

REVISTA
QUAESTIO IURIS
N.º 9

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ISSN: 2664-3960



Universidad Nacional
de Cajamarca



Facultad de Derecho
y Ciencias Políticas

REVISTA

QUAESTIO IURIS

AÑO IX - N.º 9 - 2021

Director:

Jorge Luis Salazar Soplapuco

Comité Editorial:

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

GRILEY

© 2021, **Revista QUAESTIO IURIS • Año IX - N.º 9**

© 2021, **Universidad Nacional de Cajamarca**

© 2021, **Facultad de Derecho y Ciencias Políticas**

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

Ciudad Universitaria - Cajamarca - Perú

Telefax: 076-369293

e-mail: jsalazars@unc.edu.pe

© 2021, **Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L.**

Diseño y diagramación e impresión:

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

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. Ángel Dávila Rojas

Rector

Vicerrector Académico

Dr. Juan Chávez Rabanal

Vicerrector de Investigación y Responsabilidad Social

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

Dr. Julio Alejandro Villanueva Pastor

Decano

Abg. Juan Carlos Miranda Rodríguez

Director de la Escuela Académico

Profesional de Derecho

M. Cs. José Luis López Nuñez

Director del Departamento Académico de Derecho

Dr. Jorge Luis Salazar Soplapuco

Director de Unidad de Posgrado Derecho

Dra. María Isabel Pimentel Tello

Directora del Instituto de Investigación Jurídicas y Políticas, IIJUP.

Abg. Susy Rodríguez Ravines

Coordinadora Consultorio Jurídico Gratuito

Dra. Teresa Ysabel Terán Ramírez

Secretaria Académico

DOCENTES PRINCIPALES

Castillo Román, José	Salazar Soplapuco, Jorge Luis
Cerdán Urbina, José Pedro	Villaueva 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 Secretaria de Facultad	Arias Silva, Isabel Secretaria de Notas y Registros
Ramírez Herrera, Carmela Secretaria de Escuela Académica Profesional	Miranda Zapata, Amparo 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 del rector	13
Presentación del decano	15
Editorial	17

Derecho Constitucional

El Bicentenario del Perú y el Estado Constitucional de Derecho Peru's bicentennial and the constitutional rule of law SALAZAR SOPLAPUCO, Jorge Luis.....	21
Significado político constituyente de la declaración de independencia del Cabildo de Celendín del 6 de enero de 1821 Constituent political meaning of the independence declaration of Celendín Council on 6 January, 1821 ALIAGA DÍAZ, César Augusto	33
El proceso constitucional de cumplimiento y la eficacia disposiciones normativas que protegen derechos fundamentales The constitutional process of compliance and the effectiveness of norma- tive provisions that protect fundamental rights QUISPE PONCE, María Candelaria	43
Reflexiones sobre el derecho a la intimidad en época de pandemia (Covid-19) Reflections on the right to privacy in times of pandemic (Covid-19) QUITO CORONADO, Lorena	69

Naturaleza constitucional de la tutela resarcitoria del daño a la persona Constitutional nature of the guardianship of damage to the person ARAUJO ZELADA, Humberto	79
Derechos culturales: los hermanos pobres de los derechos humanos y los efectos de la pandemia Cultural rights: the poor brothers of human rights and the effects of the pandemic TORRES TORRES, Yorcka Uliana	93

Derecho Administrativo

Regulación receptiva y otras estrategias de cumplimiento de obligaciones regulatorias Responsive regulation and other regulatory compliance strategies HUAMÁN SÁNCHEZ, Jorge Luis.....	107
Reflexiones en torno a la problemática fáctica general y a la normativa ética de la función pública en el Perú Reflections on the general factual problem and the ethical regulations of the public service in Peru TERÁN RAMÍREZ, Teresa Ysabel.....	129

Derecho Civil y Procesal Civil

De la sustitución al modelo de apoyos y salvaguardias From the replacement to the support and safeguards model MANRIQUE URTEAGA, Sandra Verónica.....	143
Principios de opinión y no discriminación en la justicia juvenil Principles of opinion and non-discrimination in juvenile justice PIMENTEL TELLO, María Isabel.....	159

Naturaleza jurídica de las sociedades civiles Legal nature of civil societies SALAZAR CHERO, Roció Elizabeth	179
Embarazo adolescente en el ámbito rural y urbano de Cajamarca Adolescent pregnancy in rural and urban Cajamarca HUAITA ALEGRE, Marcela	187

Derecho Penal y Procesal Penal

Aplicación del principio de confianza en los delitos de colusión Application of the trust principle in crimes of collusion MUÑOZ OYARCE, Bruce Eugenio.....	205
La invalidez material del delito de tráfico de influencias The material invalidity of the offence of influence peddling VILLEGAS SALAZAR, Saúl Alexander.....	219
Allanamientos y registros ilegales: una mirada a la jurisprudencia nacional Illegal searches and searches: a look at national case law CHÁVEZ RAMÍREZ, Javier.....	235

Derecho Arbitral

La obligatoriedad del arbitraje aún ante la omisión de incluir el convenio arbitral, en los contratos administrativos suscritos bajo los alcances de la normativa de contrataciones del Estado The obligation of arbitration even in the face of the failure to include the arbitration agreement in the administrative contracts signed under the scope of the state's procurement regulations GARCÍA MENDOZA, Nilton Paco	243
---	-----

Argumentación jurídica y filosofía

Relevancia de la interpretación jurídica en la labor jurisdiccional Relevance of legal interpretation in judicial work CASTILLO MONTOYA, Nixon Javier.....	257
Aproximaciones a la incompletitud e incoherencia del Sistema jurídico. un problema de prescripciones y discrecionalidad analizados desde el ordenamiento jurídico peruano Approaches to the incompleteness and incoherence of the legal system. a problem of prescriptions and discretion analyzed from the peruvian legal system URBINA QUIÑONES, Milton César	273
Los razonamientos deductivos en la justificación interna de las decisiones judiciales Deductive reasons in the internal justification of judicial decisions ROJAS RUIZ, Nilton Y.....	289

Presentación del rector

Uno de los deberes fundamentales que debe cumplir la universidad peruana es la de producir y divulgar el conocimiento técnico y científico. Ello es vital, junto con la formación integral del estudiante, para que la Universidad se poseione como pilar en el proceso de desarrollo económico, social y político de nuestro país.

En este sentido, como parte de la Alta Dirección de la Universidad Nacional de Cajamarca, República del Perú, me complace muy deberás que la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, presente a la comunidad universitaria, y al público en general, este Número 9 de la Revista Anual de Investigación Jurídica, *Quaestio Iuris*.

Esta Revista es el resultado de una permanente actividad investigativa y de debate académico que realizan los docentes de esta Facultad con el auspicio y colaboración de sus autoridades, Decano, Directores de Unidades Académicas, personal administrativo y alumnos. Resultado que confirma, una vez más, la calidad de la docencia y la aptitud de sus autoridades para seguir desarrollando la mejora continua de las competencias y habilidades investigativas, fortaleciendo el proceso de enseñanza – aprendizaje diseñado en el actual Modelo Educativo de nuestra casa superior de estudios.

Es remarcable puntualizar que este número de *Quaestio Iuris* es parte de la conmemoración de los 200 años de independencia política del Perú, y con ello compartimos los anhelos de la población universitaria y cajamarquina por construir una sociedad democrática, más solidaria y justa, dentro de un Estado Constitucional de Derecho.

La UNC, y en particular nuestra gestión, seguirá apoyando la publicación y difusión de las investigaciones que realizan las carreras profesionales y las Facultades, así como se ha hecho con la modernización de su infraestructura, de los

pabellones, aulas, laboratorios, centros de cómputo, auditorios. Estamos convencidos que este es el mejor legado que dejaremos a la historia y porvenir de nuestra casa superior de estudios.

Reiteramos nuestra felicitación a las autoridades, docentes, estudiantes y personal administrativo de esta unidad académica, pues con esta publicación contribuyen al proceso de consolidación y de acreditación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

Cajamarca, Perú, septiembre de 2021

Dr. Ángel Dávila Rojas
Rector Universidad Nacional de Cajamarca.

Presentación del decano

La Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, Perú, se complace en presentar a la comunidad universitaria, y al público en general, el Número 9 de la Revista Anual de Investigación Jurídica, *Quaestio Iuris*.

Esta Revista es el resultado de un permanente trabajo de investigación y debate académico e intelectual que realizan los docentes de nuestra Facultad con la colaboración de amigos, magistrados e investigadores del Derecho. Labor que confirma, una vez más, la calidad de nuestra docencia y su aptitud para seguir desarrollando sus competencias y habilidades investigativas, superando muchas veces, las dificultades que se presentan en la vida universitaria, sobre todo ahora en momentos tan difíciles de salubridad que sufre nuestro país y el mundo.

Cabe puntualizar que esta edición de *Quaestio Iuris* se enmarca en el proceso de celebración y demarcación de los 200 años de independencia política del Perú, y comparte el esfuerzo de todos nosotros por construir una sociedad democrática, más solidaria y justa, dentro de un Estado Constitucional de Derecho.

Así, venimos cumpliendo una de las finalidades de la Universidad peruana, conforme a lo que establece la Constitución Política y la Ley N.º 303020, Ley Universitaria, cual es de crear y difundir el conocimiento científico, en este caso, el de las ciencias jurídicas y políticas.

Agradecemos a todos los que han aportado con sus ensayos y artículos, a los docentes que participan en la dirección y en el comité editorial de esta Revista y a todos aquellos que han participado en su diseño, publicación y divulgación, con ello están contribuyendo al proceso de consolidación

y de acreditación de nuestra Facultad de Derecho y Ciencias Políticas; y a nuestros lectores que les sea de su agrado y les permita consolidarse como mejores seres humanos.

Cajamarca, Perú, septiembre de 2021

Dr. Julio Alejandro Villanueva Pastor

Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad Nacional de Cajamarca.

Editorial

Trascendencia de *Quaestio Iuris* N.º 9

El presente año 2021, el Perú cumple doscientos años de Independencia Política, dos siglos de construcción de un Estado democrático y moderno. Y lo hace estrenando nueva representación política, no solo en el plano de un nuevo Congreso de la República, además de un nuevo Presidente de la República, precisamente un Profesor de origen cajamarquino. Grandes desafíos y retos les espera a esta nueva representación política para el periodo 2021-2026, todos los peruanos esperamos que sepan cumplir con las expectativas y esperanzas que tenemos todos nosotros.

En el ámbito universitario, la publicación de esta nueva edición de *Quaestio Iuris*, nos encuentra inmersos aún en el trabajo académico y administrativo regulado por la actividad virtual y el predominio de la internet en la comunicación y gestión universitaria, esto como resultado de la pandemia de la covid-19 que se ha llevado a cientos de universitarios, docentes, estudiantes y trabajadores administrativos, a quienes rendimos homenaje póstumo, en especial al Dr. Angelmiro Montoya Mestanza, Rector de nuestra Universidad. A él le estamos agradecidos por los logros en su gestión en la UNC, por el apoyo a nuestras publicaciones realizadas de nuestra Revistas.

Pronto habrá renovación de las autoridades centrales de la UNC, Rectores y Vicerrectores, de los Decanos las Facultades y demás unidades académicas. Estamos seguros que gane quién gane sabrá cumplir las líneas trazadas para lograr el segundo licenciamiento y la acreditación de las carreras profesionales.

En este contexto, se publica esta edición N.º 9 de *Quaestio Iuris*, en ella encontrarán una reflexión desde el enfoque histórico y constitucional del Bicen-

tenario de la República, así como importantísimos ensayos e investigaciones en el área constitucional, administrativo, arbitral, civil, penal y en la argumentación y filosofía del Derecho.

