZÁLEZ GUERRERO, L. *Trastornos de la personalidad: Influencia sobre la conducta delictiva y repercusiones forenses en la jurisdicción penal*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2011.
- GUILLAMONDEGUI, L. *La resocialización de los delincuentes sexuales ¿Es posible? Una perspectiva comparada*. ICARO, 2006, pp. 225-251.
- HIKAL, W. *Criminología sociológica. Derecho y Cambio Social*, 2012, pp. 1-15.
- BARATTA, A. Integración-Prevención: Una nueva Fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica. *HeinOnline*, 1985, pp. 9-26.
- LANDA ARROYO, C. Derecho procesal constitucional. *Cuaderno de Trabajo N.º 20*, 2011, pp. 1-42.
- LÓPEZ, R., & ARROJO, M. *Criminología: Criminalidad y Planificación de la Política Criminal*. Madrid: Aguilar, 1978.

- MINISTERIO DE JUSTICIA E I.N.C. *Diseño de políticas penitenciarias. Resolución Ministerial*. Lima: Resolución Ministerial N.º 0419-2007-JUS, 2007.
- MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. *Anuario estadístico del sector justicia 2011*. Lima: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- MIR PUIG, S. ¿Qué queda en pie de la resocialización? *EGUZZILORE*, 1989, pp. 35-41.
- DELMAS-MARTY, M. *Modelos actuales de política criminal*. Madrid: Arias Montano, 1986.
- MONTESINOS, S., & KAM, M. (s. f.). *Experiencias Prácticas con Adolescentes Infractores en el servicio de orientación del adolescente*. Obtenido de <http://www.ts.ucr.ac.cr:8080/http://www.ts.ucr.ac.cr/binarios/congresos/reg/slets/slets-017-015.pdf>
- MORILLAS CUEVA, L. Reflexiones sobre el derecho penal del futuro. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2002, pp. 1-23.
- MUÑOZ CONDE, F. *La prisión como un problema: resocialización versus desocialización*. Fundación Universitaria de Jerez, 2005.
- HOME OFFICE. (15 de enero de 2012). *Reingresos en prisión de internos liberados a lo largo de 1996*. Obtenido de Home Office: www.homeoffice.gov.uk/rds/pris-chap9.html
- ORDÓÑEZ VALVERDE, J. *Rehabilitación y Resocialización desde la justicia restaurativa*. Colombia: Universidad Javeriana.
- ORELLANA WIARCO, O. (s.f.). Criminología y control social. *Revista Criminología y Sociedad*.
- PÉREZ RAMÍREZ, M., REDONDO ILLESCAS, S., MARTÍNEZ GARCÍA, M., GARCÍA FORERO, C., & ANDRÉS PUEYO, A. predicción de riesgo de reincidencia en agresores sexuales. *Psicothema*, 2008, pp. 205-210.
- RIVERA BEIRAS, I. (s.f.). *Lineamientos garantistas para una transformación radical y reducción de la cárcel (una visión desde España)*. Obtenido de Universitat de Barcelona: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20120608_03.pdf
- ROMO MEDINA, M. *Criminología y Derecho*. Mexico: Autnoma de México, 1989.
- ROXIN, C. *Dogmática Penal y Política Criminal*. Lima: Idemsa, 1998.
- NAYIBI SAAVEDRA, V., HERNÁNDEZ, Y., GUERRERO, M., & OTERO, F. *Programa Terapia Recreativa*. Colombia: Funlibre, Costa Rica, 2001.
- SÁENZ ROJAS, M. El Discurso Resocializador: Hacia una nueva propuesta para el sistema penitenciario. *Rev. Ciencias Sociales*, 2007, pp. 125-136.

- SEGOVIA CABRERA, M. *El principio de prevención como objeto de sanción en el derecho penal paraguayo*. Asunción : GTZ-Cooperación Técnica Alemana, 2005.
- SOLÍS ESPINOZA, A. *Política Penal y Política*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008.
- SOTA SÁNCHEZ, A. *Programa penal de la Constitución Política de 1993 y el Derecho Penal Constitucional peruano. Derecho y Cambio Social*, 2013, pp. 1-20.
- VILLAVICENCIO TERREROS, F. *Introducción a la criminología*. Lima: Grijley, 1997.
- JOACHIM WALTER, A. Estudio de reincidencia: Fenómeno a estudiar para el diseño de un Sistema de Ejecución de la Pena Juvenil. *El Observador*, 2009, pp. 31-38.
- ZAFFARONI, E. *Manual de Derecho Penal: Parte General*. Lima: Ediciones Jurídicas, 1985.
- ZAFFARONI, E. *Política Criminal: presupuesto para la reforma del C.P.* Lima: AFA editores, 1988.
- ZAFFARONI, E. *El enemigo en el Derecho Penal*. Madrid: Dykinson, 2006.
- INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO (25 de julio de 2013). *Informe Estadístico*. Obtenido de www.inpe.pe/pdf/enero_2012.pdf: http://www.inpe.gob.pe/pdf/enero_2012.pdf.

Lib liberación condicional en el supuesto de una tercera condena

Conditional release in the course of a third condemnation

MUÑOZ OYARCE, Bruce Eugenio(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Problematicación. III. Beneficio penitenciario de liberación condicional. IV. El Tribunal Constitucional. V. Postura de la Corte Suprema. VI. Leyes especiales. VII. Nuestra posición. VIII. Conclusiones. IX. Lista de referencias.

Resumen: El presente trabajo desarrolla la problemática de aplicación en la norma de Ejecución Penal en el tiempo, la determinación de esta al considerarla como material o procesal, estableciendo criterios plasmados por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de la República.

A partir de un caso en concreto derivado del expediente 42-2013, en el cual una persona sentenciada por el delito contra la confianza y buena fe en los negocios en su modalidad de libramiento de cobro indebido, solicita el beneficio penitenciario de liberación condicional atendiendo que en el presente proceso se encontraba cumpliendo su tercera condena. Bajo esas circunstancias se evidencia un problema de índole material, ya que el artículo 49 del

(*) Abogado por la Universidad Nacional de Cajamarca. Docente de Derecho Penal de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca. Estudios concluidos de maestría en la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca en la mención de Derecho Penal y Criminología. Ponente en eventos académicos, abogado litigante.

Código de Ejecución Penal, ampara para tal beneficio al sentenciado por segunda condena.

Estas circunstancias han llevado a que el presente trabajo desarrolle los temas de aplicación de la norma en el tiempo, retroactividad y ultractividad; a determinar conceptos materiales y procesales de la norma de Ejecución Penal, a la vez el beneficio del sentenciado a poder resocializarse extra muros.

Utilizando una interpretación exegética de la norma de Ejecución Penal, planteamos nuestro punto de vista, y consideramos que el Derecho de Ejecución Penal también está regido por el principio de legalidad; por tal razón, el Código de Ejecución Penal actual en su artículo 57-A es claro al prescribir que los beneficios penitenciarios de semi-libertad y liberación condicional se aplican conforme a la ley vigente al momento de la sentencia condenatoria firme, siguiendo el sustento de los acuerdos plenarios 08-2011/CJ-116 y 02-2015/CIJ-116.

Palabras Claves: Norma de Ejecución Penal en el tiempo, beneficio penitenciario de liberación condicional, sentencia firme.

Abstract: The present work develops the problematic of the application of the norm of Penal Execution in the time, the determination of this when considering it like material or procedural, establishing criteria shaped by the Constitutional Court and the Supreme Court of the Republic.

From a specific case derived from file 42-2013, in which a person sentenced for the offense against trust and good faith in the business in its mode of release of undue payment, requests the prison benefit of conditional release taking into account that in the present process he was serving his third sentence. Under these circumstances, a problem of a material nature is evidenced, since Article 49 of the Code of Criminal Enforcement protects the convicted person for security by sentencing.

These circumstances have led to the development of the issues of application of the norm in time, retroactivity and ultractivity in the present work; to determine material and procedural concepts of the Criminal Execution norm, at the same time the benefit of the sentenced person to be able to re-legalize extra walls.

Using an exegetical interpretation of the Criminal Execution norm, we propose our point of view, and we consider that the Law of Criminal Enforcement is also governed by the principle of legality; for this reason, the current Code of Criminal Enforcement in its article 57-A is clear when prescribing that the penitentiary benefits of semi-liberty and conditional release are applied according to the law in force at the time of the final conviction, following the support of the plenary agreements 08-2011 / CJ-116 and 02-2015 / CIJ-116.

Key words: Standard of criminal enforcement in time, penitentiary benefit of conditional release, final judgment

I. Introducción

El Derecho penal y procesal penal mantienen una línea de principios que concuerdan: el primero con determinar si la acción desplegada constituye delito y el segundo a garantizar un debido proceso en aras del respeto a los derechos fundamentales de las personas; sin embargo, el Derecho penitenciario como un sector específico del Derecho de Ejecución Penal, constituye con otras disciplinas jurídico penales el sistema integral del Derecho penal, compartiendo características normativizadas con el Derecho penal material y el procesal penal.

En el mundo del litigio se puede estar en mayor contacto con las penumbras, desgracias de los seres humanos, la inquietud de vivir privados de la libertad nos lleva a pensar en la finalidad que cumple la pena y si esta en algún modo resarce al agraviado los daños causados.

Sin duda la cárcel es la experiencia más traumática que un ser humano puede experimentar, estar privado de la libertad ameritaría una segunda muerte, no solo se encuentra el alma encerrada en el cuerpo, sino que también al cumplir una pena privativa de la libertad el cuerpo físico se encuentra atrapado.

El hombre desterrado busca una segunda oportunidad, la oportunidad de la libertad, del consejo de una segunda vida, no siempre se la puede conseguir; sin embargo, se podría decir que la vida también es de segundas oportunidades.

Basta con observar el sin fin de casos de violación a los bien jurídico protegidos, no solamente el agraviado implora justicia, sino que el sentenciado debe y tiene derecho a ser tratado como ser humano. Ello nos lleva a reflexionar sobre el avance de la naturaleza humana, la forma de tratar a sus semejantes, la fuerza para romper la inercia de la venganza y ajustar su conducta a un proceso que debería llevarnos a alcanzar la justicia.

Sin embargo, por más delito grave que la persona haya cometido, por más repudio que la sociedad le pueda tener a un ser humano, tiene derecho a una segunda oportunidad, a volver a la sociedad cumplir con sus obligaciones y exigir sus derechos. Es así que dentro de los beneficios que un sentenciado puede acceder se encuentra el de la liberación condicional, que para su requerimiento debe cumplirse requisitos materiales; como por ejemplo el reo debe encontrarse cumpliendo una su segunda condena.

II. Problematicación

Existe un problema actual de nuestro sistema de justicia, es el de la ejecución de las sentencias condenatorias, las que establecen penas privativas de la libertad; la liberación condicional como beneficio penitenciario es un incentivo, que no puede

ser considerado como derecho ni gracia, pues está sujeto además del cumplimiento de los requisitos materiales a la evaluación del órgano técnico del establecimiento penitenciario, en cuanto al proceso de rehabilitación, y a la del propio Juez, en los casos de liberación condicional en los que califica como positivo y la oportunidad de su concesión en función del interno y de la sociedad misma; es decir, en su decisión deberá considerar que la excarcelación anticipada será favorable para el interno, en tanto que su comportamiento no afectará a la comunidad.

Esta decisión que deberá tomar el juzgador, en el beneficio penitenciario de liberación condicional, debe ser analizada en cada caso en concreto por las particularidades de los mismos, atendiendo que si bien se pueden cumplir con los requisitos materiales que exige el artículo 49º del Código de Ejecución Penal, esto no siempre es suficiente ya que existen factores particulares en cada caso, es así que se debe analizar si la norma aplicada es la correcta o nos encontramos en aplicación de normas que han sido modificadas.

En este punto nacen conflictos como explicar si la norma aplicada a casos concretos en el beneficio penitenciario de liberación condicional siempre es la misma o se aplica lo que el Código de Ejecución Penal demanda es decir la norma más favorable.