A todos que han colaborado en la elaboración, diseño, publicación y divulgación de *Quaestio Iuris* nuestro sincero reconocimiento y agradecimiento.

Cajamarca, Perú, setiembre de 2021

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

Derecho Constitucional



El Bicentenario del Perú y el Estado Constitucional de Derecho

Peru's bicentennial and the constitutional rule of law

SALAZAR SOPLAPUCO, Jorge Luis(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Significado del Bicentenario. III. Importancia del Bicentenario. IV. Retos del Estado Constitucional de Derecho. V. Conclusiones. VI Lista de Referencias.

Resumen: El Perú ha cumplido 200 años de independencia política, es decir dos siglos de existencia como Estado independiente, tal como, en estos últimos años, la mayoría de estados latinoamericanos lo conmemoraron. La presente reflexión argumenta, desde un enfoque histórico y constitucional, el significado, la importancia y los retos que enfrenta el Perú, con respecto a la celebración de su Bicentenario.

Palabras Clave: Significado, importancia y retos del Bicentenario del Perú.

Abstract: Peru has celebrated 200 years of political independence, that is, two centuries of existence as an independent State, as, in recent years, most Latin American states have commemorated. This reflection argues, from a historical and

(*) Abogado por la Universidad Nacional de Trujillo. Master en Derecho por la Universidad de Bruselas, Bélgica, Doctor en Derecho. Ex Decano de la Facultad de Derecho y CCP. Director de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca.

constitutional approach, the meaning, importance and challenges facing Peru, with respect to the celebration of its Bicentennial.

Key words: meaning, importance and challenges of the Bicentennial of Peru.

I. Introducción

La conmemoración de la independencia de un Estado de su condición de colonia de otro, supone una profunda reflexión del significado e importancia de este acontecimiento frente a su población, a la estructura de poder que ha cimentado. Asimismo, requiere que se tracen las líneas maestras para construir un futuro en armonía con los intereses de la población, sus derechos y obligaciones, así como teniendo en cuenta la formas políticas y jurídicas que libremente han escogido.

El presente trabajo sobre la conmemoración de los 200 años de independencia de nuestra República del Perú se enmarca en este proceso de reflexión, el cual a través de un enfoque histórico y constitucional pretende resumir el significado de celebrar los 200 años de independencia, la importancia de la celebración y los retos para el futuro Perú, como Estado Constitucional de Derecho. Cuestiones transcendentales que pasamos a desarrollar someramente dadas las limitaciones espaciales de este Revista.

II. Significado del Bicentenario

El 28 de julio del 2021, el Perú cumplió 200 años de independencia política. Es una fecha muy importante para nosotros, los peruanos, pues conmemoramos un hecho trascendente que consagró el fin del colonialismo. Ruptura resultante de un proceso histórico que significó la movilización y rebeldía de todas las colonias europeas en Sudamérica, proceso que se inicia con la independencia de Haití en 1804 y concluye en el Perú, en 1821-1824. Al haber sido nuestro país el más importante centro del poder colonial español, su independencia y la posterior derrota definitiva de las tropas realista en Ayacucho y Junín, marcó el término de tres siglos del coloniaje español y europeo en América del Sur.

II.1. Valorar y agradecer el esfuerzo y lucha de nuestros antepasados

Conmemorar el Bicentenario significa recordar, valorar y agradecer el esfuerzo de hombres y mujeres, campesinos, intelectuales, militares, milicianos, eclesiásticos, artistas y poetas, quechuas, aimaras, pueblos amazónicos y afro descendientes que tomaron parte y contribuyeron en

este proceso. Muchos de ellos sacrificaron sus vidas por nuestra independencia. Cómo no recordar a Santos Atahualpa con su irreductible bastión en la Amazonía, a Tupac Amaru con sus huestes en Cuzco, a los hermanos Angulo Torres y Mateo Pumacahua, a Micaela Bastidas, al médico Hipólito Unanue, al poeta Mariano Melgar, (Basadre, 2007) a los caciques Astopilco marchando con cientos de campesinos por las calles de Cajamarca dando vivas a la proclamación de la independencia en enero de 1821 (Sarmiento, 2020). Cómo no mencionar y agradecer a Juana Azurduy lideresa de los movimientos independentistas en el Alto Perú, a las anónimas «rabonas» aseguradoras de la logística y arsenal de las históricas batallas emancipadoras.

II.2. Reconocernos como Estado Independiente soberano y ejerciendo el autogobierno

Conmemorar el Bicentenario de la Independencia del Perú, significa reconocernos como un país y Estado independiente, capaz de ejercer nuestra soberanía y autogobierno, asumiendo las responsabilidades internas y externas que ello representa. Comprender que son 200 años de existencia como Estado libre, con sus victorias y derrotas. Con frustraciones y lamentaciones por las oportunidades extinguidas y territorios perdidos. Con dos siglos de avances en la institucionalidad y legalidad democrática, que nos dejan 12 Constituciones aprobadas en sendas asambleas y congresos constituyentes, pero a la vez con 24 reglamentos y estatutos provisorios promulgados por golpes de estado y dictaduras (Ugarte del Pino, 1978; García Toma, 2010). Con devastadores terremotos, fenómenos climáticos y la actual pandemia que desnuda y lacera nuestras limitaciones y exclusiones como Estado y sociedad. Pero, finalmente vivos, construyendo la Patria con el esfuerzo de cada uno de nosotros, en las ciudades, en las regiones, en cada pueblo lejano, del ande y la selva amazónica.

II.3. Revivir la hermandad y unidad latinoamericana

Conmemorar el Bicentenario significa revivir el espíritu de la hermandad latinoamericana, que cimentaron los próceres y líderes de las contiendas independentistas, pues ellos (San Martín, Francisco Miranda, Bernardo Monteagudo, Simón Bolívar y Sánchez Carrión) propusieron una visión emancipadora de las colonias, bajo el grito de la rebeldía de la patria americana unificada.

II.4. Reconocernos y asumir plenamente a nuestro Estado como sujeto internacional Derecho

Conmemorar el Bicentenario, significa que el Perú desde 1821, como Estado, ingresa al concierto de naciones como sujeto de derecho. Que si bien, al inicio de su vida política y jurídica contó con un extendido territorio, casi comparable al de Brasil, hemos sufrido dolorosas desmembraciones por guerras e invasiones, a pesar de ello, al cumplir 200 años de independencia, hemos delineado finalmente nuestras fronteras, manteniendo el núcleo territorial histórico, espacio vital geopolítico, que incluye una de las fuentes más diversa del mundo en recursos naturales, con incomparable biodiversidad de vida silvestre y fauna, que conjuga mar, desiertos, montañas y selvas. Tal vez somos el país con el territorio más diverso del mundo, e incluso con presencia en la Antártida.

Conmemorar el Bicentenario significa que somos un Estado reconocido y respetado en el mundo, por el cumplimiento de sus obligaciones internacionales previstas en los pactos y tratados internacionales que hemos firmado y ratificado, además respetuoso de sus obligaciones comerciales y financieras internacionales. Que, como Estado independiente somos fundadores de las más importantes organizaciones internacionales: ONU, OEA, OIT, Corte de la Haya, Corte de San José, Corte Penal, entre otras, y que acata las resoluciones y sentencias que emanan de estos organismos.

III. Importancia del Bicentenario

Conmemorar el Bicentenario de la Independencia del Perú es de suma importancia, pues este acontecimiento permitirá:

Evaluar nuestro pasado con objetividad y realismo, ver nuestro presente con autocrítica para delinear con fe y entusiasmo nuestro futuro, precisamente remarcando esas inmensas posibilidades que tenemos como nación y república, al decir de Basadre (1992).

3.1. Reafirmar nuestra identidad sustentada en su historia milenaria

Conmemorar el Bicentenario del Perú fortalece nuestra identidad nacional, sustentada en una historia milenaria cimentada desde Caral, que se manifiesta en Kuelap, Chanchan, Nazca, se consolida en Machu Picchu, y resurge con la independencia. Reconocer que en estos 200 años nos vamos construyendo como Estado nación, con una diversidad social y cultural fabulosa, que somos un país con 127 expresiones idiomáticas.

Que en este territorio concurren diversas cosmovisiones y creencias religiosas, que han dado como resultado, por ejemplo, a una población que disfruta y recrea a una de las mejores culturas culinarias del mundo, con frutos y productos originarios del Perú, con expresiones artísticas y literarias reconocidas universalmente (Sabogal, Luis Montero, Vallejo, Arguedas, Vargas Llosa), que el Condor Pasa deleita en diversos continentes, que las composiciones de Chabuca Granda resuenan en el continente, que el huayno y la marinera son admiradas en diversas latitudes.

3.2. Reafirmar la unidad nacional en base al patriotismo republicano

Conmemorar el Bicentenario, reafirma la unidad nacional como sustrato de la Patria y del Estado. Pues, a pesar de las dificultades, guerras internas y externas, hemos reconstruido al Perú forjando la unidad de todas las sangres (Arguedas), asimilando y aceptando las diversas ideologías y pareceres históricos (Mariátegui, Basadre, Haya de la Torre, Belaunde). Unidad nacional que promueve un país moderno e inclusivo, inmerso en las organizaciones internacionales y en los procesos de globalización de la economía y la cultura.

Una República que camina hacia su madurez, con deficiencias, limitaciones y males endémicos (corrupción, racismo y exclusión social) pero con gran esperanza y posibilidad. Afirmando la democracia constitucional como el mejor sistema de gobierno y de poder, la tolerancia y el diálogo para resolver las controversias ciudadanas. Un Estado que, a lo largo de estos 200 años, cimenta su historia política y jurídica con el reconocimiento permanente de los derechos constitucionales, los cuales se han expandido y reconocido en las diferentes constituciones y leyes, a raíz de la movilización ciudadana, el accionar de la magistratura, y el acatamiento de los pactos y procedimientos internacionales.

IV. Retos del Estado Constitucional de Derecho

El Bicentenario de la Independencia del Perú, plantea retos y desafíos para el Estado Constitucional de Derecho que, en líneas generales, significa su consolidación, lo cual supone:

IV.1. Consolidar la democracia procedimental y sustancial

Consolidar y mejorar la democracia, no solo referido al procedimiento para renovar periódicamente los cargos públicos de representación, además como el sistema político sustentado en el consenso por ma-

terializar objetivos comunes, en donde puedan tomar parte las diversas concepciones y cosmovisiones existentes en el país (democracia deliberativa), asegurando el bienestar con inclusividad, de todas las personas (democracia sustancial), y en donde el respeto a los derechos fundamentales sea la medida para valorar el ejercicio pleno de la democracia.

IV.2. Reafirmar el republicanismo como modelo estadual

Reafirmar el republicanismo como el mejor modelo de formación del Estado y la sociedad peruana. Ello implica consolidar los valores de la defensa de la dignidad humana y la convivencia pacífica, participativa, inclusiva e igualitaria, poniendo freno a cualquier intento de hegemonía de corrientes excluyentes, nacionalistas y chauvinistas. Que las estructuras del Estado, el ciudadano y la empresa asuman plenamente que el Perú es una república en donde la población puede expresarse y participar libremente, donde el Estado reconoce y protege la diversidad cultural, incluso las formas jurídicas consuetudinarias de autogobierno, que amalgaman su historia.

IV.3. Fortalecer la institucionalidad del Estado democrático

El fortalecimiento de la institucionalidad del Estado democrático, basado en el principio de la separación y control de poderes, pero también en el correcto ejercicio de sus competencias establecidas en la Constitución y la ley. En la utilización eficiente y transparente del presupuesto público, alejado de la corrupción y el clientelaje. Con una estructura burocrática sustentada en la meritocracia y en la evaluación de la calidad del servicio público, priorizando el servicio de salud, educación y justicia.