En la realidad se produjo el acontecimiento siguiente: una persona había sido condenado en tres oportunidades por el delito Contra la Confianza y la Buena Fe en los Negocios, en la modalidad de Libramiento de Cobro Indebido, en el primer expediente se condenó a cuatro años de pena privativa de la libertad computándose la pena desde el 26 de octubre de 2013 hasta el 25 de octubre de 2017, en otro expediente por el mismo delito se condena a la misma persona a tres años ocho meses y diecisiete días de pena privativa de la libertad, computándose la pena desde el 26 de octubre de 2013 hasta el 13 de julio de 2017, y por último la misma persona bajo el mismo delito fue condenado en un tercer momento a dos años de pena privativa de la libertad, computándose desde el 26 de octubre de 2017 hasta el 25 de octubre de 2019; cumpliendo para ello dos de sus condenas por un mismo delitos y para la tercera condena solicitaba el beneficio penitenciario de liberación condicional.

Bajo estas circunstancias nos preguntamos:

Es posible aplicar el beneficio penitenciario de liberación condicional a un sentenciado que esté cumpliendo una tercera condena, estableciendo que el artículo 49º del Código de Ejecución Penal prescribe:

El beneficio penitenciario de liberación condicional permite que el interno con segunda condena efectiva egrese del establecimiento penitenciario para efectos de trabajar o estudiar [...].

Tal como prescribe el artículo 49º del Código de Ejecución Penal, no se cumpliría el requisito material, esto es el encontrarse bajo una segunda condena tal como lo establece el precepto normativo, para ello analizaremos la presente problematización a partir de la aplicación de la norma más favorable al sentenciado, la retroactividad de la ley penal, los acuerdos plenarios y la interpretación del Tribunal Constitucional frente a la aplicación de la liberación condicional y la importancia en su estudio sin la vulneración de derechos fundamentales.

Para resolver el problema planteado debemos enfocar nuestros esfuerzos en desarrollar tres puntos de vista, los cuales han sido plantados por el Tribunal Constitucional, la Corte Suprema de la República y lo consignado en la ley especial.

III. Beneficio penitenciario de liberación condicional

La palabra beneficio se «tomó de la voz del derecho feudal donde se denominaba beneficios, en alemán feudos, a los predios que se otorgaban a los soldados» (Milla Vásquez, 2019, p. 241); por consiguiente, beneficio en el lenguaje feudal es una acción benévola o una gracia que causa gozo a los que la reciben.

El beneficio de liberación condicional permite al interno sentenciado cumplir parte de su condena en libertad, cuando este ha cumplido al menos con la mitad de su pena. Se concederá en base al cumplimiento de los requisitos establecidos por la Ley.

El artículo 49º del Código de ejecución Penal prescribe:

«El beneficio penitenciario de liberación condicional permite que el interno con segunda condena efectiva egrese del establecimiento penitenciario para efectos de trabajar o estudiar, siempre y cuando:

1. Cumpla la mitad de la pena
2. No tenga proceso pendiente con mandato de detención
3. Se encuentre ubicado en etapa de mínima, mediana o máxima seguridad del régimen cerrado ordinario
4. Cumpla con pagar los días multa fijados en la sentencia
5. Cumpla con pagar total o parcialmente la reparación civil fijada en la sentencia atendiendo al criterio del juez basado en la capacidad de cumplimiento de pago que tiene el interno. En ningún caso el monto parcial debe ser menor al 10% del monto total.

Ante la existencia de un monto pendiente de pago, el interno garantizará su cumplimiento mediante procedimiento legal aprobado por el juez»

Esta actual redacción del artículo 49º ha modificado al artículo 53º del Código de Ejecución Penal que establecía para la configuración formal de los requisitos de liberación condicional solamente el cumplimiento de la mitad de la pena, por lo que prescribía:

Artículo 53º⁽¹⁾ del Código de Ejecución Penal.

La liberación condicional se concede al sentenciado que ha cumplido la mitad de la pena siempre que no tenga proceso pendiente con mandato de detención.

En los casos de los delitos a los que se refiere el artículo 46, primer párrafo, la liberación condicional podrá concederse cuando se ha cumplido las tres cuartas partes de la pena y previo pago del íntegro de la cantidad fijada en la sentencia como reparación civil y de la multa o, en el caso del interno insolvente, la correspondiente fianza en la forma prevista en el artículo 187 del Código Procesal Penal.

El beneficio de liberación condicional es inaplicable a los reincidentes, habituales y a los agentes de los delitos tipificados en los artículos 107, 108, 108-A, 121, 121-A, 121-B, 152, 153, 153-A, 173, 173-A, 186, 189, 195, 200, 279-A, 279-B, 296, 297, 317, 317-A, 319 a 323, 325, 326, 327, 329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal.

Este a la vez fue modificado por la redacción siguiente:

Artículo 53º(2) del Código de Ejecución Penal:

La liberación condicional se concede al sentenciado que ha cumplido la mitad de la pena siempre que no tenga proceso pendiente con mandato de detención.

En los casos de los delitos a que se refiere el artículo 46, la liberación condicional podrá concederse cuando se ha cumplido las tres cuartas partes de la pena y previo pago del íntegro de la cantidad fijada en la sentencia como reparación civil y de la multa o, en el caso del interno insolvente, la correspondiente fianza en la forma prevista en el artículo 183 del Código Procesal Penal.

Este beneficio no es aplicable a los agentes de los delitos tipificados en los artículos 108, 180-A, 296, 297, 301, 302 y 319 al 323 del Código Penal.

-
- (1) Artículo modificado por el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1296, publicado el 30 diciembre 2016, cuyo texto es el que prescribe.
 - (2) Artículo modificado por el artículo 5 de la Ley N.º 30076, publicada el 19 de agosto 2013, cuyo texto es el que prescribe.

Que a la vez con anterioridad fue modificado por el artículo 53^º(3) del Código de Ejecución Penal que prescribía:

La liberación condicional se concede al sentenciado que ha cumplido la mitad de la pena, siempre que no tenga proceso pendiente con mandato de detención.

En los casos de los delitos a que se refiere el artículo 46, la liberación condicional, podrá concederse cuando se ha cumplido las tres cuartas partes de la pena y previo pago del integro de la cantidad fijada en la sentencia como reparación civil y de la multa o, en el caso del interno insolvente, la correspondiente fianza en la forma prevista en el artículo 183 del Código Procesal Penal.

Este beneficio no es aplicable a los agentes de los delitos tipificados en los artículos 296, 297, 301, 302 y 319 a323 del Código Penal.

En la referencia histórica de las modificaciones del artículo 49^º del Código de Ejecución Penal, podemos diferir que en la actual redacción para el cumplimiento del requisito formal se necesita estar frente a una segunda condena, para el caso en análisis es necesario plantear que no se cumple con el requisito forma; ya que, nos encontramos frente a una tercera condena, más haya que se pueden cumplir los demás requisitos formales para la concesión de la liberación condicional se tiene que superar el primer obstáculo.

IV. El Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional ha establecido en el Expediente N.º 0012-2010-PI/TC de fecha 11 de noviembre de 2011, en su fundamento 90: «La tesis que pretende extender el principio del artículo 103⁽⁴⁾ de la Constitución Política del Perú a la aplicación de la ley penitenciaria, planteando la aplicación ultractiva de la ley más beneficiosa, lo hace, esencialmente, sobre la base de considerar que la ley penitenciaria eventualmente también incide sobre el tiempo de ejecución de la pena, y que, por consiguiente, exige el mismo tratamiento aplicable a la ley que instituye el quantum de la pena».

(3) Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley N.º 30054, publicada el 30 de junio 2013, cuyo texto es el que prescribe.

(4) Art. 103 de la Const. [...] las leyes desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga solo por otra ley [...].

El Tribunal Constitucional ha establecido que las «leyes penitenciarias mantienen un carácter procesal, por ende, deberían ser de aplicación inmediata» (Torres, 2017, p. 16). Bajo esta perspectiva las normas que se aplican en la tramitación y concesión de una liberación condicional es la que se encuentra vigente al momento que se solicita dicho beneficio. Al considerar que la norma penitenciaria es de carácter procesal se debe especificar que este concepto no es absoluto, entendiendo que las mismas normas procesales tiene sus límites (Torres, 2017). Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia en el Acuerdo Plenario N.º 08-2011/CJ-116, de fecha 6 de diciembre de 2011 en su fundamento N.º 11⁽⁵⁾ consideró que la naturaleza, material o procesal, de una ley de ejecución penal está en función al ámbito que regula, es decir, una ley de ejecución penal puede ser indistintamente según el caso, norma sustantiva o norma procesal.

Tal es así que la garantía de la no retroactividad de las normas en el derecho penal contenidas en el artículo 103º de la Constitución no vendría a ser exclusiva del derecho penal sustancial, sino que por el contrario abarca todo el ordenamiento penal, esto es las normas sustantivas, adjetivas y de ejecución.

Entonces la aplicación de la norma se define a partir de la fecha en la cual se inicia el procedimiento destinado a obtener el beneficio, ello implica dos controversias, en primer lugar la aplicación de la norma en el tiempo⁽⁶⁾ en segundo lugar la norma más favorable al sentenciado.

IV.1. La aplicación de la norma en el tiempo

Por lo general al referirse a este tema se lo denomina la «aplicación de la ley en el tiempo»; sin embargo, siguiendo al profesor Marcial Rubio Correa establece que nombrar la ley en el tiempo sería equivocado ya que este problema involucra a toda norma en general sin importar que sea ley, pues puede tratarse de normas que provengan de precedentes jurisprudenciales (Rubio, 2008).

El artículo 139º de la Constitución Política del Perú prescribe que la ley desde su entrada en vigencia se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones

(5) Asimismo, se determina que cuando la ley de ejecución penal incide en los requisitos configuradores de un beneficio penitenciario no en el trámite o procedimiento del mismo, el factor de aplicación por su carácter material o sustantivo, será el momento en que se inicia la ejecución material de la sanción penal.

(6) Aplicar las normas jurídicas en el tiempo no debería acarrear un problema, ya que la norma tiene claramente una vigencia establecida, tal como lo establece el artículo 109º de la Constitución Política del Perú, al prescribir: «La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte».

jurídicas existentes [...], bajo este supuesto el problema se suscita a partir de la modificatoria o derogatoria de la norma por otras que empiezan a regir una vez promulgadas y publicadas.

Sin embargo, la excepción se presenta en el ámbito penal, al aplicarse de manera retroactiva bajo supuestos claramente establecidos, tal es así que el título preliminar del Código de Ejecución Penal prescribe: «La retroactividad y la interpretación de este código se resuelven en lo más favorable al interno».

Partimos de dos supuestos: «toda norma debe regir a partir de su vigencia» y dicha vigencia se mantiene hasta que la norma sea derogada o modificada» (Rubio, 2008, p. 19). Comprendemos entonces que la retroactividad y la ultractividad resultan de por sí excepcionales.

IV.2. La norma más favorable al sentenciado

Se determina que de manera excepcional se aplique la norma más favorable al sentenciado cuando existe un conflicto de leyes, la referencia procede del Acuerdo Plenario N.º 2-2006/CJ-116, que incoa la excepcionalidad registrada en el segundo párrafo del artículo 103º de la Constitución, así como el artículo 139º de la antes citada Constitución estatuye que: «es principio y derecho de la función jurisdiccional: la aplicación de la ley⁽⁷⁾ más favorable al procesado en caso entre duda y conflicto entre leyes penales»; estas consideraciones son de vital importancia al momento de solicitar el beneficio penitenciario de liberación condicional.

Es así que la Constitución contempla la retroactividad penal benigna, quiere decir: «si una norma general de naturaleza penal es dictada en un momento cualquiera y resulta más beneficiosa para las personas que han cometido delitos o faltas, esa norma se les aplica en lo que las beneficia» (Rubio, 2008, p. 36). Esta descripción la llevamos al campo del derecho de ejecución penal, y establecemos su aplicación al solicitar beneficios penitenciarios.

V. Postura de la Corte Suprema

Ha señalado que en caso de beneficios penitenciarios la ley aplicable es la que se encuentra vigente al momento que la sentencia quedó firme y consentida y a la

(7) Como se ha establecido líneas supra, a pesar de que el artículo se refiere solo a la vigencia de la ley, debemos precisar que se refiere a la de cualquier norma de carácter general, de rango superior a la ley como es el caso de la Constitución, de rango inferior como son los decretos y resoluciones, o incluso de rango equivalente como son los decretos legislativos o los decretos de urgencia.

vez considera que, si se dictara una norma más favorable con posterioridad, esta última debe ser de aplicación (Torres, 2017). Esto quiere decir, que la aplicación retroactiva se producirá cuando favorezca al condenado. Pues bien, se debe considerar que el cumplir una condena se encontraría regido por el principio de legalidad y todo «acto contrario al orden jurídico debe someterse a las consecuencias establecidas previamente en la ley» (Torres, 2017, p. 21).