En ese sentido, es un reto impostergable evaluar la descentralización para que sea mejorada, pues si bien se planteó como estrategia democratizadora del Estado, para que la población participe de la gestión del servicio público y de la estructura administrativa estatal, los treinta años de su existencia no están dando los resultados esperados. Probablemente, no llegaremos a plantear otras formas de organización política-administrativa del Estado peruano (federalismo, autonomías, etc.) para asegurar el bienestar y participación popular (Urrelo, 1956), pero si proponemos corregir el diseño institucional de los gobiernos sub nacionales. (gobiernos regionales y gobiernos locales).

IV.4. Fortalecimiento de una ciudadanía pro activa en sus derechos y deberes

La formación permanente de la ciudadanía como elemento central de la república moderna, partícipe del bien común, forjadora de su proyecto particular de vida, pero preocupado por plasmar la solidaridad con los demás. El ciudadano que participa en la vida política, económica y cultural, que cumple sus deberes tributarios y ejercita con responsabilidad sus derechos constitucionales, que disfruta de la iniciativa y riqueza privada, pero se preocupa del bien común, de la armonía ambiental y se aleja de los vocingleros de la muerte. Pues el mejor ejercicio de la ciudadanía contribuye al mejoramiento de la representación política, en los diversos niveles del Estado, y por consiguiente al mejoramiento de los partidos políticos actores decisivos en el debate y conducción democrática del Estado.

IV.5. Con una Constitución actualizada resultado de un nuevo consenso

Un Estado Constitucional de Derecho fundado en una constitución formal, pero a la vez histórica, cuyos componentes de gobierno y poder, no temen en realizar una evaluación permanente, política, legislativa o judicial, del sistema político y económico, justamente para introducir los cambios, las enmiendas y rectificaciones constitucionales, necesarias para asegurar el bienestar común, donde el lucro deje de ser el valor único de las relaciones económicas y sociales.

Un republica moderna con un Estado democrático y constitucional promotor de la ciencia y tecnología como motores del desarrollo innovador y de la utilización adecuada de sus recursos naturales sin alterar o afectar el equilibrio ambiental. Que, el desarrollo y ejercicio de la constitución ambiental sea el eje de cualquier política pública que promueva la ciencia, la tecnología y la empresa.

IV.6. Reevaluar la presencia del Perú en el ámbito internacional

Consolidar y asegurar la presencia del Estado en el ámbito internacional. Que el Perú reimpulse su presencia y liderazgo internacional que tuvo con Pérez de Cuellar, en los temas de integración latinoamericana y la paz mundial. Pero también, sea promotor y participe de un nuevo orden público mundial basado en el respeto a los derechos fundamentales, al desarrollo y la protección ambiental (Ferrajoli).

IV.7. Reafirmar el sentimiento y la lealtad constitucional

Finalmente, pero no menos importante, el gran reto para el Estado Constitucional de Derecho es la asunción práctica del sentimiento constitucional (Lucas Verdú, 1985), donde la Constitución, además de ser la norma fundamental del sistema jurídico, penetre como valor ético y moral en la vida cotidiana de la población, ejerciendo y promoviendo los derechos y deberes, eligiendo y respetando a la autoridad, utilizando con cuidado y optimizando los recursos públicos para lograr buenos resultados, convirtiendo a la Constitución y a los derechos en una cultura (Haberle, 2002), en la mejor forma de vida y de convivencia humana.

IV.8. La universidad fuente del conocimiento técnico y científico y de la formación de los gestores del desarrollo socio-económico del Perú

Finalmente, pero no menos importante, es el rol que debe cumplir la universidad pública en el logro de estos retos de cara al Bicentenario. Consideramos que la universidad debe consolidarse como el centro conservador del conocimiento ancestral y originario de la población peruana, pero a la vez fuente de la producción y divulgación del conocimiento técnico y científico que requiere la industrialización y el desarrollo sustentable del país. Además la universidad peruana debe reafirmarse en la formación de los cuadros técnicos, gestores y dirigentes de la futura nación peruana, moderna plural conectada al mundo.

V. Conclusiones

La conmemoración del Bicentenario del Perú, supone:

- Valorar y agradecer el esfuerzo y lucha de nuestros antepasados. Recordar, valorar y agradecer el esfuerzo de hombres y mujeres, campesinos, intelectuales, militares, milicianos, eclesiásticos, artistas y poetas, quechuas, aimaras, pueblos amazónicos y afro descendientes que tomaron parte y contribuyeron en este proceso
- Revivir la hermandad y unidad latinoamericana, fortaleciendo el espíritu de la hermandad latinoamericana, que cimentaron los próceres y líderes de las contiendas independentistas.
- Reconocernos y asumir plenamente a nuestro Estado como sujeto internacional Derecho, consolidando la democracia procedimental y sustancial. Fortaleciendo la institucionalidad del Estado democrático y plural. Reafirmando el sentimiento y la lealtad constitucional.

En este contexto, la Universidad peruana seguirá siendo el centro productor del conocimiento técnico y científico y de la formación de los cuadros técnicos, gestores y líderes del desarrollo sustentable de un Perú moderno y conectado con el mundo.

VI. Lista de Referencias

- BASADRE GROHMANN, Jorge. (1992). *Perú Problema y Posibilidad*. Ayacucho: Editorial Biblioteca de Ayacucho.
- FERRAJOLI, Luigi. (2009). *Paradigmas de la democracia constitucional*. Argentina: Editorial Universidad Nacional del Rosario.
- HABERLE, Peter. (2002). *La Constitución como cultura*. México: Edit Dabos
- GARCIA TOMA, Víctor. (2010). *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. 3.^a edición. Lima: Editorial Adrus.
- LUCAS VERDU, Pablo. (1985). *El sentimiento constitucional: aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política*. Madrid: Edit. Reus.
- UGARTE DEL PINO, Juan Vicente. (1978). *Historia de las Constituciones del Perú*. Lima: Editorial Andina.
- URRELO ANTONIO, Guillermo. (1975). *Federalicemos al Perú*. Cajamarca: s/d.
- SARMIENTO GUTIÉRREZ, Julio. (2020). *El Perú y la dependencia colonial. Cajamarca: Conquista, Colonia y Emancipación*. Cajamarca: Editorial UNC.
- Varios. (2008). *Historia y Derecho. El Derecho constitucional frente a la historia*. T. I, Lima: Editorial Universidad Inca Garcilaso de la Vega.

Significado político constituyente de la declaración de independencia del Cabildo de Celendín del 6 de enero de 1821

Constituent political meaning of the independence declaration of Celendín Council on 6 January, 1821

ALIAGA DÍAZ, César Augusto(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Crisis de la hegemonía del bloque dominante colonial y surgimiento de un bloque nacional-popular. III. La formación de la voluntad independentista. IV. Los cabildos, la democracia directa y el poder constituyente. V. Conclusiones. VI. Lista de Referencias.

Resumen: En el presente artículo se describe y analiza el valor político y constituyente de la declaración de independencia del Cabildo de Celendín del 6 de enero de 1821, la que, junto a otras declaraciones similares de los órganos representativos de los pueblos del Perú, hace 200 años, generaron la voluntad de constituir un Estado independiente.

Palabras clave: Cabildos. Independencia. Poder constituyente. Democracia Directa.

(*) Abogado, Magister en Ciencias y profesor universitario.

Abstract: *The current article describes and analyzes the political and constituent value of the independence declaration of Celendín Council on January 6, 1821, the one that along with other similar declarations from the representative Peruvian people organizations, two hundred years ago, give rise to the willingness for constituting an independent State.*

Key words: *Council. Independence. Constituent power. Direct Democracy.*

I. Introducción

Es motivo de singular orgullo patriótico que cada aniversario nacional, las autoridades locales de Celendín, al abrir la sesión solemne correspondiente, den lectura al Acta de la Declaración de la Independencia formulada por su Cabildo el 6 de enero de 1821, esto es con varios meses de anticipación a la más conocida y famosa declaración y proclamación efectuada por San Martín a fines de julio del mismo año desde uno de los balcones del Cabildo de Lima.

La declaración de la independencia del cabildo celendino no es la única en la parte norte del país. En fechas cercanas, distintas circunscripciones adscritas a la Intendencia de Trujillo, a solicitud del Marqués de Torre Tagle, gobernador del citado departamento y por entonces entusiasta partidario de la causa independentista⁽¹⁾, hicieron semejantes declaraciones solemnes: Trujillo, el 29 de diciembre de 1820; Huamachuco, el 7 de enero; Cajamarca, el 8 de enero; Chota, el 12 de enero y Jaén el 4 de junio de 1821.

Importa comprender el momento histórico político que permitió este proceso de formación de una voluntad de los pueblos del Perú a favor de la independencia nacional, así como la formación de un nuevo sujeto político popular-nacional que, desafiando al bloque dominante colonial, pudo abrir el proceso constitutivo de la primera república, en la medida que ese movimiento puede aportar lecciones interesantes para enfrentar el proceso de grave crisis institucional que vivimos actualmente, en el que se está debatiendo la posibilidad de abrir un proceso refundacional y constituyente de una segunda república.

(1) El caso de Torre Tagle es sintomático respecto del comportamiento inconsistente de la aristocracia criolla. Entusiasta partidario de la independencia desde cuando menos 1808, actor directo de las batallas decisivas de Junín y Ayacucho, llegando a ser inclusive presidente del Congreso de la República. No obstante, luego, por discrepancias con Simón Bolívar, pacta con los españoles mediante negociaciones secretas para finalizar la guerra independentista. (Basadre Grohmann, 2005, pp. 86-87)

II. Crisis de la hegemonía del bloque dominante colonial y surgimiento de un bloque nacional-popular

El proceso de la independencia de 1821 puede ser perfectamente comprendido como un proceso de crisis de la hegemonía moral y cultural del bloque dominante colonial; esto es, como un proceso en el marco de una crisis orgánica de dicho bloque.

Antonio Gramsci (2000, p. 37) indica que una crisis como la señalada se expresa en la incapacidad de dirección por parte de los sectores dominantes, que se ven cada vez más empujados a emplear la coacción y la coerción para imponer su proyecto político social, puesto que ya no pueden conseguir el consenso social en torno a su liderazgo; lo que significa, al mismo tiempo, que las grandes masas se han separado de los ideólogos tradicionales, pues ya no creen en lo que antes creían.

En otro texto, el citado autor italiano, remarca que la crisis de hegemonía de la clase dirigente se produce o bien porque dicha clase fracasó en alguna gran empresa política para la cual requirió o impuso por la fuerza el consenso de las grandes masas (la guerra, por ejemplo), o bien porque vastas masas pasaron de golpe de la pasividad a una cierta actividad y plantearon reivindicaciones que en su caótico conjunto constituyen una revolución. Por eso es que, en estos casos, se puede hablar de «crisis de autoridad», de «crisis de hegemonía», o simplemente de «crisis del Estado en su conjunto». (Gramsci, 1980, pp. 62-63)

En otras palabras, un proceso como el descrito implica la pérdida de la legitimidad del proyecto político social del bloque dominante y el surgimiento de un nuevo bloque social, construido desde los sectores hasta entonces subordinados que desafían el viejo orden y se proponen reconfigurar las instituciones políticas sobre la base de un nuevo proyecto nacional.

Alejandro Rey de Castro (2008) ha demostrado cómo en la fase final del periodo colonial fue haciéndose evidente una cierta conciencia nacional entre muchos peruanos, más identificados con América que con España, que sirvió de fermento para que, en medio de la crisis del Estado Colonial Español (Reformismo borbónico, invasión napoleónica, interregno liberal y restauración absolutista), se permitiera la formación de una cada vez más fuerte reivindicación por la autonomía y por la independencia, expresada primero con diversos descontentos, protestas, motines y alzamientos, luego como proyectos reformistas y, más tarde, en la forma de movimientos y guerras emancipadoras, que concluyeron en los procesos constitutivos de las repúblicas latinoamericanas en los primeros 25 años del siglo XIX.