La postura planteada por la Corte Suprema en los Acuerdos Plenarios 08-2011/CJ-116 y 02-2015/CIJ-116, que predica la ley aplicable es la que rige al momento en que la sentencia queda firme y consentida, tal es así que esta concepción se sustenta «en la existencia de las relaciones jurídicas que se constituyen entre el interno y el Estado» (Torres, 2017, p. 22). Las mismas que advierte su surgimiento cuando la sentencia a quedado firme y consentida.

V.1. Acuerdo Plenario 08-2011/CJ-116

El Acuerdo Plenario en su fundamento N.º 15 especifica las diferencias entre una norma material y una procesal, para lo cual las normas que se pronuncian sobre el alcance y requisitos objetivos y subjetivo de un beneficio penitenciario, esto es al determinar el contenido de la decisión jurisdiccional, la estimación o desestimación de la pretensión ejercida, sin ninguna duda son materiales.

A la vez el factor temporal de aplicación, no será el mismo que cuando se trata de una norma procesal de ejecución, atendiendo a su diferente naturaleza jurídica; para lo cual el presente acuerdo plenario concluye que la institución debe regirse por la ley vigente al momento en que se inicia la ejecución material de la sanción penal, por consiguiente, cuando queda firme la sentencia que impuso la pena correspondiente.

V.2. Acuerdo Plenario 02-2015/CIJ-116

El presente Acuerdo Plenario especifica en su fundamento N.º 12, que las relaciones jurídicas penitenciarias se inician desde que el interno es condenado por sentencia firme y se rige por la ley vigente de ese momento, luego las consecuencias que de ella se derivan, como regla básica del ordenamiento jurídico, solo pueden ser alteradas o modificadas por la promulgación de una nueva norma jurídica.

Salvo en aquellos supuestos de retroactividad benigna, lo que significa que si una norma de ejecución penal, es promulgada con posterioridad y resulta más beneficiosa para los internos penados, esa norma se aplica en lo que les beneficia y regulará situaciones del pasado, siempre que sea más favorable (Torres, 2017).

VI. Ley especial

En este ítem se analizó la Ley N.º 1296, esta norma de por sí mantiene una mixtura de los criterios del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema, entendiendo que con esta última combinan en que la ley aplicable es la que rige al momento que la sentencia a quedado firme y consentida, pero también, asume el concepto de que las leyes restrictivas emitidas con posterioridad a ella, puedan ser aplicadas.

Para ello debemos tener en cuenta lo expresado por el profesor Van Weezel «siempre que se produce un cambio legal entre la época del hecho y la época en que el hecho debe ser juzgado es preciso decidir qué ley se aplicará» (Van, 2008, p. 59). Lo más lógico sería aplicar la ley vigente al momento del hecho, se trataría precisamente de la ley que el sentenciado quebrantó.

Sin embargo, existe mejores razones para seguir un criterio distinto en materia penal, «si la pena es la reacción de la sociedad frente al delito, entonces la norma determinante es aquella que está vigente al momento de la reacción (norma de la sentencia)» (Van, 2008, p. 59). Atendiendo que si la sentencia se apartase de la necesidad de reacción social al momento en que se dictase, deja entonces de ser funcional a sus fines.

VII. Nuestra posición

En principio para resolver la problemática planteada al inicio del presente trabajo, debemos indicar que el sentenciado cumplía su tercera condena contenida en la resolución N.º 16 de fecha 18 de noviembre de 2015, se establece una condena por dos años de pena privativa de la libertad, sentencia que fue declarada consentida mediante resolución N.º 17 de fecha 07 de enero de 2016; para lo que el sentenciado ha requerido al Presidente del Consejo Técnico Penitenciario del Establecimiento Penal, beneficio penitenciario de liberación condicional el día 12 de setiembre de 2018.

Es así que de la redacción del artículo 49º del Código de Ejecución Penal se desprende que para cumplir el primer requisito formal el sentenciado debe encontrarse con una segunda condena, bajo lo prescrito en el supuesto planteado no superaría el primer requisito material. Pues bien, en aplicación al Acuerdo Plenario 08-2011 fundamento número 15 y el Acuerdo Plenario 02-2015 fundamento número 12, se debería aplicar la norma vigente al momento que se declaró consentida la sentencia.

La sentencia en el presente caso fue declarada firme el 07 de enero de 2016, encontrándose vigente el artículo 53º del Código de Ejecución Penal, que no necesitaba para su configuración material que el interno este cumpliendo una segunda

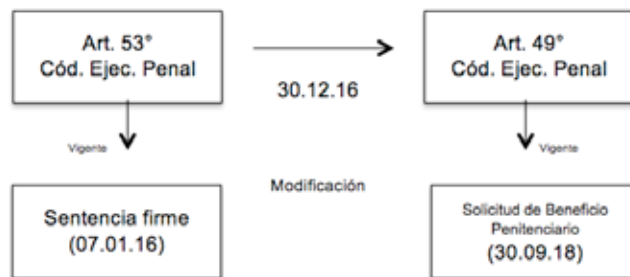
condena, solamente exigía el modificado artículo el cumplimiento de la mitad de la pena y no tener proceso pendiente con mandato de detención.

El artículo 53º del Código de Ejecución Penal fue modificado por el artículo 2º del Decreto Legislativo N.º 1296, publicado el 30 de diciembre de 2016, once meses veintitrés días después de haberse declarado consentida la resolución de sentencia del solicitante del beneficio penitenciario de liberación condicional. Esta aplicación del modificado artículo tiene amparo constitucional y a la vez el artículo VIII del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal prescribe que la retroactividad y la interpretación de este Código se resuelven en lo más favorable al interno.

Existiendo en este punto, una controversia con lo establecido por el Tribunal Constitucional al considerar que las leyes penitenciarias tienen un carácter procesal, y que deberían ser de aplicación inmediata, para ello la norma aplicable sería la que se encuentra vigente en el momento que se solicita dicho beneficio, esto es el 12 de setiembre de 2018. Al aplicar este criterio se estaría vulnerando en primer lugar la Constitución Política del Perú específicamente su artículo 103º, en segundo lugar el artículo VIII del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal y en tercer lugar el artículo 57-A del Código de Ejecución Penal actual, que prescribe que los beneficios penitenciarios de semi-libertad y liberación condicional se aplican conforme a la ley vigente en el momento de la sentencia condenatoria firme.

En base a una interpretación exegética de la norma, el artículo 57-A del Código de Ejecución Penal, especifica que se debe aplicar la ley vigente al momento que la sentencia condenatoria es declarada con calidad de firme, en el supuesto aplicado, evidenciamos que la sentencia ha sido declarada firme el 7 de enero de 2016, lo que no lleva a resumir que la norma aplicable para el presente caso es el artículo 53 del Código de Ejecución Penal que establecía la no necesidad de encontrarse el sentenciado frente a una segunda condena.

Evidenciamos el siguiente cuadro:



La norma que beneficia al sentenciado esta descrita antes de la modificatoria producida el 30 de diciembre de 2016, si aplicamos el artículo 49º no se cumpliría un requisito formal; ahora bien, la solicitud del beneficio penitenciario se produce el 30 de setiembre de 2018, el Tribunal Constitucional ha planteado que se debe aplicar la norma vigente al momento de la solicitud del beneficio; empero, en esta no se cumple con la formalidad, por tal razón debe aplicarse la anterior a la modificatoria por ser más beneficiosa. A la vez el artículo 57-A tiene un respaldo vigente en el actual Código de Ejecución Penal al amparo del principio de legalidad.

Por tal razón, somos de la opinión que la aplicación de la norma de Ejecución Penal debe aplicarse en lo más favorable al sentenciado, atendiendo sus modificatorias y respetando los derechos fundamentales, en «mérito a que el *ius puniendi* del Estado se encuentra regulado por diferentes principios que son el resultado de un largo proceso de lucha por la libertad, la democracia y los derechos humanos» (Hurtado Pozo, 2011, p. 409).

VIII. Conclusiones

- Las normas de Ejecución Penal se aplican en lo más favorable al sentenciado, atendiendo la temporalidad y la formalidad.
- Las normas de Ejecución Penal tiene carácter material, puesto que determinan el contenido de la decisión jurisdiccional, la estimación o desestimación de la pretensión ejercida.
- Se aplica la norma de Ejecución Penal que estuvo vigente al momento que la sentencia condenatoria ha quedado firme.
- El beneficio penitenciario de liberación condicional no es un derecho, por tal razón debe cumplirse los requisitos materiales para su requerimiento.
- Las normas entran en vigencia a partir del día siguiente de su publicación y no tiene efectos retroactivos, salvo en materia penal cuando favorece al reo.

IX. Lista de referencias

- HURTADO POZO, J. *Manual de Derecho Penal*. Lima: Idemsa, 2011.
- RUBIO CORREA, M. *Aplicación de la Norma Jurídica en el Tiempo*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008.
- TORRES GONZALES, E. *Beneficios Penitenciarios*. Lima: Idemsa, 2017.
- VAN WEEZEL, A. *Pena y Sentido - estudios de derecho penal*. ARA editores, 2008.

Perennización de la escena del crimen: fotografía forense y planimetría forense

Perpetuation of the scene of the crime: forensic photography and forensic mapping

SOPLAPUCO SARMIENTO, César Asunción(*)
BLANCO HUANCA, Henry Almanzor(**)
Alumnos de la Escuela de Educación Superior
Técnico Profesional PNP Cajamarca(***)

SUMARIO: I. Introducción. II. Definición de fotografía. III. Tipos de cámaras fotográficas más utilizadas. IV. Manejo de una cámara réflex SRL. V. La Fotografía Forense en la escena del crimen. VI. Tipos de fotogra-

(*) Perito biólogo forense, email: biohiperfacil@gmail.com.

(**) Perito en escena del crimen, email: henrii_03@hotmail.com.

(***) Alumnos de la Sección «A», Promoción «Espartanos», Escuela de Educación Superior Técnico Profesional PNP Cajamarca: Barturen Vásquez Auner Omar, Bautista Jordan Dalton Yomerson, Bravo Rivera Henry Edgar, Cabrera Pérez Alexander, Cerdán Machuca Roger Edilberto, Chuquilin Aguilar Jhonatan, Cieza Pérez Víctor Yampier, Cotrina Tantalean Marco Antonio, Dávila Cayao Yeison Yair, Gálvez Benavides Ronal, Gamarra Olano Geiner Jarlin, García Gutiérrez Edgardo Marcelo, Guadaña Tocas Eber Eli, Guevara Saldaña Juan Carlos, Idrogo Cusma Luis Iván Marín Pérez Edwin Rosemberg, Mejía Mendoza Ericsson Heiniken, Mejía Rubio Ronel; Mendoza Mendoza Omar Domidel, Peralta Huamán Jhon Abel, Rabines Castillo Richard Noe; Rojas Céspedes Juan Carlos, Rosado Ortiz Lenin Marlon, Ruiz Arrelucea Ronal Kleider, Sánchez Alvitrez Gleiser Aldair, Sánchez Cueva Denis Jhonatan, Sarmiento Chugnas Willian Enrique, Terrones Muñoz Dante Jhoel, Iclla Altamirano Cristian del Mar, Tirado Saavedra Jheiner Auner, Vargas Izquierdo Franklin Efraín, Vásquez Dávila Alejandro, Vílchez Rimarachin Jhon Kenide, Yupanqui Alvites Delsin Jamil, Zambrano Arce Edgar Henry.

fías realizadas en el escenario del suceso. **VII** Definición de Planimetría Forense **VIII**. Uso del croquis en el escenario del crimen. **IX**. Aspectos a tener en cuenta para la ubicación de los indicios en el croquis. **X**. Tipos de croquis. **XI**. Conclusiones. **XII**. Lista de referencias.

Resumen: El artículo trata acerca de la perennización del escenario del delito el mismo que tiene por objeto fijar la escena para la posteridad y puede entenderse como el hecho de plasmar en un documento un determinado hecho, al respecto, es posible perennizar el sitio del suceso describiéndolo, fotografiándolo y elaborando un croquis del mismo. De ser posible, las tres formas deben realizarse siempre, porque la descripción, complementada con la fotografía y el croquis, constituyen en su conjunto una constancia documental permanente de gran valor, de los cuales no existe información que detalle un procedimiento para realizar este trabajo con las prerrogativas que exige una investigación criminal que conllevará a una adecuada administración de justicia.

Palabras clave: Perennización, croquis, fotografía forense.

Abstract: The article deals with the perennization of the scene of the crime which aims to set the scene for posterity and can be understood as the fact of translating into a document a certain fact, in this regard, it is possible to perpetuate the site of the event by describing it, photographing it and drawing up a sketch of it. If possible, the three forms should always be done, because the description, complemented with the photograph and the sketch, constitute as a whole a permanent documentary record of great value, of which there is no information detailing a procedure to carry out this work with the prerogatives required by a criminal investigation that will lead to an adequate administration of justice.

Keywords: Perennization, sketch, forensic photography.

I. Introducción

Al tratar temas relacionados a la Criminalística, se nos vienen a la mente diversas figuras, fotografías y/o videos que nos hacen recordar a distintos hechos delictivos que vemos y escuchamos en los medios de comunicación lamentablemente con frecuencia. La Criminalística es una ciencia experimental que se encarga del estudio de los indicios que pudieran hallarse en el lugar del suceso y que tienen relación con el hecho suscitado, tales elementos encontrados son de distinta naturaleza u origen, por tal razón es necesario que la Criminalística busque asesoramiento en otras áreas del saber humano, es decir, en otras ciencias tales como Biología, Química, Balística, Física, Medicina, Estomatología, Dere-

cho, entre otras, y de esta manera esclarecer el hecho delictivo o presuntamente delictivo e identificar al autor o autores del mismo (Soplapuco y Blanco 2018); para ello el investigador debe realizar diversas actividades, entre ellas una de las más importantes es la Inspección Criminalística (IC).

Enfocándonos en la perennización del escenario del delito, esta es de vital importancia al momento de reconstruir el mismo y de esta manera contribuir a una adecuada administración de justicia, al respecto, el Manual de Criminalística de la Policía Nacional del Perú (2014) señala que la perennización del lugar de los hechos tiene por objeto fijar la escena para la posteridad. Si bien la perennización puede entenderse como el hecho de plasmar en un documento un determinado hecho, Moreno (2010), señala que existen tres formas de fijar el sitio del suceso: describiéndolo, fotografiándolo y elaborando un croquis del mismo.

De ser posible, afirma las tres formas deben realizarse siempre, porque la descripción, complementada con la fotografía y el croquis, constituyen en su conjunto una constancia documental permanente de gran valor. Montiel (2003), señala que la fijación del lugar del suceso es imprescindible en todos los casos de investigación criminal, de tal forma que las descripciones manuscritas, gráficas y moldes que se elaboren, puedan ilustrar en cualquier momento sin ser necesario regresar al mismo lugar de los hechos. La fotografía forense es un tipo de fotografía que se utiliza en el procesamiento de las escenas del crimen, para la fijación del lugar de los hechos y los elementos que lo componen, constituyendo un elemento para conservar y reconstruir gráficamente la escena (Saquiché, 2013). Según Ang (2001), la Fotografía Forense viene a ser la técnica judicial que aplica la fotografía a la investigación de los delitos, incluyendo imágenes del lugar de los hechos e indicios, hasta la reconstrucción de estos mediante la fijación con gran realismo del escenario.

El *Manual de Criminalística de la Policía Nacional del Perú* (2014) afirma que, por su practicidad y su accesibilidad, la fotografía es el medio más usado y para ello se recomienda efectuar tomas fotográficas panorámicas, de acercamiento y de detalle, asimismo, recomienda que no se debe escatimar el número de tomas fotográficas para documentar un hecho. Con respecto a la planimetría, Quej (2015), explica que es una disciplina muy importante que se encarga de la elaboración de planos de diferentes tipos, asimismo, señala que la planimetría establece métodos y procedimientos para la realización de gráficas a escala de áreas específicas y que cuando es utilizada en auxilio de los órganos encargados de la administración de justicia y se usa en la elaboración de planos de la escena de un crimen se denomina Planimetría Forense y esta es un tipo de fijación del lugar de los hechos en los cuales se grafican los indicios perennizados en el escenario, los cadáveres, vehículos, mue-

bles y todo lo que pueda esclarecer un hecho delictivo. La planimetría tiene por objeto representar sobre el papel las características de las superficies del terreno con signos convencionales, tanto de los objetos naturales como de los artificiales en escalas determinadas (Manual de Criminalística de Policía Nacional del Perú, 2014). Se hace la aclaración que en nuestro medio es muy utilizado el término croquis, y suele confundirse con la palabra plano, tal duda será disipada cuando se ahonde en el tema de planimetría.

En la actualidad es muy poca la información relacionada a la Fotografía Forense y a la Planimetría Forense, todo ello unido a la escasa importancia que se le da a un informe pericial que posee fotografías de diferente tipo y/o planos o croquis hechos por los contados peritos interesados en especializarse en este campo tan poco considerado en los diferentes manuales de criminalística que los autores del presente texto han tenido la oportunidad de leer. Porque es una realidad que existen muy pocos libros o investigaciones que sean claras y concisas al momento de explicar la forma o el método de cómo elaborar un croquis o como hacer uso de la cámara fotográfica al momento de realizar las tomas que sean necesarias para perennizar un escenario donde se haya cometido un crimen y si es que un plano a escala llega a las manos de algún operador de justicia es difícil saber si este está capacitado para interpretar dicha escala y el método de fijación que se ha llevado a cabo para realizar el plano. Esta situación conlleva a la pérdida de un medio de prueba más y por consiguiente quizá a una inadecuada administración de justicia.

II. Definición de fotografía

La fotografía se define como el procedimiento o técnica que permite obtener imágenes fijas de la realidad mediante la acción de la luz sobre una superficie sensible o sobre un sensor (Real Academia Española, 2014).

III. Tipos de cámaras fotográficas más utilizadas

1. Cámaras compactas

Son las más utilizadas, requieren conocimientos y práctica fotográfica mínimos, son de menor costo, poseen visor óptico directo y el objetivo no es intercambiable.

2. Cámaras intermedias

Son cámaras de fácil manejo, posee visores simbólicos. El objetivo no es intercambiable.

3. Cámaras réflex SLR

Una cámara réflex SRL (single lens reflex) es una cámara fotográfica en la cual la imagen que ve el fotógrafo a través del visor es exactamente la misma que quedará capturada. En general poseen las siguientes características (Academia.edu, 2018):

- a. Visor réflex o de pentaprisma.
- b. Objetivos intercambiables.
- c. Control (anillo) de enfoque manual.
- d. Obturadores muy rápidos.

IV. Manejo de una cámara réflex SRL

1. Lo más importante es colgarse la cámara del cuello.
2. Colocar un pie adelante y el otro atrás, de tal manera que el cuerpo esté estable, luego juntar los codos al cuerpo sosteniendo a la cámara, coger con la mano derecha la cámara y con la izquierda por debajo del objetivo, de esta forma se manejará el objetivo con la mano izquierda (para ajustar el zoom y el enfoque si este está en modo manual) y con la derecha manejarás todos los demás botones de la cámara.
3. Para evitar el movimiento de la cámara la persona puede apoyarse con el brazo o el codo en paredes, árboles, columnas, etc., esto proporcionará más firmeza.
4. También se puede aumentar la estabilidad de tu cuerpo haciendo un trípode con él. Para ello se debe flexionar la pierna izquierda, apoyar en ella el codo izquierdo y apoyar la pierna derecha completa (rodilla y pie) en el suelo. De este modo el cuerpo se convierte en un trípode (The web foto.com, 2018).
5. El disparador posee dos toques al momento de presionarlo, el primer toque es para enfocar la imagen que queremos que aparezca como la principal. Cuando se ha enfocado el objetivo a tomar, los puntos de enfoque, que en la mayoría de veces tienen forma rectangular, y que aparecen en la pantalla o en el visor de la cámara, cambian de color y la cámara emite un pequeño sonido que indica que todo está listo para presionar un poco más el disparador hasta el segundo toque y de esta manera se realiza la toma fotográfica. Todo ello se aplica cuando el enfoque es automático (Opción: «A/F»).

V. La fotografía forense en la escena del crimen

Chavieri (2007) indica que parte importante en la Inspección Criminalística es perennizar el lugar de los hechos utilizando la fotografía, pero se tendrá que seguir ciertos lineamientos, para esta sea apropiada y lleve consigo la información que deseamos describir en un documento pericial. Saquiché, (2013) señala que el registro fotográfico debe ser organizado y representado por la progresión general o específica. La evidencia fotográfica debe ser tratada en la misma forma no destructiva de preservación y protección, como cualquier otra forma de evidencia. Ricco, (1991) indica que los peritos fotográficos deben intervenir en la escena antes de que esta sea procesada, para plasmar de manera gráfica la situación original del lugar y toda la evidencia relacionada con el hecho. El fotógrafo debe tener el conocimiento básico que le permita elegir, mantener y operar el equipo.

El Manual de Criminalística de la Policía Nacional del Perú (2014), señala que el registro fotográfico debe realizarse con una cámara fotográfica de tipo compacta, intermedia o réflex, asimismo nos recomienda tener un archivo especial y por separado para todas las fotografías de las evidencias originales. Por otro lado, este interesante manual nos plantea que en todos los casos es necesario tomar las fotografías yendo de lo genérico a lo particular o viceversa, incluyendo lo siguiente:

- Una regla patrón que permita identificar el tamaño real del objeto (referencia métrica).
- Un hito geográfico o de construcción civil que nos indique el lugar del hecho (referencia espacial), haciendo hincapié que la referencia del GPS sería suficiente.
- En caso de personas o cadáveres se debe incluir una zona reconocible que nos indique el lugar donde se encuentra la herida o lesión (referencia anatómica).
- Una referencia de los puntos cardinales cuando el escenario del hecho es campo abierto y sin mayores hitos geográficos, para estos casos recomienda el uso del GPS.

El Manual antes señalado también refiere que es necesario incluir datos de la cámara utilizada y de los elementos técnicos utilizados, tales como, el tipo de cámara con el diafragma y velocidad utilizada, así como también, la marca y modelo. Biernay, (2010) indica que las funciones de la fotografía en la investigación criminal pueden ser tanto en específicamente las del lugar del suceso, como la fotografía de los análisis y exámenes en el laboratorio sobre los indicios encontrados. Los ámbitos de aplicación de la fotografía dentro de la investigación son muy amplios,

ya sean de homicidios, suicidios, delitos sexuales, accidentes de tránsito, robos, etc. Pero todos tienen por objeto el plasmar un hecho o elemento como una representación de la realidad de ese momento.

VI. Tipos de fotografías realizadas en el escenario del suceso

En este acápite tomaremos como referencia lo señalado por Chavieri (2007), que, dicho sea de paso, es lo que utiliza actualmente la Policía Nacional del Perú:

1. Fotografías panorámicas

Estas fotografías permiten al investigador tener una idea clara de la ubicación en un contexto general, es por ello que deben realizarse tomando en cuenta puntos referenciales tales como, marcas, señales, lugares conocidos por la población (centros comerciales, mercados, estadios, etc.) o accidentes geográficos (cerros, ríos, quebradas, depresiones, etc.) que permitan pasado un periodo de tiempo ubicar exactamente el lugar de los hechos tanto a quienes asistieron como a quienes no estuvieron presentes en el sitio del suceso.

Para realizar este tipo de toma fotográfica el perito debe acomodar su cuerpo de tal manera que encuadre todo lo necesario para que pueda transmitir las características del lugar del crimen. Asimismo, no es recomendable tomar como punto de referencia postes de alumbrado público, cabinas telefónicas, quioscos, piedras de gran tamaño, vehículos estacionados, entre otros objetos que puedan ser removidos fácilmente o a corto plazo. Estas fotografías se deben llevar a cabo desde que el equipo de peritos llegue al lugar, este este protegido o no, con personas ajenas transitando o libre de ellas, toda vez que constituirá una muestra de cómo se encontró el escenario del crimen antes de que este sea objeto de una Inspección Criminalística.

Como ejemplos de fotos panorámicas tenemos:

- La imagen de una casa de tres niveles fotografiada de tal forma que se observe toda su altura y de ser caso que la fotografía incluya un centro comercial cercano a ella.
- Para el caso específico de un cadáver, una toma de todo el cuerpo sería una fotografía panorámica.
- Si queremos investigar los dispositivos de seguridad (microimpresiones, por ejemplo) de una moneda de papel (billete), una fotografía en la que se aprecie todo el billete sería panorámica.