Particularmente importante para el surgimiento de un momento de quiebre del gobierno colonial, es la coyuntura que se abre en 1808, con el intento francés de sostener a José Napoleón Bonaparte como rey, luego de haber forzado la abdicación de Fernando VII. Intento sólo aceptado por las élites monárquicas de España e Hispanoamérica, pero rechazadas por los sectores subordinados de ambos lados, que más bien, reivindicando la vieja doctrina medioeval del *pactus traslationis* postularon la idea de que, a falta de rey legítimo, la soberanía se había trasladado al pueblo; y como tal, éste tenía derecho a reconstruir el gobierno, tal como efectivamente se intentó mediante la constitución de Juntas de gobierno locales que, aunque formalmente declaraban su fidelidad al *deseado* Fernando VII, capturado en París, planteó para los americanos, en el terreno concreto de la acción, el problema del autogobierno.

El retorno de Fernando VII al trono español agudizó esas contradicciones, ya que no sólo abolió la obra legislativa de las Cortes de Cádiz, incluyendo la Constitución de 1812, sino que optó por una política de confrontación con aquellos sectores americanos que reivindicaban mayor autonomía, declarándolos rebeldes y traidores. (Rey de Castro Arena, 2008, p. 117). Política que, en cuanto al virreinato del Perú, tuvo un eficaz implementador en el Virrey Abascal quien confrontó abiertamente a los rebeldes, pero intentó reafirmar, con cierto éxito, la fidelidad de las élites criollas.

La contrarrevolución impulsada por Abascal sólo había retrasado la hora de la independencia peruana. El triunfo de la causa independentista en Buenos Aires y Caracas, la continuidad del clima de descontento y rebeldía en gran parte del territorio y la ineficiente política del Virrey La Serna nos acercó a la hora de las definiciones, a pesar que la élite criolla era la menos proclive a la opción autonomista-separatista, impulsada más bien por sectores medios criollos y mestizos que apuntaban a liderar la configuración de un bloque nacional-popular, indispensable para la constitución de un Estado independiente.

Es en este contexto en el que hay que evaluar la importancia y el impacto de las declaraciones de independencia de los cabildos en 1821, sin olvidar en ningún momento que los procesos políticos y sociales no son meras consecuencias de eventos externos, sino que son fruto de sus propias contradicciones y circunstancias.

III. La formación de la voluntad independentista

La declaración a favor de la independencia por parte de los pueblos del Perú, no puede ser visto como un evento espontáneo y puntual. En realidad, fue fruto de un proceso largo y complejo en el que confluyen, cuando menos,

el creciente sentimiento de peruanidad entre los sectores criollos y mestizos, así como la progresiva conciencia acerca de que el gobierno colonial no era ya el adecuado para la realización de sus intereses materiales y morales.

La formación de la conciencia nacional es, por si mismo, un proceso de largo alcance y de carácter más estructural, en la medida que implicó un progresivo distanciamiento en el cual, como señala Rey de Castro Arena (2008, p. 24), «los americanos se dieron cuenta de su propia identidad, tomaron conciencia de su propia cultura y se hicieron celosos de sus propios recursos, es decir fueron adquiriendo una personalidad nacional».

La convicción sobre la necesidad de reformar o revolucionar el gobierno colonial también fue fruto de muchos desengaños, que fueron sedimentando la conciencia del carácter opresor y abusivo de la estructura política virreinal.

De hecho, diversos descontentos, conspiraciones varias y algunos alzamientos populares ahogados a sangre y fuego, intentados por diversos sectores subalternos, fueron socavando la legitimidad del gobierno colonial.

Waldemar Espinoza (2018, pp. 19-144) reveló una larga lista de alborotos y rebeliones indígenas y mestizos en el entonces Corregimiento de Cajamarca, entre los años 1756 a 1821, los mismos que si bien no tuvieron en la mira directa la ruptura con el gobierno colonial, si aportaron a formar, progresivamente, entre los actores sociales de aquellos movimientos la conciencia de la necesidad de su reforma o transformación.

Celendín no fue ajeno a ese ambiente de revueltas que anteceden a las luchas por la independencia. En la citada tesis de Espinoza (2018, pp. 77-82) se recuerda, por ejemplo, los alborotos contra los repartos, alcabalas y tributos ocurridos en el año de 1775, en el que pobladores de los diversos estamentos del entonces curato de Celendín: criollos, mestizos e indígenas se revelaron en contra de los abusos perpetrados y permitidos por el corregidor, sus recaudadores y repartidores, especialmente por el cobrador Raymundo Pereyra. Destacando el rol que le cupo en aquella revuelta a las familias Araujo y Silva, cabecillas de las reclamaciones y a don Francisco Javier de Alvarado y Esquivel, vecino del pueblo de Balsas, que fue nombrado Juez de comisión para averiguar los abusos denunciados por la población.

Siendo el caso que Alvarado, por fuerza de su genio idealista, excediéndose claramente en sus funciones, liberó a los afectados de los tributos reclamados, aunque luego fue desconocido por la autoridad que le delegó tal comisión y lo persiguió sin lograr detenerlo, al haberse asilado en el convento de La Merced de Chachapoyas, donde falleció años después.

Sobre este singular personaje, el historiador Waldemar Espinoza, escribe lo siguiente: «Es el único caso en la sierra septentrional del Perú en que un español criollo, ante las imploraciones de los indios y demás vasallos se convirtiera en el cabecilla y emprendiera dos aventuras quijotescas a deshacer entuertos y corregir errores; pero como don Quijote de la Mancha, en ambas retornó con el alma desecha y desbaratada a la aldea de su salida, mientras que Cobián (el corregidor) y Pereyra (el recaudador) llevaban a cabo sus berretines en Celendín». (2018, p. 82)

Fueron este tipo de hechos, en los que la justicia se ponía de parte de los delegados abusivos del gobierno colonial, los que fueron deslegitimando su autoridad entre la población, especialmente entre los estamentos medios y pobres de criollos y mestizos, generando progresivamente una voluntad de rebeldía que se materializaría pocos años después en la declaración de independencia.

Es importante remarcar que en la época del alzamiento que comentamos, Celendín aún no tenía el reconocimiento como centro poblado, aun cuando por su importante población elegía alcalde ordinario, pero sin regidores ni cabildo. (Espinoza Soriano, 2018, p. 77) El curato de Celendín estaba integrado por diversas haciendas y estancias, entre las que destacaban las de la Pura y Limpia Concepción, San Francisco de Guayabas, Sauce-MeléndeZ, San Francisco de Lllallán, San Juan Bautista de Jerez, San Agustín de Oxamarca, Santa Cruz del Tingo, Caguaypampa, Yutupata, San José de Pilco, Santiago de Huashmín, San Isidro del Huaucó, Llaguán, Taguán, etc.

Al parecer, los incidentes de 1775 no sólo marcaron el inicio del distanciamiento de parte importante de los celendinos de entonces respecto del Estado colonial, sino que también sirvió para afirmar su identidad con la patria chica, o sea la formación de un primer «*nosotros el pueblo*», que permitió, algunos años después, que los paisanos decidieran comprar un terreno para constituir el pueblo de Celendín, con el apoyo del obispo Baltazar Jaime Martínez de Compañón, quien estuvo de visita pastoral alrededor de 1783. Adquisición que se concretó en diciembre de 1785, dando inicio a las gestiones para su reconocimiento formal por la Corona Española, lo que efectivamente ocurrió el 19 de diciembre de 1802, cuando el Rey Carlos IV expidió la Real Cédula creando la Villa Amalia de Nuestra Señora del Carmen de Celendín. (Lescano Merino de Rodríguez, 2012)

La chispa patriótica ya había prendido entre los celendinos. Por eso, no sorprende encontrar, más tarde, entre los próceres de la independencia, a los hermanos Mateo, Micaela y Brígida Silva, emparentados con doña Matutina Silva, lideresa del motín de 1775 y fundadores del «Club Patriótico», quienes

conspiraron en Lima contra el autoritario Virrey Abascal, que logró apresar al primero de los nombrados en el Real Felipe. Siendo el caso, además, que el Libertador San Martín reconoció como «Patriota de la Libertad» a doña Brígida Silva Machuca. (Silva Rabanal, 2010, pp. 21-22)

Acerca de las conspiraciones del doctor Mateo Silva y su colega Antonio María de Pardo de 1809, inspiradas en la constitución de la Junta de gobierno de Quito, han escrito historiadores importantes como José Antonio Eguiguren y Benjamín Vicuña Mackenna, señalando que consistieron en un conjunto de planes insurreccionales no llevados a la práctica por ausencia de condiciones favorables a una propuesta separatista y por su temprana delación y represión; a pesar de lo cual, el sólo hecho que se hubieran concebido demostró que en el corazón del poder español en América, la Lima virreinal, existían peruanos con un sentimiento patriótico y una conciencia nacional que estaban convencidos de la necesidad de una renovación política. (Rey de Castro Arena, 2008, pp. 167-169)

Silva Rabanal señala que fue Juan de Burga, jefe político militar de la Villa Amalia de Celendín, quien recibió carta del entonces gobernador de Trujillo, el Marqués de Torre Tagle, fechada el 29 de diciembre de 1820, encargándole la convocatoria a un cabildo para proclamar la independencia de Celendín. De modo que la población, convocada por bando, se concentró en la plaza de armas, donde Juan de Burga «agitando la bandera peruana creada por San Martín y confeccionada por la dama celendina Brígida Silva Machuca proclamó la independencia en los siguientes términos: «Desde hoy 6 de enero de 1821, la Villa Amalia de Zelendín, es libre e independiente del poder español y de cualquier otro extranjero. ¡Viva la Patria! ¡Viva la libertad! ¡Viva la Villa Amalia de Zelendín! ¡Muera el despotismo! ¡Muera la tiranía!» (2010, pp. 24-25)

Esta declaración, ratificada en acta por los integrantes del Cabildo y vecinos notables de la Villa, fue confirmada mediante la formación de un pequeño grupo de jóvenes celendinos, encabezados por Juan Basilio Cortegana, que se alistaron formando un contingente de caballería denominado «Dragones Montados» que, más tarde, se integró a la «Legión Peruana de la Guardia» de tan memorable participación en las gestas de Junín y Ayacucho del año de 1824, en las que se selló, definitivamente, la independencia nacional. (Basadre Grohmann, 2005)

La declaración de la independencia de Celendín no sólo fue un acto formal, sino que como todo acto político que quiere ser eficiente y eficaz, se concretó también en un acto material de conformación de la fuerza armada patriótica decidida a conseguirla por la vía de la acción directa y por la fuerza, si ella fuera necesaria.

La declaración del 6 de enero de 1821 del cabildo de Celendín tiene, en ese sentido, idéntico valor que la declaración del cabildo de Lima del 15 de julio de 1821, fecha en la que el Conde de San Isidro, entonces alcalde de Lima, convocó a los vecinos en cabildo abierto con el objeto de suscribir un acta en favor de la independencia, la misma que fue firmada por los regidores perpetuos, los títulos de Castilla, los miembros de las órdenes militares y el cabildo eclesiástico y los titulares de las familias distinguidas, con el respaldo del pueblo llano, agolpado en las afueras del cabildo.

El Acta de la Independencia del cabildo de Lima firmada por 329 hombres de la ciudad, expresamente señala que «con el objeto de dar cumplimiento a lo prevenido en el oficio del Excmo. Señor General en jefe del ejército Libertador del Perú, Don José de San Martín, el día de ayer, cuyo tenor se ha leído, he impuesto de su contenido reducido a que las personas de conocida probidad, luces y patriotismo que habitan en esta Capital, expresen si la opinión general se halla decidida por la Independencia, cuyo voto le sirviese de norte al expresado Sr. General para proceder a la jura de ella. Todos los Srs. concurrentes, por sí y satisfechos, de la opinión de los habitantes de la Capital, dijeron: Que la voluntad general está decidida por la Independencia del Perú de la dominación española y de cualquiera otra extranjera y que para que se proceda a la sanción por medio del correspondiente juramento, se conteste con copia certificada de esta acta al mismo Excmo». (Touzzet Luna, 2020)

Las declaraciones de los cabildos fueron configurando, de este modo y por agregación, una voluntad general constitutiva de un «*nosotros el pueblo*» de carácter nacional, como bloque histórico capaz de autoconstituirse, más adelante, como Estado independiente.

IV. Los cabildos, la democracia directa y el poder constituyente

Los cabildos fueron antiguas instituciones coloniales españolas que tenían algunas funciones representativas y de gobierno local, que no tuvieron mucha relevancia frente a la poderosa maquinaria burocrático-militar de virreyes, corregidores, intendentes y gobernadores.

No obstante, como ya se dijo, los cabildos renacieron en la coyuntura de la invasión napoleónica a España y la captura de Fernando VII, al proponerse como base de Juntas de Gobierno que, en los casos más exitosos (Río de la Plata, Nueva Granada, Venezuela, Chile y Paraguay), mediante tumultuosos cabildos

abiertos, llegaron a deponer gobernantes coloniales y proclamaron la independencia. En otros casos, su vigencia fue efímera y hasta un fracaso como en el caso del Cuzco y Huánuco en el Perú. (Rey de Castro Arena, 2008, pp. 125-132)

El caso de los cabildos de la intendencia de Trujillo en 1821 es, sin embargo, la demostración más cabal de su potencialidad para representar la voluntad popular. Por eso, Jorge Basadre les atribuye fuerza determinante para la propia configuración separada e independiente de todas las repúblicas hispanoamericanas, a pesar de haber padecido juntas el dominio colonial y de haber luchado mano a mano por la independencia. Según el historiador tacneño, el hecho de la división de las repúblicas latinoamericanas: «No sólo fue por la voluntad de hombres ambiciosos que tenían las armas en las manos; funcionó también por el voto de los Congresos y los cabildos, entidades estas de tipo local, heredadas del régimen colonial, así como del clamor de los ‘Cabildos Abiertos’, asambleas multipartidarias en las ciudades grandes y pequeñas». (Basadre Grohmann, 2005, p. 23)

Esos cabildos, promotores de una activa participación de los sujetos más representativos de su comunidad, parecen haber tenido, en consecuencia, mucho más parecido con las formas de democracia directa propias de las *polis* griegas, no sólo porque no eran incompatibles con el carácter elitista y estamental de la sociedad colonial, que al igual que las ciudades estados griegas sólo comprendía a los hombres libres (excluyendo mujeres, pobres y esclavos), sino porque, a diferencia de las formas modernas de democracia, no se basaban en las categorías que caracterizan al individuo-persona y su larga lista de derechos fundamentales (Sartori, 2003). Les bastaba con la participación de los notables.

A pesar de esa limitación de origen, los cabildos lograron expresar la voz de sectores subalternos cansados de trescientos años de dominación y expoliación colonial, logrando formar, por agregación, una voluntad general a favor de la independencia de la patria. Desmintiendo en la práctica la opinión mayoritaria de aquella época que sostenía que las formas de democracia directa eran inaplicables a los grandes Estados, razón por las que se inclinaban por las formas de la democracia representativa.

De hecho, la experiencia de nuestros cabildos, hace recordar el origen y fundación de la democracia en los Estados Unidos, donde su origen republicano, a partir de pequeñas comunidades, nos proporciona un ejemplo histórico de cómo se logró alcanzar una expresión política directa para configurar un gran Estado. (Aguilera Portales, 2011, p. 163)

De otro lado, esta forma de configurar una decisión política fundamental por parte de un sujeto político ya constituido por sus componentes de autoconciencia histórica, nos recuerda el concepto de Poder Constituyente, en los términos expresados por Carl Schmitt (1996, pp. 45-46): «El acto constituyente no contiene como tal unas normaciones cualesquiera, sino, y precisamente por un único momento de decisión, la totalidad de la unidad política considerada en su particular forma de existencia. Este acto constituye la forma y modo de la unidad política, cuya existencia es anterior».

El constitucionalista alemán recuerda, en efecto, que «No es que la unidad política surja porque se haya «dado una Constitución». La Constitución en sentido positivo contiene sólo la determinación consciente de la concreta forma de conjunto por la cual se pronuncia o decide la unidad política. Esta forma se puede cambiar. Se pueden introducir fundamentalmente nuevas formas sin que el Estado, es decir, la unidad política del pueblo, cese. Pero siempre hay en el acto constituyente un sujeto capaz de obrar, que lo realiza con la voluntad de dar una Constitución. Tal Constitución es una decisión consciente que la unidad política, a través del titular del poder constituyente, adopta por sí misma y se da a sí misma».

Este concepto de acto constituyente, como una decisión consciente que fija la existencia política en su concreta forma de ser, se aprecia claramente en la fundación de los nuevos Estados, especialmente cuando surgen de revoluciones fundamentales.

De este modo, puede decirse, sin ningún tipo de duda, que las declaraciones a favor de la independencia hechas por los cabildos, hace casi ya 200 años, fueron las manifestaciones de un pueblo constituyente; un pueblo que, por sí y ante sí, se determina para conformarse como Estado independiente de «España y de cualquier otro poder extranjero» como se dijo entonces.

Esa declaración constituyó, finalmente, la «promesa de la vida peruana» de la que hablaba Jorge Basadre (1944). Una promesa de vida mejor en un país independiente, integrado, estable, sosteniblemente desarrollado e incluyente. Una promesa que, sin embargo, dos siglos después, aún reclama de realizaciones.

V. Conclusiones

La declaración de la independencia efectuada por el cabildo de Celendín el 6 de enero de 1821 constituye una de las muchas declaraciones que expresaron el acto constituyente de la primera república.

Acto de un pueblo constituyente que es fruto de una larga configuración de una comunidad nacional que, tras tres siglos de dominación colonial, ha ido tomando conciencia de su propia identidad, de su cultura y tiene la voluntad de autodeterminar su propio destino histórico.

En el caso de Celendín, su conformación histórica como comunidad política independiente tiene dos fases: una local y otra nacional. La primera conformación como «nosotros el pueblo» se materializa en la decisión de comprar el terreno para constituir la Villa Amalia (la patria chica), mientras que la segunda se conjunta con otras declaraciones similares para conformar el «nosotros el pueblo» del Perú independiente (la patria nacional).

En tiempos en que empezamos a tomar conciencia que la promesa de la vida peruana de aquel acto constituyente no ha sido plenamente realizada, tal vez convenga retomar el ejemplo de los fundadores de la primera república para intentar refundarla desde abajo, convocando el poder constituyente, pueblo por pueblo, en la mejor tradición democrática.

VI. Lista de Referencias

- AGUILERA PORTALES, R. E. (2011). *Constitución y democracia*. Lima: Grijley.
- BASADRE GROHMANN, J. (2005). *Historia de la República (1822-1933)* (Vol. I). Lima: Empresa Editora El Comercio S.A.
- BASADRE, J. (1944). *La promesa de la vida peruana*. Lima: Ediciones de la Revista Historia.
- ESPINOZA SORIANO, W. (2018). *Cajamarca, otras miradas etnohistóricas*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos / Gobierno Regional Cajamarca.
- GRAMSCI, A. (1980). *Notas sobre Maquiavelo, sobre la política y sobre el Estado moderno*. Madrid: Nueva visión.
- (2000). *Cuadernos de la cárcel* (Vol. II). Mexico: Era / Univesidad Autónoma de Puebla.
- LESCANO MERINO DE RODRÍGUEZ, C. (2012). *El advenio de Celendín*. Cajamarca: Fondo Editorial Lumina Copper.
- REY DE CASTRO ARENA, A. (2008). *El pensamiento político y la formación de la nacionalidad peruana, 1780 y 1820*. Lima: Fondo Editorial de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Sartori, G. (2003). *¿Qué es la democracia?* México: Taurus.

SCHMITT, C. (1996). *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial.

SILVA RABANAL, H. (2010). *Forjadores de la cultura celendina*. Celendín: Impresiones El Pacífico.

TOUZET LUNA, M. (14 de julio de 2020). <http://www.miraflores.gob.pe>. Obtenido de <http://www.miraflores.gob.pe/15-de-julio-hito-en-la-historia-de-la-independencia-del-peru/>

El proceso constitucional de cumplimiento y la eficacia disposiciones normativas que protegen derechos fundamentales

The constitutional process of compliance and the effectiveness of normative provisions that protect fundamental rights

QUISPE PONCE, María Candelaria(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Antecedentes del proceso constitucional de cumplimiento. III. Regulación jurídica del proceso de constitucional de cumplimiento. IV. Naturaleza jurídica del proceso de cumplimiento. V. El proceso de cumplimiento y la eficacia de normas legales que protegen derechos fundamentales de los pueblos indígenas. VI. El proceso de cumplimiento y la eficacia de normas legales que protegen derechos fundamentales de las personas con discapacidad. VII. Conclusiones. VIII. Lista de Referencias.

Resumen: La finalidad más importante del proceso constitucional de cumplimiento es la protección de la eficacia de las normas legales y de los actos administrativos que se dictan. Y, en aquellos casos en que el

(*) Doctora en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid. Máster en Derecho Constitucional por el Centro de Estudios Constitucionales de la Presidencia del Gobierno de España, profesora de pre y postgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

mandato cuyo cumplimiento se exige está directamente relacionado con uno o más derechos fundamentales, también puede ser un medio de «protección indirecta» de los derechos los derechos fundamentales. En el presente artículo se realiza un recuento de los antecedentes históricos en la práctica y en legislación constitucional del proceso de cumplimiento, poniendo énfasis en la constitución peruana. En ese sentido, se centra en analizar el proceso constitucional de cumplimiento desde la óptica de la protección indirecta de los derechos fundamentales de las personas en situación de vulnerabilidad como son las personas indígenas, las personas con discapacidad y las mujeres que se encuentran en situación de pobreza. Asimismo, fundamenta sus argumentos en tres casos emblemáticos, en donde el Tribunal Constitucional, a través del proceso de cumplimiento, ha protegido indirectamente los derechos fundamentales: derecho al uso de la propia lengua, derecho a los ajustes razonables, derechos sexuales y reproductivos, entre otros.

Palabras clave: Proceso de cumplimiento, derechos fundamentales, pueblos indígenas, derecho al agua, derechos sexuales y reproductivos

Abstract: *The most important purpose of the constitutional compliance process is to protect the effectiveness of the legal rules and administrative acts that are issued. And, in cases where the mandate required to be fulfilled is directly related to one or more fundamental rights, it can also be a means of ‘indirect protection’ of fundamental rights.*

This article recounts the historical background in practice and constitutional legislation of the compliance process, with emphasis on the Peruvian constitution. In this regard, it focuses on analyzing the constitutional process of compliance from the perspective of the indirect protection of the fundamental rights of persons in situations of vulnerability such as indigenous persons, persons with disabilities and women in a situation of poverty. It also bases its arguments on three emblematic cases, in which the Constitutional Court, through the compliance process, has indirectly protected fundamental rights: the right to use one’s own language, the right to reasonable accommodation, sexual and reproductive rights, among others.