- Sea el lugar campo cerrado (dormitorio, sala, cocina, etc.) o campo abierto (calle, parque, avenida, etc.) se debe procurar como mínimo realizar cuatro tomas fotográficas de manera cuadrangular.
- Para vehículos automotores, se debe fotografiar sus dos lados, derecho e izquierdo, las partes delantera y posterior, haciendo hincapié en las placas de rodaje, y sus ángulos anteriores izquierdo y derecho, así como los posteriores izquierdo y derecho. Si el hecho lo amerita, también se debe fotografiar el techo. Asimismo, de manera panorámica, se debe fotografiar el interior del vehículo visto desde cada una de sus puertas abiertas, incluyendo el capot y la maletera abierta, si tuviera.

2. Fotografías de acercamiento

Las fotografías de acercamiento nos informan acerca de la posición de los indicios encontrados en la escena del crimen con relación a la víctima, si es que hubiere, así como tener una referencia de la orientación y el tamaño de las muestras que se relacionan con el hecho delictivo. En otras palabras, este tipo de fotografía incluye todos los indicios encontrados en el lugar del suceso que, según el criterio del perito, tengan relación con el hecho. Se recomienda realizar este tipo de fotografías cuando se hayan numerado uno a uno los indicios hallados y de igual modo que lo señalado para las fotografías panorámicas, el investigador debe acomodar su cuerpo de tal manera que se obtengan tomas donde se aprecien claramente las muestras enumeradas.

3. Fotografías de detalle

Es la fotografía que permite observar en primer plano cada uno de los indicios encontrados en la escena del crimen, todo ello se debe a que estas tomas se realizan a cada una de las muestras encontradas y a diferencia de los dos tipos de fotos anteriores, las de detalle se llevan a cabo colocando la cámara fotográfica en posición perpendicular con respecto al plano donde se halla el indicio y además junto al mismo se colocará un testigo métrico que permita conocer bidimensionalmente cuánto mide el objeto fotografiado. Se debe tener en cuenta que antes de realizar una fotografía de detalle, se harán tomas un poco lejanas del objeto de tal manera que incluya una referencia para conocer de qué parte del lugar procede tal indicio, puesto que, si solo llevamos a cabo una sola foto de detalle, no sabremos dónde estuvo ubicado el indicio fotografiado. Para el caso de un cadáver, por ejemplo, se debe fotografiar a cada una de las heridas que pudiera tener con su respectivo testigo métrico.

Para complementar, es importante la experiencia del perito fotógrafo al momento de realizar las tomas, ello incluye que este tiene que estar capacitado en la mayoría de las Ciencias que apoyan a la Criminalística, como por ejemplo, debe conocer Biología para saber cómo fotografiar a las manchas de sangre u otros indicios biológicos, Balística para prestar atención al calibre de los casquillos y demás elementos propios de tal ciencia, Química y Toxicología, para fotografiar los frascos en donde se aprecie la composición química y el nombre del producto, Ingeniería Forense, para realizar tomas de los daños y del foco que inicio el incendio, Medicina Forense para realizar tomas de las equimosis, exco-riaciones o hematomas, Escena del Crimen para fotografiar las puertas cuando han sido violentadas, entre otros aspectos criminalísticos, asimismo, cabe resaltar que en todo momento el personal especializado acompañado por el Fotógrafo Forense podrá solicitarle a este que le apoye realizando tomas fotográficas específicas acorde con la necesidad del perito solicitante.

VII. Definición de planimetría forense

Es la representación gráfica que permite la perennización, identificación y reproducción de los indicios encontrados en el lugar de los hechos, de manera permanente y que permite relacionar la distancia y el tamaño entre ellos y con el ambiente donde fueron hallados (Chavieri, 2007). La Planimetría Forense tiene por finalidad primordial contribuir al esclarecimiento y búsqueda de la verdad en caso de índole jurídico. Al respecto, se debe indicar que es una técnica de uso en el campo jurídico penal, que trata sobre la fijación espacial del escenario sobre un soporte sea físico o digital, donde ha ocurrido un delito, un acto criminal o un hecho presuntamente delictivo; es común que este tipo de esquemas gráficos se utilicen en la reconstrucción de algún crimen, para algún tipo de análisis, o bien para ilustrar al juez o tribunal sobre la situación del lugar al momento de documentar el hecho y en general sobre la ubicación de los indicios encontrados en el lugar del suceso, y debe estar basado necesariamente en mediciones adecuadas y apropiadas tomadas en la sitio del hecho (Quej, 2015). Asimismo, la planimetría forense centra su quehacer en el dibujo artístico y técnico aplicado a la investigación criminal. Levantando los planos verticales según el ángulo con mejor visión.

Esta sección se encarga de fijar el sitio del suceso, reconstitución de los hechos, inspección ocular, retrato descriptivo, croquis de objetos y esquemas gráficos (Biernay, 2010). Montiel (2003) explica que «Es otro elemento ideal de la descripción escrita y es útil para señalar todos los muebles, objetos e indicios en el lugar de los hechos sobresaliendo preponderantemente las distancias entre un indicio

y otro. El dibujo Planimétrico tiene la ventaja de ser esquemático y no requiere de instrumentos complicados.» El plano, esquema o dibujo planimétrico, en conjunto con las fotografías, complementa la descripción escrita. El perito dibujante criminalista debe confeccionar el plano de tal manera que los acusadores, jueces y testigos tengan una apreciación clara y precisa del sitio del suceso (Quej, 2015). Guzmán (2003) señala que «El investigador no solo debe llevar debidas notas de sus observaciones, referencias, datos y además detalles de relevante importancia, sino que, además, deberá llevar acabo un plano, bosquejo o croquis en el que incluirá las ubicaciones del objeto y las referencias métricas».

VIII. Uso del croquis en el escenario del crimen

Según el Diccionario de la Real Academia Española (2015), un croquis es un «diseño ligero de un terreno, paisaje o posición militar, que se hace a ojo y sin valerse de instrumentos geométricos». De manera general el Manual de procedimiento para la preservación del lugar del hecho y la escena del crimen de Argentina define como croquis a un dibujo del lugar del hecho que se caracteriza por ser esquemático, orientado, con leyenda explicativa, medidas reales y sin usar escala, aunque puede usarse, que constituirá el antecedente para la posterior confección del respectivo plano. Al respecto es posible indicar que el croquis es un dibujo preliminar a mano alzada de una superficie o porción de tierra que se realiza sin ningún instrumento tomando en cuenta una o más referencias, de esta manera se busca plasmar todo aquello que se encontró en el lugar de los hechos y que se relaciona con el mismo.

El croquis o bosquejo es un dibujo aproximado de la distribución de los objetos en el lugar del suceso. Dicho boceto es un dibujo a mano alzada y debe incluir todo tipo de detalles, mediciones y dimensiones, incluyendo marcas viales, signos, y posiciones de construcciones en escenas al aire libre; en escenas interiores debe incluir puertas, ventanas, y la ubicación de muebles y electrodomésticos, entre otros datos que se considere que serán útiles para una posterior reconstrucción de hechos. Se puede realizar un solo croquis del lugar de los sucesos, por lo general se elabora más de dos para tener un mejor detalle del ambiente. Se puede realizar un croquis general de toda el área donde se cometió el hecho ilícito, en el cual se incluirán calles, vías de acceso y todos los datos que permitan ubicar el lugar. Por otro lado, encontramos los croquis con medidas los cuales se utilizan para representar escenas de hechos de tránsito lo que permite su posterior reconstrucción, también están los croquis a escala estos son una representación real a escala de la escena, estos demandan más tiempo y conocimientos en topografía y dibujo técnico (Quej, 2015), teniendo en cuenta esto último, es que se dará a conocer una fórmula sencilla, pero que no deja de ser importante, que permitirá a quienes realizan este trabajo realizar croquis a escala sin necesidad de usar instrumentos sofisticados.

IX. Aspectos a tener en cuenta para la ubicación de los indicios en el croquis

1. Método de triangulación

El método de triangulación es un método utilizado para establecer la distancia de un indicio respecto de dos puntos fijos, es de mayor utilidad en escenas abiertas ya que solo se necesita buscar dos puntos los cuales no deber ser de fácil remoción con lo cual se asegura que durante mucho tiempo el punto estará en el mismo lugar para posibles reconstrucciones. Después de seleccionar los dos puntos fijos se mide la distancia que hay entre los puntos para poder ser graficada en el plano. Posteriormente se mide desde los puntos fijos hasta donde se encuentra el indicio o cuerpo, una vez que las cintas se interceptan es posible establecer las medidas que hay con respecto a los dos puntos fijos. El método de triangulación debe su nombre a que cuando se mide se forma un triángulo (Quej, 2015).

2. Método de coordenadas

Este método es eficaz en las escenas cerradas debido a que es necesario establecer dos ejes X e Y los cuales pueden ser las paredes de una habitación siempre que formen un ángulo de noventa grados, una vez establecidos los ejes se mide desde los indicios hacia los ejes formando un rectángulo y estableciendo la coordenada la cual nos indica la posición exacta en el cuadrante formado en un ambiente.

X. Tipos de croquis

Antes de abordar este aspecto se debe aclarar que se elaboró una clasificación de los croquis modificando la existente para los planos, puesto que un plano viene a ser un dibujo del escenario de los hechos, así como de los indicios en forma exacta y detallada, a escala y considerando la orientación cardinal, además debe ceñirse a una simbología para establecer la leyenda (simbología de indicios, escala, punto de referencia, etc.) donde firmará el perito responsable (Chavieri, 2007).

Todo ello lo aplicaremos al croquis, puesto que de esta manera descentralizaremos el conocimiento y motivaremos a los peritos para que realicen con más frecuencia este tipo de trabajos, porque una de las razones de la escasez de profesionales de esta especialidad es que existe la creencia que esta labor es propia de ingenieros, arquitectos o similares, pero la realidad es que cuando no existen tales profesionales la elaboración de croquis tiene que ser realizado por otros peritos ta-

les como los especializados en la investigación de la escena del crimen, así como los de otras especialidades, toda vez que en la mayoría de casos cada especialista necesita realizar croquis en el que deba tener en cuenta solamente lo que es de interés para el perito, por ejemplo, si es un perito Biólogo estará interesado en perennizar manchas de sangre para determinar con la ubicación de las mismas, la velocidad y el ángulo de impacto y el punto de origen.

El perito Balístico querrá conocer la posición del casquillo y el arma con relación al cadáver y en varios casos combinar esos datos para determinar trayectoria, el perito Ingeniero necesitará medir la altura desde el suelo hasta el punto fijo de suspensión en un caso de ahorcamiento u otras medidas en casos de precipitación de personas, y muchas veces estos peritos ingresan al lugar y cada uno realiza su labor de Criminalística Operativa casi al mismo tiempo y en ese caso si existiera un solo perito especialista en planos, el trabajo podría tener inconvenientes, o en todo caso se necesitaría más de un perito para tomar nota y posteriormente realizar uno o más planos.

1. Croquis de planta o vista panorámica a escala simple

Este croquis se puede aplicar a lugares abiertos o cerrados. Se puede hacer utilizando escala o colocando las medidas en el papel con líneas punteadas o utilizando plumones de distintos colores. Preliminarmente puede realizarse dibujando a mano alzada en papel a manera de borrador colocando las medidas y símbolos convencionales o «inventados» pero de manera clara, y en algunos casos esta actividad se consigna en el acta respectiva elaborada en el lugar. En cuanto a las escalas, Mori (2010) recomienda utilizarlas de la siguiente manera:

1:25 para cuartos pequeños.

1:50 para cuartos grandes.

1:100 o 1:250 para edificios grandes.

1:1000 para formar parte de una ciudad o el cuadrante de un pueblo.

Como se puede apreciar, aunque es subjetivo hablar de «pequeño» o «grande», es importante tener en cuenta, según la experiencia, qué tipo de escala usaremos acorde con el lugar inspeccionado, pero la pregunta es ¿resulta sencillo elaborar un croquis a escala?, a continuación, mostramos una fórmula que ayudará a responder la pregunta:

$$\text{MEDIDA REAL} = \text{MEDIDA EN EL PAPEL} \times (\text{ESCALA})^{-1}$$

Aquí dos ejemplos (se recomienda el uso de papel milimetrado):

- a. Supongamos que tenemos una pared que mide 3,5m de longitud y queremos trazarla en una hoja bond A4 utilizando una escala de 1:50 (1/50). ¿Cuánto medirá cuando se la dibuje en la hoja bond?