Keywords: *Compliance process, fundamental rights, indigenous peoples, right to water, sexual and reproductive rights*

I. Introducción

El proceso constitucional de cumplimiento es un instituto procesal cuyo objetivo central reside en que los jueces/zas ordenen a las autoridades y funcionarios públicos dos cuestiones esenciales: (i) que cumplan con los mandatos que se derivan de una norma de rango legal o reglamento, y de los actos administrativos de carácter general o particular, y (ii) que se pronuncien expresamente

cuando las normas legales les ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento (Calle, *et al.*, 2019: 83; Landa, 2018: 147)⁽¹⁾.

El Tribunal Constitucional, por su parte, en reiterada jurisprudencia ha sostenido que el proceso constitucional de cumplimiento, como todos los procesos constitucionales, presenta una doble dimensión (STC 023-2005-AI/TC, fundamento 11; STC 04853-2004-AA/TC, fundamento 33): objetiva y subjetiva. En virtud de la primera, se constituye en un mecanismo de protección los de principios y los valores que informan todo el ordenamiento jurídico. En su dimensión subjetiva, constituye un medio de tutela de los derechos fundamentales. Desde esta óptica, el Alto Tribunal estima que:

«El proceso de cumplimiento no solamente debe procurar que se logre la eficacia del ordenamiento jurídico, asegurando que tanto las normas legales como los actos administrativos surtan plenos efectos, sino, además, la tutela de aquellos derechos fundamentales vinculados a aquella norma legal o acto administrativo cuyo cumplimiento se pretende» (STC 02576-2008-AC, fundamento 10).

De este modo, el Tribunal Constitucional establece dos cuestiones fundamentales en relación con los objetivos de este proceso constitucional. En primer lugar, que la finalidad esencial del proceso de cumplimiento es la protección de la eficacia de las normas legales y de los actos administrativos. En segundo lugar, que el proceso de cumplimiento también puede servir —en aquellos casos en que el mandato cuyo cumplimiento se exige está directamente relacionado con uno o más derechos fundamentales— como un medio de «**protección indirecta**» de los derechos los derechos fundamentales (STC 02576-2008-PC/TC, fundamento 9; STC 2002-2006-PC/TC, fundamento 18).

Bajo esta premisa, el presente trabajo se centra en el análisis del proceso constitucional de cumplimiento desde la óptica de la «**protección indirecta**» de los derechos fundamentales, más precisamente, se ocupa del cumplimiento de disposiciones normativas —de rango constitucional (STC 05427-2009-PC/TC, fundamento 15) o infraconstitucional— que protegen derechos fundamentales de las personas en situación de vulnerabilidad.

(1) Si bien la denominación adoptada por la Carta Fundamental de 1993 para designar a este instituto procesal es «Acción de cumplimiento» (artículo 200, inciso 6), siguiendo lo dispuesto por la primera disposición final del Código Procesal Constitucional, Ley N.º 28237, y la jurisprudencia del intérprete supremo de la Constitución, en este artículo se adoptará la denominación «Proceso de cumplimiento».

Ahora bien, aunque la «vulnerabilidad» como categoría jurídica es empleada cada vez con mayor frecuencia en las disposiciones normativas (convenciones internacionales)⁽²⁾, la doctrina y la jurisprudencia (Liedo, 2021; Barreré, 2016); su significado, no es ciertamente unívoco. Asimismo, como pone de relieve la iusfilósofa Susanna Pozzolo (2019), el uso de esta noción puede suponer ciertos peligros, entre los que destacan, los efectos discriminatorios o victimizadores que, frecuentemente conllevan. Sin embargo, aun teniendo en consideración estos problemas, la potencialidad que supone el uso de esta categoría en la praxis judicial es —a entender de La Barbera (2019)— la capacidad de dar cuenta de las causas estructurales que determinan las violaciones sistemáticas de derechos, abriendo la posibilidad de un abordaje de las violaciones de derechos en su dimensión sustantiva y transformativa.

El trabajo se estructura en dos partes. En la primera, se examina los antecedentes, la regulación y la naturaleza jurídica del proceso constitucional de cumplimiento. En la segunda parte se analizan tres sentencias emblemáticas del Tribunal Constitucional sobre el cumplimiento de disposiciones normativas que protegen derechos fundamentales de las personas en situación de vulnerabilidad: (i) personas indígenas (STC 06349-2015-PC/TC); (ii) personas con discapacidad (STC 04104-2013-PC/TC); y, (iii) mujeres en situación de pobreza (STC 7435-2006-PC/TC). Personas que, de acuerdo con los estándares fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, deben contar con una protección reforzada.

II. Antecedentes del proceso constitucional de cumplimiento

El origen remoto del proceso de cumplimiento se sitúa en derecho inglés medieval, concretamente, en la institución procesal del «writ of mandamus» (Landa, 2018; Ramelli, 2000). Esta institución habilitaba tanto a la Corona como

(2) A título de ejemplo se pueden citar, entre otros, el «Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados» (1995) que, reconoce las necesidades especiales de los niños, cuya situación económica, social y género les expone de manera especial a la vulneración de sus derechos a causa del reclutamiento o utilización en situación de hostilidad; y, la «Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familiares» (1990) que hace referencia a la situación de vulnerabilidad en la que, con frecuencia, se encuentran los trabajadores migrantes y sus familiares debido a la lejanía de su país de origen y a las dificultades que encuentran en el país donde trabajan.

a los particulares a solicitar a los jueces que ordenen a una autoridad renuente a cumplir de manera perentoria con un deber legal incumplido. El *mandamus* tuvo especial importancia durante la fase de consolidación del imperio británico (entre mediados de los siglos XVII y XIX), como un mecanismo que contribuía en el cumplimiento de las leyes y reglas del derecho común en una época en la cual el aparato administrativo del Estado inglés no alcanzaba a llegar a todos los confines del imperio (Calle, *et al.*, 2019).

Carletton K. Allen, en el título preliminar de la obra *Las fuentes del derecho inglés*, presenta la siguiente definición:

«El mandamus es un importante auto privilegiado, inventado con el propósito de salvar los defectos de la justicia. La Carta Magna obliga a la Corona a no negar justicia a nadie. Por tanto, si no hay otros medios para hacer justicia, se concede el auto de mandamiento para permitir que se haga justicia. Por tanto, cuando alguna autoridad pública o administrativa tiene un deber absoluto (no discrecional) de llevar a cabo una determinada función y, en demanda debidamente hecha se niega a realizarla, cualquier persona que tenga un interés legítimo y suficiente en su realización puede, con tal que carezca de otro recurso igualmente conveniente, benéfico y eficaz, recurrir al Tribunal Supremo solicitando un mandamiento que obligue a realizar el deber» (Allen, 1966).

Como se advierte, el «writ of mandamus» fue instituido como un remedio concreto a través del cual los jueces ingleses ejercían un control sobre la actividad de las autoridades administrativas (Ramelli, 2000).

Entre el importante número de instituciones jurídicas del antiguo *common law* inglés adoptados en los Estados Unidos de América se encuentra el «writ of mandamus». De hecho, como pone de relieve Dorado Porrás en su obra *Lucha por la Constitución* (2001), para los juristas de la colonia, tanto las instituciones del Derecho inglés como los autores ingleses (fundamentalmente, los clásicos), fueron su principal fuente de conocimiento del Derecho. En esa misma línea argumentativa, Cueva Fernández, en *De los niveladores a «Marbury vs. Madison»: la génesis de la democracia constitucional*, precisa que, «los colonos se habían llevado consigo, como si de propiedades se tratara, sus derechos ingleses, los cuales, por tanto, pasaban a heredarse» (2011: 295).

En efecto, uno de los casos más importantes de la historia del constitucionalismo americano, *Marbury versus Madison* (conocido como el «caso del mandamus»), decidido en 1803 por el Tribunal Supremo americano —causa

que marca la fecha de inicio de la historia del control de constitucionalidad (Tushnet, 2013;)⁽³⁾— tiene su origen en la petición de un «writ of mandamus»: William Marbury solicita al Tribunal Supremo para que conmine al secretario de Estado a enviar la comisión a la que el demandante tiene derecho y le permita, de este modo, ocupar el puesto para el que fue nombrado por John Adams, presidente de los Estados Unidos (Ahumada, 2006). De hecho, para Aguiar de Luque fue esta emblemática sentencia (Marbury Vs. Madison) la que permitió materializar la Judicial Review of Legislation. Instituto procesal a través del cual los constituyentes estadounidenses pretendieron y lograron dar contenido a uno de los principios básicos del texto constitucional de 1787: que los principios y reglas consagrados en la Constitución constituyen el supremo derecho que hay sobre la tierra (2019).

El sistema americano de justicia constitucional, junto con las instituciones heredadas del Derecho inglés e inspiradas en él, presenta —más allá de la innegable progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo kelseniano, al que alude Fernández Segado (2003)— una posición verdaderamente central en el desarrollo del derecho constitucional de los países del continente americano (concretamente, latinoamericano). La centralidad de su influencia se evidencia con mayor fuerza, ciertamente, a partir de la última década de siglo XX, con la promulgación de Constituciones que, de ser consideradas «meras Cartas políticas» sin fuerza vinculante, adquieren Carta de naturaleza de verdaderas Normas jurídicas Fundamentales —en el caso peruano a partir de la Constitución de 1979 (Ramos Núñez, 2018)⁽⁴⁾—, revestidas de supremacía y dotadas de órganos jurisdiccionales —concentrados, difusos y/o mixtos— e institutos jurídicos destinados a garantizar dicha supremacía (Ferrerres Comellas, 2011).

(3) En el relato estándar de la historia constitucional, el Caso Marbury vs Madison marca el inicio del control de constitucionalidad de las leyes. Sin embargo, diversos autores precisan que antes de este emblemático caso ya había un robusto desarrollo de esta idea. En ese sentido, Mark Tushnet en *Constitucionalismo y Judicial Review*, sostiene que incluso antes de este caso, los jueces habían asumido que tenían el poder para anular normas (Tushnet, 2013).

(4) La Constitución de 1979, décima primera de la historia constitucional del Perú, fue la que introdujo el control concentrado de la Constitución a través de un órgano concreto: el Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC). Hasta entonces, sostiene Ramos Núñez en su obra *La letra de la Ley. Historia de las constituciones del Perú*, «se había privilegiado únicamente el control político, a cargo ya sea del Congreso o del Consejo de Estado». (Ramos Núñez, 2018: 102).

Pues bien, entre los instrumentos de naturaleza judicial destinados resguardar la supremacía de la Constitución y —en el marco de un Estado Constitucional— asegurar la vigencia efectiva de los derechos, principios y valores que reconoce y garantiza, se instituyen los procesos constitucionales⁽⁵⁾. La acción de cumplimiento es uno de los institutos procesales que fueron incorporados en las Cartas Fundamentales de diversos países de América Latina, entre las que destacan, la Constitución de Colombia de 1991; la Constitución de Bolivia de 2009; la Constitución de Ecuador de 2008 —país en el que adopta la denominación de acciones constitucionales por incumplimiento y de incumplimiento— y la Constitución de Perú de 1993. En ese sentido, Castro Patiño, estima que el proceso constitucional de cumplimiento es uno de los más novedosos mecanismos de exigibilidad del cumplimiento de la ley y de las normas administrativas incorporadas en las Cartas Fundamentales de los países de la Comunidad Andina de Naciones (2017).