Reemplazando en la fórmula:

$$\text{MEDIDA REAL} = \text{MEDIDA EN EL PAPEL} \times (\text{ESCALA})^{-1}$$

$$3,5\text{m} = \text{MEDIDA EN EL PAPEL} \times (1/50)^{-1}$$

$$3,5\text{m} = \text{MEDIDA EN EL PAPEL} \times 50$$

$$3,5\text{m}/50 = \text{MEDIDA EN EL PAPEL}$$

$$0,07\text{m} = \text{MEDIDA EN EL PAPEL}$$

Es decir, en la hoja bond A4 dibujaremos una pared de 0,07m (7cm) de longitud y esto representará a la pared que en realidad mide 3,5m haciendo uso de la escala 1/50.

- b. Para este ejemplo tenemos una hoja bond con una pared trazada, cuando la medimos con una regla obtenemos una longitud de 9cm (0,09m) y la escala es de 1/100 ¿Cuál es la medida real de la longitud de la pared?

Reemplazando en la fórmula:

$$\text{MEDIDA REAL} = \text{MEDIDA EN EL PAPEL} \times (\text{ESCALA})^{-1}$$

$$\text{MEDIDA REAL} = 0,09\text{m} \times (1/100)^{-1}$$

$$\text{MEDIDA REAL} = 0,09\text{m} \times 100$$

$$\text{MEDIDA REAL} = 9\text{m}$$

Es decir, la medida real de la longitud de la pared es de 9m.

2. Croquis de elevación

Este tipo de croquis representa un plano vertical y es muy utilizado en paredes cuando estas presentan indicios tales como manchas de sangre o impacto producidos por proyectil de arma de fuego. Se puede utilizar la fórmula indicada anteriormente.

3. Croquis virtual

Existen diversos programas para computadora que permiten realizar fácil y rápidamente planos y/o croquis de cualquier espacio geográfico, el más utilizado por los autores del presente texto es un programa llamado Floorplanner. En él se pueden ingresar datos de tal manera que se facilita la labor del perito volviéndola más explicativa e ilustrativa, pudiendo imprimir el trabajo realizado para después anexarlo al informe pericial.

XI. Conclusiones

- La perennización del lugar de los hechos incluye un conjunto de técnicas indispensables que permitirán fijar el sitio del suceso.
- Los métodos y procedimientos criminalísticos de perennización más utilizados son la Fotografía Forense y la Planimetría Forense.
- Es importante conocer los diferentes tipos de cámaras fotográficas, así como su funcionamiento para de esta manera crear fotografías que brinden la mayor cantidad de información relacionada al hecho delictivo materia de investigación.
- Los croquis pueden tener algunas características propias de los planos, como por ejemplo la escala, lo que permitirá ilustrar un panorama más preciso del lugar del suceso que incluya la ubicación de cada indicio encontrado.
- Se dio a conocer una fórmula para realizar un croquis a escala utilizando una regla milimetrada.

XII. Lista de referencias

- Academia.edu. Cámara fotográfica. Disponible en: https://www.academia.edu/14032162/C%C3%81MARA_FOTOGRAFICA_A_CONCEPTO_DE_CAMARA_FOTOGRAFICA
- ANG, T. La fotografía digital: guía para la creación y manipulación de imágenes. España, 2001.
- BIERNAY, C. Bibliotecología Forense: ¿Nuevo arista en la Investigación Criminal? *Revista de estudios policiales*. N.º 6, 2010, Chile.
- CHAVIERI, A. *Perennización de la escena del delito*. Fotografía Forense. Perú, 2007.
- CHAVIERI, A. *Perennización de la escena del delito*. Planimetría Forense. Perú, 2007.
- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Real Academia Española. 2015. 23.^a edición. Obra Social «Caixa». Madrid, España.
- GUZMAN, C. *Manual de Criminalística*. Buenos Aires: La Roca, 2003.
- MONTIEL, J. *Criminalística*. Tomo 1. México: Limusa, 2003.
- MORENO, L. *Compendio de Criminalística*. Quinta edición. México: Porrúa.
- MORI, F. 2010. Planimetría Forense. 2010. Sin editorial. Argentina.
- POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ. *Manual de Criminalística*. 3.^a d. Lima: Grijley, 2014.
- QUEJ, F. T. *Tipos de planos y métodos adecuados a utilizar en el levantamiento de croquis en*

- la escena del crimen*. Tesis para obtener el Título y Grado académico de Licenciada en Investigación Criminal y Forense. Guatemala, 2015.
- RICCO, F Y DE ANDA D. *La Fotografía Forense en la peritación legal*. México, 1991.
- SAQUICHÉ, L *Fotografía Forense: uso de la fotografía digital en las escenas del crimen de delitos contra la vida*. Tesis para obtener el Título y Grado académico de Licenciada en Investigación Criminal y Forense; 2013.
- SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA. 2012. *Manual de procedimiento para la preservación del lugar del hecho y la escena del crimen*. Programa Nacional de Criminalística. Argentina.
- SOP LAPUCO, C y BLANCO, H. *Protocolo entomológico basado en la fauna insectil indicadora de importancia forense*. Chiclayo, Perú: Editorial Orión S.R.L. 2018.
- The web foto.com. 2018. Apertura del diafragma. Disponible en: <http://www.thewebfoto.com/2-hacer-fotos/202-apertura-de-diafragma>.

Filosofía y Teoría del Derecho



El enfoque procedimental de la argumentación jurídica de Robert Alexy

The procedural approach of legal argumentation of Robert Alexy

TELLO VILLANUEVA, Juan Carlos(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Bases filosóficas para una teoría general del discurso racional. III. Teoría general del discurso racional. IV. Teoría de la argumentación jurídica. V. Conclusión. VI. Lista de referencia.

RESUMEN: Cuando para la resolución de un caso concreto no bastan las reglas de la lógica formal ni son suficientes los cánones de interpretación de la metodología jurídica, al decisor le queda un campo de acción en el que tiene que elegir entre varias soluciones. Este escenario justifica la necesidad de una teoría de la argumentación jurídica para dar respuesta a cómo justificar la elección entre las alternativas jurídicamente posibles, y con ello colmar esta «laguna». Una de las teorías de la argumentación jurídica que pretende responder a esta pregunta, es la postulada por Robert Alexy.

En el presente artículo, se describe su teoría de la argumentación jurídica, desarrollada en su libro intitulado con este nombre, para lo cual hemos tomado en cuenta la estructura tripartida de su obra: en primer lugar, se aborda

(*) Abogado Litigante. Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal en la Universidad Nacional de Cajamarca. Doctor en Derecho por la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca. Estudiante del Programa de Maestría en Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho de la Universidad Externado de Colombia.

las bases filosóficas que sirven de sustento a la construcción de su teoría de la argumentación práctica general, luego se destaca el planteamiento o «bosquejo» de dicha teoría general; y finalmente, se traza su teoría de la argumentación jurídica que se erige a partir de los resultados de aquellas.

Palabras claves: Argumentación jurídica, lógica formal, lógica jurídica.

Abstract: When the rules of formal logic is not sufficient for the resolution of a particular case are not sufficient the canons of interpretation of legal methodology, the decision-maker is left with a field of action in which it has to choose between several solutions. This stage justifies the need for a theory of legal argumentation to give answer to how to justify the choice between legally possible alternatives, and thus fill this «gap». A theory of legal argumentation which seeks to respond to this question, is the postulated by Robert Alexy.

This article describes his theory of legal argumentation, developed in his book entitled with this name, for which we have taken into account the tripartite structure of his work: firstly, deals with the philosophical bases that serve as support to the construction of its general practice argumentation theory, then stands the approach or «sketch» of the general theory; and finally, his theory of legal argumentation that is based on the results of those plots.

Key words: Legal, logical formal, logical legal argumentation.

I. Introducción

La argumentación jurídica puede ser estudiada desde tres perspectivas o enfoques: el lógico, retórico y dialógico. Según Feteris (2007), en el primero se resalta el rol de la validez formal como criterio de racionalidad de la argumentación jurídica, empleándose lenguajes lógicos –para algunos una lógica deóntica– para reconstruir los argumentos jurídicos; en el segundo, se hace hincapié en el aspecto sustancial –en el contenido– de la argumentación jurídica y que aceptabilidad depende de su efectividad en relación a la «audiencia» a la que se dirige (juez, jurados, juristas); mientras que en el último enfoque, se supedita la racionalidad de la argumentación jurídica a que el «procedimiento» de discusión en el que se defiende una posición jurídica cumpla ciertas reglas de aceptabilidad (reglas del discurso racional), siendo el argumento jurídico parte de un diálogo.

En este último enfoque se puede ubicar a la teoría de la argumentación jurídica postulada por Robert Alexy (2007) en su libro intítulado con este nombre. Como expresa dicho autor el objeto de su investigación: «es la cuestión de qué haya que entender por argumentación jurídica racional, así como la de si, y con qué alcance, es ella posible» (p. 19).

El propósito del presente trabajo es «describir» de qué manera Alexy responde a esta pregunta, delineando los hitos fundamentales de su teoría (enfoque dialógico). Para ello, hemos tomado en cuenta la estructura tripartita de su obra: así, en primer lugar, se aborda las bases filosóficas que sirven de sustento a la construcción de su teoría de la argumentación práctica general (apartado II), luego se destaca el planteamiento o «bosquejo» de dicha teoría general (apartado III); después, se traza su teoría de la argumentación jurídica que se erige a partir de los resultados de aquellas (apartado IV); y finalmente, se brindan algunas conclusiones (apartado V).

II. Bases filosóficas para una teoría general del discurso racional

Dos constituyen las bases filosóficas de la teoría de la argumentación práctica general del profesor Robert Alexy: las discusiones éticas de la Filosofía del lenguaje y los postulados de la teoría de la argumentación general.

En la primera parte de su obra, Alexy se dedica al análisis de estas teorías «metaéticas» que han tratado de responder a la pregunta, de si es factible la justificación de convicciones morales, y, en caso de que lo sea, de qué forma. Así analiza los postulados del naturalismo, el intuicionismo; y, el emotivismo.

Según Alexy (2007), el primero considera que las expresiones normativas como «bueno» y «debido» pueden ser definidas a través de expresiones descriptivas, de tal manera que cada enunciado normativo sería comprobable según el procedimiento de las ciencias naturales y de las ciencias sociales de carácter empírico. El segundo, postula que las citadas expresiones normativas, no puede definirse mediante expresiones empíricas (descriptivas), pues estas entidades no pueden ser reconocidas por los cinco sentidos, sino por otra facultad («sexto sentido», «capacidad de intelección apriorística», o una mezcla de ambas), siendo que la tarea del discurso práctico se resolvería mediante evidencias de algún tipo, siendo que frente a estas evidencias no queda campo para los argumentos. Y finalmente el tercero, considera que las proposiciones normativas no son lo mismo que las proposiciones sobre objetos empíricos o no empíricos, la función de las expresiones normativas no se limitan a designar algo, sino que además expresan y/o provocan sentimientos y/o actitudes; el representante de esta teoría es Stevenson.

Alexy (2007, p. 63), luego de criticar la posición de Stevenson, considera que algunos de sus postulados pueden rescatarse: 1) la función del lenguaje moral no se agota en describir algo, sino que sirve para la dirección y coordinación de los comportamientos; 2) plantea el problema central de su investigación, esto es, la cuestión de la existencia de reglas que permiten diferenciar las fundamentaciones

válidas e inválidas de las proposiciones normativas; 3) la clasificación de las distintas formas de argumentos y de argumentación.

La crítica central dirigida contra Stevenson es que considera al discurso moral como una actividad no guiada por reglas. Frente a esta perspectiva, surgen las siguientes teorías metaéticas que coinciden en defender que el discurso moral es una actividad guiada por reglas; no obstante, el problema aquí es, cuáles son dichas reglas vigentes.

Para Hare, a la ética se le plantean dos tareas: «el análisis lógico de las expresiones morales, y la investigación sobre la argumentación moral [...] Del análisis de las expresiones morales resultan las reglas de la argumentación moral» (citado en Alexy, 2007, p. 73).

La Teoría de Hare contiene aportes importantes para una teoría del discurso práctico racional, Alexy (2007, pp. 90-91) los sintetiza: 1) su concepción sobre la «universalidad» de los juicios morales. Quien expresa un juicio moral presupone una regla. Esta regla determina qué es una razón G, para un juicio moral N. Entonces N siempre se sigue lógicamente de G, conjuntamente con una regla R que dice que G es una razón para N (véase como se reformula esta idea con la regla –(1.3') – descrita en el ítem 3.2); 2) quien expresa un juicio moral debe estar dispuesto a aceptar cualquier limitación de intereses exigida por la regla presupuesta en ese juicio, incluso en el caso que le afecte a él.