En una interesante obra colectiva recientemente reeditada bajo el título «*Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*», Campuzano Gallegos (2021) pone de relieve dos cuestiones sobre la regulación de este instituto procesal en Colombia y Bolivia. En el primero de los países, fue incorporado en el artículo 87 de la Constitución de 1991. Este artículo preceptúa que toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente al cumplimiento del deber omitido. Asimismo, de acuerdo con la disposición reglamentaria, Ley 393 de 1997, son los juzgados contencioso-administrativos y el Consejo de Estado los encargados de esta tarea. En el caso de Bolivia, este instituto procesal se incorpora en el artículo 134 de la Constitución. El precepto dispone lo siguiente: «la acción de cumplimiento procederá en caso de incumplimiento de disposiciones

-
- (5) En el caso peruano, los procesos constitucionales destinados a preservar la supremacía de la Constitución y la vigencia de los derechos fundamentales diseñados por el constituyente se encuentran consagrados en los artículos 200 y 202.3 de la Constitución de 1993. El proceso de inconstitucionalidad y la acción popular, cuya finalidad es garantizar la supremacía jurídica de la Constitución frente a la ley, las ordenanzas regionales y locales y demás normas administrativas; el conflicto de competencias mediante el que se resuelven las controversias entre los poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) organismos constitucionalmente autónomos (JNE, BCRP, SBS, entre otros) y los niveles de gobierno central, regional y municipal, por el ejercicio de competencias y funcionales asignados por la Constitución; y, los procesos de amparo, habeas corpus, habeas data y cumplimiento tienen por objeto proteger los derechos fundamentales frente a hechos o actos de las autoridades públicas y de los particulares. (Landa, 2018).

constitucionales o de la ley por parte de servidores públicos, con el objeto de garantizar la ejecución de la norma omitida».

Para el caso de Ecuador, Castro Patiño (2020), en la obra publicada bajo el título «Las acciones constitucionales por incumplimiento y de cumplimiento en los países de la Comunidad Andina de Naciones. Especial referencia al caso ecuatoriano», examina la configuración normativa y jurisprudencial de este instituto procesal, el autor de la obra —que, tiene origen en su tesis doctoral— estima que el incumplimiento por acción u omisión de las disposiciones legales o de las normas administrativas de carácter general, así como de las sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, vulnera principios básicos del Estado constitucional, que están elevados a rango constitucional, como la seguridad jurídica la tutela judicial efectiva, el principio de legalidad y el derecho implícito que tenemos todos los gobernados a que las leyes y las normas administrativas se cumplan.

La acción por incumplimiento diseñada por la Constitución de Ecuador comprende también la posibilidad de exigir el cumplimiento de sentencias (Castro Patiño, 2017). En ese sentido, Soto Calderón (2018), en un trabajo publicado bajo el título de «La acción de incumplimiento y su comportamiento jurídico en el Ecuador durante los años 2009 a 2018» en el que examina los principales elementos conceptuales y legales sobre la acción de incumplimiento de sentencias, dictámenes y resoluciones constitucionales, precisa lo siguiente:

«La acción de incumplimiento es una garantía constitucional que tiene por objeto la protección y tutela para cumplimiento inmediato de sentencias, dictámenes y resoluciones constitucionales; por su parte la acción por incumplimiento tiene por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias, decisiones o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos» (2018: 148).

Se advierte, en consecuencia, que si bien el proceso constitucional de cumplimiento preceptuado, entre otras, por las Cartas Fundamentales de Colombia, Bolivia, Ecuador y Perú, comparte, en líneas generales, un origen remoto común; sin embargo, presenta peculiaridades concretas que se traducen en instrumentos procesales con configuraciones diversas. De ahí que, autores como Castro Patiño (2020), estimen necesario un esfuerzo de unificación de diseños institucionales que generen el cumplimiento de los objetivos de este instituto procesal, compartido por estos países, en el marco de los Estados Constitucionales instituidos, fundamentalmente, a partir de la última década del siglo XX.

III. Regulación jurídica del proceso de constitucional de cumplimiento

Doce constituciones han regido en el Perú desde su nacimiento como República libre e independiente, en 1821. Desde esta fecha, puede hablarse, ciertamente, del inicio del constitucionalismo peruano (García Belaúnde, 2016)⁽⁶⁾. No obstante, Ramos Núñez (2018) en *La letra de la ley. Historia de las Constituciones*, pone de relieve que si bien la primera Constitución del Perú fue promulgada en 1823; sin embargo, el constitucionalismo peruano inició propiamente con la Constitución de Cádiz de 1812, en cuya deliberación participaron diputados peruanos. De entre estas doce Cartas Fundamentales —prolífica producción— sólo la Constitución de 1993, décimo segunda Carta Magna del Perú, vigente en la actualidad, consagra el proceso constitucional de cumplimiento, entre los siete procesos constitucionales destinados a garantizar la supremacía de la Constitución y la vigencia de los derechos fundamentales⁽⁷⁾.

En efecto, la Constitución de 1993, en su título V, «De las Garantías Constitucionales», regula: (i) los procesos constitucionales y, (ii) la estructura y funciones del Tribunal Constitucional. Si bien la Carta Fundamental mantiene la denominación de estos institutos procesales: «Garantías Constitucionales», adoptada por su predecesora, la Constitución de 1979, efectúa dos cambios sustanciales. En primer lugar, cambia la denominación del intérprete supremo de la Constitución, de Tribunal de Garantías Constitucionales a Tribunal Constitucional, también su composición y la forma de elección de los integrantes del Alto Tribunal (artículo 201 de la Constitución). En segundo lugar, amplía el número de los procesos constitucionales, concretamente, incorpora tres procesos: (1) el proceso constitucional de conflictos de competencia, o atribuciones; (2) el proceso constitucional de hábeas data; y, (3) el proceso constitucional de cumplimiento (Abad, 2019).

(6) Ramos Núñez (2018) en *La letra de la ley. Historia de las Constituciones*, sostiene que si bien la primera Constitución del Perú es la de 1823; sin embargo, el constitucionalismo peruano se inició propiamente, sostiene el historiador del Derecho, con la Constitución de Cádiz de 1812.

(7) Como es ampliamente conocido, la Constitución de 1993 consagra siete procesos constitucionales destinados a garantizar (i) la supremacía de la Constitución y (ii) la vigencia efectiva de los derechos fundamentales. El proceso de hábeas corpus, el proceso de amparo, el proceso de hábeas data, el proceso de cumplimiento, el proceso de acción popular, el proceso de inconstitucionalidad; y, el proceso competencial (artículo 200 y 202, inciso 3).

El proceso constitucional de cumplimiento, materia de análisis del presente trabajo, se encuentra regulado en el artículo 200, inciso 6º de la Carta Fundamental que, a la letra prescribe que, son garantías constitucionales:

«La acción de cumplimiento, que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley».

Como es natural en el marco del Estado Constitucional, la obra del constituyente ha sido completada por el legislador y por el Juez Constitucional, más precisamente, por el Tribunal Constitucional. Veamos:

El legislador del Código Procesal Constitucional de 2004 (Ley N.º 28237) destinó todo un título, compuesto por 9 artículos (del 66 al 74), al proceso de cumplimiento, superando ampliamente la ínfima atención que la Ley N.º 26301- Ley de Hábeas Data y Acción de Cumplimiento, le dispensara. El 23 de julio de 2021, se publicó en el Diario Oficial *El Peruano*, la Ley 31307, Nuevo Código Procesal Constitucional. El legislador de este Código también destina un capítulo, compuesto de 9 artículos (del 65 al 73).

En efecto, en el Título V del Código Procesal Constitucional de 2021 se precisan tres cuestiones básicas sobre este proceso. En primer lugar, el objeto del proceso de cumplimiento que, de acuerdo con la dicción literal de la disposición es ordenar que el funcionario o autoridad pública renuente:

- «1) Dé cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo firme; o
- 2) Se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenen emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento» (artículo 65º)

En segundo lugar, se precisan cuatro reglas aplicables para resolver la demanda (artículo 66) y la legitimación activa y pasiva de este proceso, haciendo una distinción clara de quiénes son los sujetos legitimados para iniciar el proceso de cumplimiento normas con rango de ley y reglamento, y quiénes en el caso de que el proceso tenga por objeto hacer efectivo el cumplimiento de un acto administrativo (artículo 67). Se establece, asimismo, quiénes son los sujetos pasivos de este proceso constitucional (artículo 68). En tercer lugar, este capítulo se ocupa de precisar el requisito especial de procedencia de la demanda (artículo 69) y las causales de improcedencia, en concreto, introduce ocho causales de improcedencia (artículo 70).

Por su parte, el Tribunal Constitucional establece con carácter de precedente —emitido conforme lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional de 2004 (regulado en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional de 2021)— requisitos específicos para la procedencia de los procesos de cumplimiento, los mismos que se hallan expresados en los fundamentos 14, 15, y 16 de la conocida sentencia recaída en el expediente 0168-2005-PC/TC, caso «Maximiliano Villanueva Valverde»⁽⁸⁾. En concreto, establece los criterios para identificar el «mandamus» susceptible de tutela a través de este proceso. El Alto Tribunal, sostiene que, en el marco de su función de ordenación es indispensable el establecimiento de determinados requisitos mínimos comunes a los mandatos contenidos en las normas legales y actos administrativos cuyo cumplimiento se exige, los mismos que han sido desarrollados a través de la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional a fin de no desnaturalizar el carácter breve y expeditivo del proceso de cumplimiento (fundamento 23).

En el primer fundamento establecido como precedente, se precisan los requisitos mínimos del «mandamus». La dicción literal es la siguiente: «para que el cumplimiento de la norma legal, la ejecución del acto administrativo y la orden de emisión de una resolución sean exigibles a través del proceso de cumplimiento, además de la renuencia del funcionario o autoridad pública, el mandato contenido en aquellos deberá contar con los siguientes requisitos mínimos comunes:

- a) Ser un mandato vigente.
- b) Ser un mandato cierto y claro, es decir, debe inferirse indubitablemente de la norma legal o del acto administrativo.
- c) No estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares.
- d) Ser de ineludible y obligatorio cumplimiento.
- e) Ser incondicional» (...) (Fundamento 14)

(8) El Tribunal Constitucional resuelve, «Declarar que los criterios de procedibilidad de las demandas de cumplimiento, previstos en los fundamentos 14, 15 y 16, *supra*, constituyen precedente vinculante inmediato, de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del CPCConst.; motivo por el cual, a partir del día siguiente de la publicación de la presente sentencia en el diario oficial *El Peruano*, toda demanda de cumplimiento que sea presentada o que se encuentre en trámite y que no cumpla con tales condiciones, debe ser declarada improcedente» (STC 0168-2005-PC/TC)

En el segundo fundamento prescrito como precedente, el Tribunal Constitucional presenta una suerte de justificación de la configuración de los precitados requisitos. Así, señala que, «estos requisitos mínimos se justifican porque el proceso de cumplimiento, diseñado por nuestra Constitución y el Código Procesal Constitucional, dado su carácter sumario y breve, no es el adecuado para discutir los contenidos de normas generales cuyos mandatos no tienen las características mínimas a que hemos hecho referencia, o de normas legales superpuestas que remiten a otras, y estas a su vez a otras, lo cual implica una actividad interpretativa compleja que, en rigor, debe llevarse a cabo a través de las vías procedimentales específicas» (Fundamento 15).

Finalmente, en el tercer fundamento establecido como precedente, el Tribunal Constitucional estipula que, «en este tipo de procesos el funcionario o autoridad pública tiene un deber absoluto de acatamiento de la norma legal o del acto administrativo, no siendo posible ningún tipo de discrecionalidad de su parte. Asimismo, en ellos los derechos del demandante son prácticamente incuestionables, de modo que, comprobada la renuencia y el incumplimiento de la norma legal o el acto administrativo conforme a las pautas descritas, de ineludible cumplimiento, corresponderá amparar la demanda (...)» (Fundamento 16).