Por otro lado, tenemos a Toulmin, quien considera que junto a las reglas de inferencia lógica científica, existen otras reglas de inferencia que son específicas para los argumentos éticos (citado en Alexy, 2007, p. 91). La Teoría de este filósofo contiene aportes importantes para una teoría del discurso práctico racional que se pueden sintetizar así: 1) hay reglas del discurso moral que caracterizan determinadas aserciones sobre hechos (G) como buenas razones para determinados juicios de valor (N); 2) en la fundamentación de los juicios de valor y de deber nos valemos primero de normas morales existentes, para pasar a su crítica solo en un segundo paso (Alexy, 2007, pp. 101-102).

Por último, tenemos a Baier, quien elabora un análisis de la argumentación moral más desarrollado que el de la teoría de Toulmin, y desarrolla una concepción diferente del concepto de «generalizabilidad». La Teoría de este filósofo contiene aportes importantes para una teoría del discurso práctico racional: 1) la diferenciación entre reglas sobre razones y reglas que establecen una jerarquía entre las primeras; 2) su teoría revela una serie de aspectos de concepto de «generalizabilidad» (Alexy, 2007, p. 109).

Resumiendo: 1) la función del lenguaje moral no se reduce a la descripción de objetos, propiedades o relaciones empíricas o no empíricas; 2) el discurso moral es una actividad guiada por reglas de tipo propio, en la que se trata del equilibrio racional de intereses. La tarea más importante de una teoría del discurso práctico racional es la elaboración de las reglas que determinan esa actividad; 3) las reglas de la argumentación práctica deben diferenciarse de las formas de argumento; 4) las proposiciones normativas son universalizables: «quien aduce una razón G a favor de una proposición normativa N, presupone una regla que dice que G es una razón a favor de N»; y, que 5) la argumentación práctica obedece a reglas que no son las de la argumentación de las ciencias naturales (Alexy, 2007, pp. 109-110).

Por otro lado, Alexy funda su teoría general del discurso en la teoría consensual de la verdad de Habermas y en la teoría de la deliberación práctica de la escuela de Erlangen, referidas a la fundamentabilidad de las proposiciones normativas.

Habermas afirma que las expresiones normativas, pueden ser fundamentadas de manera esencialmente idéntica a las proposiciones empíricas. A la verdad de las proposiciones empíricas corresponde aquí la *corrección* de las expresiones normativas, dicho autor precisa: «yo solo puedo atribuir a un objeto un predicado si también cualquier otro que *pudiera* entablar un diálogo conmigo, *atribuyera* al mismo objeto el mismo predicado [...] La condición para la verdad de las proposiciones es el acuerdo potencial *de todos los demás*» (Citado en Alexy, 2007, p. 111).

El núcleo de la fundamentación pragmático-universal de las normas fundamentales del diálogo racional lo forma la tesis de que todo hablante une a sus manifestaciones las pretensiones de comprensibilidad, veracidad, corrección y verdad. Quien afirma un juicio de valor o de deber plantea la pretensión de corrección; pretende que su afirmación es fundamenteable racionalmente (Alexy, 2007, p. 133).

Lo más destacable de los postulados de Habermas, y que Alexy recoge, son sus tres reglas de razón construidas sobre la regla general de fundamentación y las dos reglas de fundamentación. A ellas, nos referimos a continuación.

La *regla general de fundamentación*, que se funda en la pretensión de corrección o verdad, se formula así: Todo hablante debe, si se le pide, fundamentar lo que afirma, a no ser que pueda aducir razones que justifiquen el negar una fundamentación. Esta regla general está en estrecha relación con las condiciones ideales de la situación ideal del diálogo: igualdad de derechos, universalidad y ausencia de coacción; las mismas que se corresponden con las condiciones de situación ideal de diálogo planteadas por Habermas. Estas reglas se denominan «*reglas de razón*», cuya formulación se detalla en el ítem 3.2.

En cuanto a las denominadas «*reglas de fundamentación*», que contienen criterios sobre la comprobación del *contenido* y la justificación de las normas, la primera lo constituye el principio de Habermas de la generalizabilidad, según la cual, una norma es susceptible de generalización si puede aceptarse para todos sus consecuencias directas e indirectas para la satisfacción de las necesidades de cualquier individuo; mientras que la segunda, expresa que, la interpretación de las necesidades como aceptables de manera general debe poder resistir la comprobación de su génesis crítica (Alexy, 2007, pp. 135-140).

Respecto a la teoría de la deliberación práctica de la escuela de Erlangen (ética constructivista), esbozada por Lorenzen y desarrollada por Schwemmer, Alexy (2007, pp. 155-156) precisa que independientemente de si el constructivismo sea o no sostenible, se pueden «retener» las siguientes perspectivas: 1) debe ser posible pasar del discurso práctico al de análisis del lenguaje en cuanto surja cualquier oscuridad lingüística (filosofía analítica); 2) la idea de la génesis crítica es la contribución más importante para una teoría general del discurso racional.

Por último, ya en el campo de la argumentación práctica, tenemos la contribución del filósofo y jurista Perelman quien «sostiene la idea de que la posibilidad del uso práctico de la razón puede mostrarse en una teoría general de la argumentación» (citado por Alexy 2007, p. 157). Pese a la oscuridad del concepto de auditorio universal y la renuncia a los instrumentos analíticos modernos en el análisis de la argumentación, se pueden destacar las siguientes ideas: 1) existe un estrecho parentesco entre el concepto de situación ideal de diálogo (Habermas) y el de auditorio universal; 2) la argumentación no puede partir de la nada ni empezar en cualquier punto; 3) la formulación del principio de la inercia, según la cual una idea que haya sido aceptada una vez, no puede rechazarse sin un motivo suficiente (regla de carga de la argumentación) (Alexy, 2007, pp. 171-172).

III. Teoría general del discurso racional

En base a la discusión crítica de las ideas de los filósofos antes mencionados, Alexy (2007) plantea su teoría general del discurso general indicando que: «el núcleo de esta teoría lo forman cinco grupos de un total de veintidós reglas, explícitamente formuladas, así como una tabla de seis formas de argumentos» (p. 36). A continuación, pasamos a describir de manera sucinta dichas reglas y formas de argumentos.

3.1. Reglas fundamentales

Según Alexy (2007, p. 185) la validez de estas reglas es condición de posibilidad de cualquier comunicación lingüística: (1.1) Ningún hablante puede contra-

decirse (se refiere a las reglas de la lógica clásica u deóntica). (1.2) Todo hablante solo puede afirmar aquello que él mismo cree (asegura la sinceridad de la discusión). (1.3) Todo hablante que aplique un predicado F a un objeto A debe estar dispuesto a aplicar F también a cualquier otro objeto igual a A en todos los aspectos relevantes (se refiere al uso de expresiones del hablante). (1.4) Distintos hablantes no pueden usar la misma expresión con distintos significados (se refiere al uso de expresiones de diversos hablantes).

Respecto a (1.3) Alexy (2007, p. 187) precisa que esta se refiere a la coherencia del hablante, la cual aplicadas a expresiones valorativas adopta la siguiente forma: (1.3') Todo hablante solo puede afirmar aquellos juicios de valor y de deber que afirmaría así mismo en todas las situaciones en las que afirmare que son iguales en todos los aspectos relevantes. (1.3') es una formulación del principio de universalidad de Hare.

3.2. Reglas de razón

Aquí se evidencia la concordancia de Alexy con las condiciones de la situación ideal de diálogo planteadas por Habermas. Alexy (2007, p. 188) las formula así: (2) Todo hablante debe, cuando se le pide, fundamentar lo que afirma, a no ser que pueda dar razones que justifiquen el rechazar una fundamentación; se derivan las siguientes reglas: (2.1) Quien pueda hablar puede formar parte del discurso. (2.2) (a) Todos pueden problematizar cualquier aserción. (b) Todos pueden introducir cualquier aserción en el discurso. (c) Todos pueden expresar sus actitudes, deseos y necesidades. (2.3) A ningún hablante puede impedírsele ejercer sus derechos fijados en (2.1) y (2.2) mediante coerción interna o externa al discurso.

3.3. Reglas sobre la carga de la argumentación

La regla de la razón (2.2.a) permite a cualquiera problematizar cualquier afirmación, planteándose el problema de la extensión y distribución de la carga de la argumentación. Como expresa Alexy (2007):

Según Singer, el principio de generalización exige que quien pretende tratar a una persona de manera distinta a otra, debe dar una razón para ello. En la lógica dialógica de Lorenzen, por ejemplo, quien afirma que todo x posee la propiedad F ($(x) Fx$), tiene la obligación de mostrar, con cada a, a que a es F (Fa). Finalmente, el principio perelmaniano de inercia exige que una opinión o una praxis haya sido aceptada una vez, ni puede abandonarse sin un motivo para ello (p. 191).

Las reglas son las siguientes: (3.1) Quien pretende tratar a una persona A de manera distinta que a una persona B está obligado a fundamentarlo –resulta del principio de universalidad de (1.3') y de la regla de fundamentación (2)–. (3.2) Quien ataca una proposición o una norma que no es objeto de discusión, debe dar una razón para ello. (3.3) Quien ha aducido un argumento, solo está obligado a dar más argumentos en caso de contraargumentos.

Respecto a las reglas de la razón (2.2.b) y (2.2.c) se puede deducir la siguiente regla: (3.4) Quien introduce en el discurso una afirmación o manifestación sobre sus opiniones, deseos o necesidades que no se refiera como argumento a una anterior manifestación, tiene, si se le pide, que fundamentar por qué introdujo esa afirmación o manifestación.

III.4. Las formas de argumento

Según Alexy (2007):

Objeto inmediato del discurso práctico son las *proposiciones singulares* (N). Hay dos maneras fundamentales de fundamentarlas. En la primera se toma como referencia una *regla* (R) presupuesta como válida; en la segunda se señalan las *consecuencias* (F) de seguir el imperativo implicado en N (p. 193). Quien aduce una regla como razón presupone como verdadero un enunciado (T) que describe las condiciones de aplicación (características de una persona, de una acción o de un objeto) de dicha regla. Por otro lado, quien aduce como razón para N una aserción sobre las consecuencias presupone una regla que expresa que la producción de estas consecuencias es obligatoria o buena (Alexy, 2007, pp. 193-194).

III.5. Reglas de fundamentación

Teniendo en cuenta las formas de argumentos precedentes se garantiza una mayor racionalidad; no obstante, se tiene que seguir buscando las reglas para las fundamentaciones efectuadas con estas formas.

Así, según Alexy (2007, pp. 197-199), de un lado tenemos las reglas derivadas de las distintas variantes del principio de generalizabilidad: (5.1.1) Quien afirma una proposición normativa que presupone una regla para la satisfacción de los intereses de otras personas, debe poder aceptar las consecuencias de dicha regla también en el caso hipotético de que él se encontrará en la situación de aquellas personas. (5.1.2) Las consecuencias de cada regla para la satisfacción de los intereses de cada uno deben poder ser aceptadas por todos. (5.1.3) Toda regla debe poder enseñarse en forma abierta y general.

Por otro lado, tenemos: (5.2.1) Las reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante deben poder pasar la prueba de su génesis histórico-crítico. (5.2.2) Las reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante deben poder pasar la prueba de su formación histórica individual. (5.3) Hay que respetar los límites de realizabilidad realmente dados.

III.6. Reglas de transición

Estas reglas se refieren a la posibilidad de pasar a discurso a otro. Según Alexy (2007, p. 201) estas reglas son: (6.1) Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso teórico (empírico). (6.2) Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de análisis del lenguaje. (6.3) Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de teoría del discurso.

El seguimiento de las reglas que se han indicado y la utilización de las formas de argumento que se han descrito aumentan ciertamente la probabilidad de lograr un acuerdo en las cuestiones prácticas, pero ni garantizan el que pueda obtenerse un acuerdo para cada cada cuestión, ni el que cualquier acuerdo alcanzado sea definitivo e irrevocable (Alexy, 2007, p. 202).

IV. Teoría de la argumentación jurídica

Antes de abordar los rasgos esenciales de su teoría de la argumentación jurídica, Alexy fundamenta por qué el discurso jurídico es un «caso especial» del discurso práctico general («la tesis del caso especial»).

4.1. La tesis del caso especial

Según el autor (2007, p. 34) la argumentación jurídica es una actividad lingüística que tiene lugar en situaciones tan diferentes, de lo que se trata en esta actividad es de la corrección de los enunciados normativos, y, puesto que se trata de la corrección de enunciados normativos, el discurso jurídico es «discurso práctico», esto es, es un caso especial del discurso práctico general. Puntualiza Alexy (2007, pp. 35-36) que el discurso jurídico es un caso especial, pues la argumentación jurídica tiene lugar bajo una serie de condiciones limitadoras: la sujeción a la ley, la obligada consideración de los precedentes, su encuadre en la dogmática elaborada por la ciencia jurídica organizada institucionalmente, así como las limitaciones a través de las reglas del ordenamiento procesal.

En suma:

La tesis del caso especial consiste por ello en sostener que la pretensión de corrección también se plantea en el discurso jurídico, pero esta pretensión, a diferencia de lo que ocurre en el discurso práctico general, no se refiere a que las proposiciones normativas en cuestión sean sin más racionales, sino solo a que en el marco del ordenamiento jurídico vigente puedan ser racionalmente fundamentadas (Alexy, 2007, p. 213).

En este escenario la pregunta es, qué significa una fundamentación racional en el marco del ordenamiento jurídico vigente, para ello Alexy delimita los rasgos de su teoría de la argumentación jurídica, que a continuación sintetizamos.

4.2. Rasgos fundamentales de la argumentación jurídica

Es aquí donde Alexy concretiza las reglas de su teoría de la argumentación jurídica a partir de los resultados antes descritos (apartado II y III). Para ello, el punto de partida es la distinción entre dos aspectos de la justificación de las decisiones jurídicas: la justificación interna y externa. En la primera se trata de ver si la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación, mientras que en la segunda el objeto es la corrección de estas premisas.

4.2.1. La justificación interna

Según Alexy (2007, p. 214) la forma más sencilla de este tipo de justificación tiene la siguiente estructura:

$$\begin{array}{llll}
 \text{(J.I.1)} & (1) \longrightarrow & (x) & (\text{TxORx}) \\
 & (2) \text{ Ta} & & (3) \text{ ORa} \quad (1), (2)
 \end{array}$$

Este esquema satisface la justificación mediante reglas universales requeridas por el principio de universalidad (1.3'), el mismo que sirve de base al principio de justicia formal. En base a ello, el autor postula las siguientes reglas de justificación interna: (J.2.1) Para la fundamentación de una decisión jurídica debe aducirse por lo menos una norma universal. (J.2.2) La decisión jurídica debe seguirse lógicamente al menos de una norma universal, junto con otras proposiciones (Alexy, 2007, p. 215).

No obstante, indica el autor (2007, p. 216) este esquema (J.1.1) es insuficiente para los casos difíciles (por ejemplo, cuando la norma no es clara). Ante ello, como señala Feteris (2007, p. 165) se debe formular una **regla semántica**, la misma que precisa que cuando se aplica cierto complejo de características «M», algo (un individuo, una acción o un estado) es «T». En casos como estos donde es necesario justificar el uso de un término o expresión, se invoca una forma de justificación interna más compleja (J.1.2).

(J.1.2) •	(1) (x) (Tx	ORx)
•	(2) (x) (M1x	Tx)
•	(3) (x) (M2x	M1x)
•		
•	(4) (x) (Sx	Mnx)
•	(5) Sa	
•	(6) ORa	(1)-(5)

Puntualiza Alexy (2007), que: «cuando no es seguro si a es un T al que por lo tanto no le es aplicable sin más la forma más simple de justificación interna antes indicada (J.1.1), entonces hay que aducir al menos reglas de la forma estándar para el uso de T » (p. 218). Ante ello se formula la siguiente regla: (J.2.3) Siempre que exista duda si a es T o $M1$, hay que aducir una regla que decida la cuestión.

Según Alexy (2007, pp. 219-220) (J.1.1) es rudimentaria, pues no se especifica cuántos pasos de desarrollo son necesarios, por ello se pueden formular las siguientes reglas: (J.2.4) Son necesarios los pasos de desarrollo que permitan formular expresiones cuya aplicación al caso en cuestión no sea ya discutible. (J.2.5) Hay que articular el mayor número posible de pasos de desarrollo.

Sobre las ventajas de la formulación de estas reglas y formas de argumento, Alexy (2007), precisa que:

En la justificación interna debe quedar claro qué premisas hay que justificar externamente. Presupuestos que de otra manera quedarían escondidos, deber ser formulados explícitamente. Esto aumenta la posibilidad de reconocer y criticar errores. El aducir reglas universales facilita la consistencia de la decisión y contribuye, por ello, a la justicia y a la seguridad jurídica (pp. 221-222).

No obstante, la justificación interna solo garantiza un cierto grado de racionalidad, pues la justificación en última instancia depende de la racionalidad de las premisas, la cual está referida a la justificación externa, que es de lo que hablaremos a continuación.

4.2.1. La justificación externa

Alexy (2007, p. 223) desarrolla 5 grupos de reglas y formas de justificación externa: reglas y formas de la argumentación empírica; reglas y formas de la interpretación; reglas y formas de la argumentación dogmática; reglas más generales del uso de los precedentes; y, formas especiales de argumentos jurídicos.

- A) **Sobre la argumentación empírica:** este extremo no es desarrollado en detalle, sin embargo, destaca Alexy (2007, pp. 224-225) que todas las formas de argumentación jurídica incluyen enunciados empíricos, que en el discurso práctico general se toma en cuenta el conocimiento empírico por medio de la regla de transición (6.1); y, que resulta equivocado pensar que se puede reducir el discurso jurídico a un discurso empírico.
- B) **Sobre las formas de interpretación (cánones de interpretación):** Alexy (2007, p. 225) formula su estructura lógica básica de la siguiente manera:

$$\begin{array}{rcl}
 (J.1.2') & \begin{array}{l} \longrightarrow \\ \longrightarrow \end{array} & \begin{array}{l} (1) (x) (Tx \quad ORx) (R) \\ (2) (x) (Mx \quad Tx) (W) \end{array} \quad \bullet \\
 \bullet & & (3) Ma \\
 \bullet & & (4) ORa \quad (1)-(2)
 \end{array}$$

De (1) (la norma) y (2) (la regla para el uso del lenguaje w), se deduce la norma concreta R': (2') (x) (Mx ORx) (R')

(2') es una norma concreta (por ejemplo, que si alguien hurta electricidad que pertenece a otro con la intención de apropiársela, debe ser castigado con 4 años de cárcel).

En el caso del argumento semántico cuando R' (interpretación de la norma jurídica) se justifica por medio de W, y W es una afirmación acerca de un lenguaje natural o técnico. Estos argumentos, se usan para justificar o criticar la interpretación, o para mostrar que es al menos semánticamente admisible. En el caso del argumento genético cuando la interpretación R' de R se justifica diciendo que esta interpretación corresponde a la intención del legislador. Se pueden distinguir 2 formas básicas de argumentación genética: una que se refiere a lo que pretendía el legislador, y la otra a que R es un medio para llegar a Z. Respecto al argumento teleológico, R' se justifica señalando las consecuencias particulares deseadas de un estado de cosas o evento Z, siendo que estos argumentos dependen en parte de los argumentos empíricos. Feteris (2007, 171-173).

- C) **Sobre las reglas y formas de la argumentación dogmática.** Feteris (2007, p. 174), precisa que las proposiciones de la dogmática jurídica pueden consistir en definiciones de conceptos legales, de otros conceptos que se presenten en las normas jurídicas, formulaciones de principios, etc. Cuando se justifica una interpretación, se deberían usar proposiciones tomadas de la dogmática jurídica, si son asequibles.

Para valorar las proposiciones tomadas de la dogmática jurídica, Alexy formula las siguientes reglas: (J.10) Toda proposición dogmática debe ser justificada recurriendo al menos a un argumento práctico general siempre que esté sujeta a dudas. (J.11) Toda proposición dogmática debe superar la comprobación sistemática en sentido estricto (comprobar si la proposición es lógicamente consistente con otras proposiciones dogmáticas y con las normas positivas) y en sentido más amplio (comprobar si la proposición es consistente con las consideraciones prácticas generales y otras proposiciones legales). (J.12) Se deben usar argumentos dogmáticos siempre que sea posible.

- D) Sobre las reglas y formas del uso de precedentes.** Feteris (2007, p. 174-175), precisa que la razón básica para los precedentes siguientes en el principio de universalidad, la exigencia de tratar de manera similar los casos similares. Si alguien quiere hacer una excepción, la carga del argumento recae sobre esa persona. Y tiene que demostrar por qué el caso concreto difiere de lo que se decidió en un caso anterior. Alexy formula las 2 reglas siguientes para el uso de los precedentes: (J.13) Si se puede citar un precedente a favor o en contra de una decisión hay que citarlo. (J.14) Quien desee apartarse de un precedente asume la carga de la argumentación.
- E) Sobre las formas especiales de argumentos jurídicos.** Feteris (2007, p. 175), precisa que contiene las reglas para las formas especiales de argumentación jurídica que se usan en la metodología legal para la interpretación de las normas jurídicas, como la argumentación por analogía, *argumentum a contrario*, *argumentum a fortiori* y el *argumentum ad absurdum*.

En relación al *argumentum a contrario*, Alexy se basa en el esquema de Klug. En el caso de la analogía desarrolla su esquema lógico e incluso lo ejemplifica. Como destaca Feteris (2007, p. 175), estas formas especiales de argumentación se pueden analizar como formas de argumentación lógicamente válidas si los supuestos ocultos se formulan explícitamente. En consecuencia, estas formas de argumentación deben ser completas: (J.18) las formas especiales de argumentación jurídica deben establecer completamente las razones para ellas, es decir, deben lograr la saturación. Estas formas de argumentación son una aplicación específica de las formas generales de la argumentación práctica. (J.15) es un argumento lógicamente válido, (J.16) es una aplicación del principio de Universalidad, y (G.17) es una forma de argumentación a partir de las consecuencias.

V. Conclusiones

- V.1. El discurso jurídico es contemplado por Alexy desde una perspectiva «*analítico-normativa*», pues además de establecer y fundamentar los criterios para la racionalidad del discurso jurídico se incluye el análisis de la estructura lógica de las fundamentaciones.
- V.2. Las bases filosóficas de la teoría de la argumentación práctica general del profesor Alexy están constituidas por las teorías en el campo de la ética analítica, de Stevenson, Hare, Toulmin y Baier; de la teoría consensual de la verdad de Habermas, de la teoría de la deliberación práctica de la escuela de Erlangen; y, de la teoría de la argumentación de Perelman. Con estas bases se fundamenta que la tarea de una teoría del discurso práctico racional es la elaboración de las reglas que determinan esa actividad, siendo estas, las tres reglas de razón construidas sobre la base de regla general de fundamentación; y, las dos reglas de fundamentación.
- V.3. La teoría de la argumentación jurídica de Alexy se basa en que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico (tesis del caso especial). Lo que tienen en común estos discursos es que en ambos se trata de la corrección de enunciados normativos, pero la pretensión en el discurso jurídico, a diferencia de lo que ocurre en el discurso práctico general, implica que las proposiciones normativas puedan ser racionalmente fundamentadas en el marco del ordenamiento jurídico vigente.
- V.4. Alexy distingue dos aspectos de la justificación de las decisiones jurídicas: la justificación interna y externa. En la primera se formulan reglas y formas de argumento, que tiene la ventaja de que dejan en claro qué premisas hay que justificar externamente (formulación explícita), lo que aumenta la posibilidad de reconocer y criticar de errores, contribuyendo a con ello a la justicia y a la seguridad jurídica. En la segunda, se desarrolla cinco grupos de reglas y formas de justificación externa: reglas y formas de la argumentación empírica; reglas y formas de la interpretación; reglas y formas de la argumentación dogmática; reglas más generales del uso de los precedentes; y, formas especiales de argumentos jurídicos.

VI. Lista de referencias

- ALEXY, R. *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la argumentación jurídica*. 2.^a ed. (M. Atienza, & I. Espejo, Trans.) Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- FETERIS, E. T. *Fundamentos de la Argumentación Jurídica. Revisión de las teorías sobre la justificación de las decisiones judiciales*. 1.^a ed. (A. Supelano, Trad.) Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2007.

Se terminó de imprimir en los talleres gráficos
de Editora y Librería Jurídica Grijley EIRL
<ediciongrijley@grijley.com>,
en el mes de diciembre de 2019.