El Alto Tribunal concluye señalando que, las precitadas características básicas del proceso de cumplimiento responden al diseño establecido por la Constitución y el Código Procesal Constitucional, preservando, en última instancia, «su carácter especial de ser un proceso de condena, de ejecución, breve, sumario, donde la actividad probatoria es mínima». Un proceso rápido y, sobre todo, eficaz.

IV. Naturaleza jurídica del proceso de cumplimiento

El constituyente de 1993 consagra el «proceso de cumplimiento», junto con el proceso de hábeas corpus, amparo, hábeas data, proceso de inconstitucionalidad, acción popular y competencial, en el Título V de la Constitución, reservado a las «garantías constitucionales». Esta configuración efectuada por el constituyente refleja, a entender de León Vásquez (2009), su importancia como instrumento de tutela subjetivo y objetivo de un específico ámbito de protección constitucional. Ahora bien, más allá del reconocimiento explícito del carácter constitucional conferido por el constituyente a este proceso, lo cierto es que, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se ha generado un debate —aún persistente— sobre la naturaleza constitucional del proceso de cumplimiento.

En el primer escenario, es decir, en el ámbito de la doctrina, se presentan hasta dos puntos de vista claramente divergentes en torno a la naturaleza

jurídica del proceso de cumplimiento. (i) Por un lado, se encuentran quienes objetan la naturaleza constitucional de este proceso. En este ámbito se sitúa, entre otros autores, Abad Yupanqui, para quien el proceso de cumplimiento no es, en rigor, un proceso constitucional. La razón que esgrime el autor es que este proceso «no garantiza de modo inmediato y directo la tutela de los derechos fundamentales o el principio de supremacía constitucional» (2018: 78). Otro de los argumentos que abonan la propuesta que objeta el carácter constitucional del proceso de cumplimiento se centra en su objeto de protección, se sostiene que, al estar vinculado con el cumplimiento de normas y actos de la administración, el proceso de cumplimiento es de carácter administrativo y no constitucional. En consecuencia, se encontraría enmarcado en ámbito del derecho administrativo, más precisamente, se trataría de un proceso administrativo constitucionalizado. (Landa, 2018; León, 2009)

La consecuencia de esta consideración objetora —que le niega el carácter de proceso constitucional— es postular la supresión del proceso de cumplimiento de la Constitución. Se argumenta que el ámbito de protección del proceso de cumplimiento se puede subsumir en el proceso de amparo y/o en el proceso contencioso administrativo. De hecho, la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional peruana, constituida en el proceso de «transición política» liderada por Valentín Paniagua Corazao que, entre otros, abordó el tema de las garantías constitucionales, sostuvo lo siguiente:

«En la medida que la Acción de Cumplimiento no tiene por finalidad específica la defensa de los derechos humanos o la supremacía constitucional se propone su eliminación constitucional autónoma. En rigor, dicho proceso constituye una modalidad del proceso contencioso administrativo frente a las omisiones de la administración pública» (2001: 820).

(ii) Por otro lado, se encuentran quienes defienden la naturaleza constitucional del proceso de cumplimiento. Este punto de vista, en la doctrina, estaría representado, entre otros autores, por Landa Arroyo, para quien el proceso de cumplimiento sería un auténtico proceso constitucional. Las razones que esgrime el autor son, básicamente tres. En primer lugar, sostiene que este proceso tiene la finalidad de tutelar un derecho fundamental específico: asegurar la eficacia y exigir el cumplimiento de las normas jurídicas y actos administrativos emitidos, así como que se dicten los reglamentos y resoluciones administrativas faltantes que manda la Ley. En segundo lugar, estima que el proceso de cumplimiento es un mecanismo de protección indirecta de otros derechos fundamentales. En tercer lugar, considera que el proceso de cumplimiento comparte

las características de todo proceso constitucional, especialmente el principio de adecuación de formalidades a los fines de los procesos constitucionales: forma parte de la tutela de urgencia, con un procedimiento sumario y sujeto a los principios previstos en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (2018: 148-149).

En el segundo escenario, esto es, en el ámbito de la jurisprudencia, se advierte que el Tribunal Constitucional desarrolla hasta dos criterios ciertamente divergentes en relación con la naturaleza jurídica del proceso de cumplimiento. Así, en una primera etapa, el Alto Tribunal sostiene que:

«La acción de cumplimiento es un ‘proceso constitucionalizado’ que, prima facie, no tiene por objeto la protección de un derecho o principio constitucional, sino la de derechos legales y de orden administrativo, mediante el control de la inacción administrativa. Se trata, por tanto, de un ‘proceso constitucionalizado’, como, a su vez lo es el contencioso-administrativo, y no en estricto de un ‘proceso constitucional’, toda vez que en su seno no se resuelven controversias que versen sobre materia constitucional, aun cuando este haya sido creado directamente por la Constitución (artículo 200, inciso 6)» (STC 0191-2003-AC/TC, fundamento 21).

En una segunda etapa, el Tribunal Constitucional cambió de criterio y establece que el proceso constitucional es un proceso constitucional que tiene por finalidad defender la eficacia de las normas legales y actos administrativos. Así, establece que:

«(...) Conforme a los artículos 3º, 43º y 45º de la Constitución, el Tribunal Constitucional reconoce la configuración del derecho constitucional a asegurar y exigir la eficacia de las normas legales y de los actos administrativos. Por tanto, cuando una autoridad o funcionario es renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo que incide en los derechos de las personas o, incluso, cuando se trate de los casos a que se refiere el artículo 65.º del Código Procesal Constitucional (relativos a la defensa de los derechos con intereses difusos o colectivos en el proceso de cumplimiento), surge el derecho de defender la eficacia de las normas legales y actos administrativos a través del proceso constitucional de cumplimiento». (STC 00168-2005-AC/TC, fundamento 7).

Asimismo, el Tribunal Constitucional sostiene que el acatamiento de una norma legal o un acto administrativo tiene su más importante manifestación en el nivel de su eficacia. Por tanto, así como el proceso de hábeas data tiene por objeto esencial la protección de los derechos a la intimidad, acceso a la infor-

mación pública y autodeterminación informativa, el proceso de cumplimiento tiene como finalidad proteger el derecho constitucional de defender la eficacia de las normas legales y actos administrativos. En efecto, para el Alto Tribunal:

«Con este proceso constitucional el Estado social y democrático de derecho que reconoce la Constitución (artículos 3º y 43º), el deber de los peruanos de respetar y cumplir la Constitución y el ordenamiento jurídico (artículo 38º) y la jerarquía normativa de nuestro ordenamiento jurídico (artículo 51º) serán reales, porque, en caso de la renuencia de las autoridades o funcionarios a acatar una norma legal o un acto administrativo, los ciudadanos tendrán un mecanismo de protección destinado a lograr su acatamiento y, por ende, su eficacia». (STC 00168-2005-AC/TC, fundamento 11)

V. El proceso de cumplimiento y la eficacia de normas legales que protegen derechos fundamentales de los pueblos indígenas.

En el año 2014, Santiago Manuin Valera (líder indígena Awajún) y Wrays Pérez Ramírez (líder indígena Wampis), inician un proceso constitucional de cumplimiento contra el Presidente de la Corte Superior de Justicia de Amazonas con el propósito de hacer efectivo el *mandato* dispuesto en (i) una norma legal de carácter procesal y (ii) en una norma constitucional. Se exige el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 114, incisos 2 y 3, del Código Procesal Penal (Decreto Legislativo N.º 957), que prescribe lo siguiente:

«[...] 2. Cuando una persona no comprenda el idioma o no se exprese con facilidad, se le brindará la ayuda necesaria para que el acto pueda desarrollarse regularmente.

3. Deberá proveérseles traductor o intérprete, según corresponda, a las personas que ignoren el castellano, a quienes se les permita hacer uso de su propio idioma, así como a los sordomudos y a quienes tengan algún impedimento para darse a entender».

Se exige, asimismo, el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo el inciso 19 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado, que a la letra prescribe:

«Toda persona tiene derecho: a su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación. Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete».

En concreto, los demandantes solicitan que, en cumplimiento del *mandato* prescrito en las precitadas normas, la Corte Superior de Justicia de Amazonas cumpla con proveer, de manera permanente y potencial, a los miembros de la etnia awajun wampis que no hablen idioma castellano o tengan problemas para entenderlo, intérpretes que cuenten con conocimientos jurídicos que les permitan traducir a dicho idioma los términos propios de los procesos penales que enfrenten en dicha Corte cuando sea requerido.

La demanda fue desestimada tanto en primera como en segunda instancia. En efecto, el Juzgado Mixto Penal Unipersonal de Condorcanqui de la Corte Superior de Justicia de Amazonas declaró infundada la demanda por considerar que el mandato cuyo cumplimiento se exige debe ser cumplido dentro de un proceso judicial específico por parte de los magistrados que conocen el caso y no por el presidente de la Corte Superior de Justicia, quien carece de legitimidad pasiva para ser emplazado por estar fuera de sus atribuciones. La Sala Mixta Descentralizada de Utcubamba de la Corte Superior de Justicia de Amazonas confirmó la sentencia de primera instancia por estimar que, en autos no obran actas de audiencias de cuyo contenido se pueda evidenciar que los distintos órganos jurisdiccionales de la Corte Superior de Justicia de Amazonas hayan omitido designar intérpretes a los procesados awajun-wampis en los diversos procesos penales que afrontan respecto al caso «Baguazo». De acuerdo con la Sala, por el contrario, en dicho proceso penal se advierte que los procesados cuentan con un intérprete. En consecuencia, considera que no se advierte que se haya producido incumplimiento alguno. Contra la sentencia de vista, los recurrentes interponen recurso de agravio constitucional.

El Tribunal Constitucional, mediante sentencia publicada en su portal web institucional el 07 de septiembre de 2020 (Expediente N.º 06349-2015-PC/TC), declara fundada la demanda por considerar que se ha acreditado la renuencia de la Corte Superior de Justicia de Amazonas en dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 114, incisos 2 y 3, del Código Procesal Penal, en el sentido de proporcionar a los miembros de la etnia nativa awajun-wampis que carezcan de conocimientos del idioma castellano o que tengan problemas para entenderlo un intérprete en dichos idiomas, para todos los procesos que ellos enfrenten en la mencionada Corte Superior. Ordena, en consecuencia, que se dé cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 114, incisos 2 y 3, del Código Procesal Penal, en el plazo máximo de 10 días.

Como se advierte, en esta emblemática sentencia, el Tribunal Constitucional no solo se limita a ordenar el cumplimiento del *mandamus* contenido en los incisos 2 y 3 del artículo 114 del Código Procesal Penal, para los demandantes,

los líderes indígenas Santiago Manuin Valera y Wrays Pérez Ramírez, sino que extiende los alcances del fallo para la totalidad de procesos a los cuales se enfrenten los miembros de la etnia nativa awajun-wampis en los que por razones de desconocimiento o limitaciones idiomáticas requieran de un intérprete en dichos idiomas. De este modo, a través de este pronunciamiento, el Alto Tribunal, protege —indirectamente— el derecho fundamental de las personas indígenas a expresarse ante la autoridad en su propio idioma. En efecto, en el fundamento central del fallo (fundamento 8) expresa dos cuestiones esenciales que inciden en los derechos de los pueblos indígenas.

En primer lugar, el Tribunal Constitucional sostiene que la renuencia del Presidente de la Corte Superior de Justicia de Amazonas de proveer de *manera permanente y potencial* intérpretes a los procesados que pertenezcan a los pueblos indígenas awajun-wampis y que no entiendan el idioma español o tengan dificultad para entenderlo, no solamente afecta el mandato contenido en la norma procesal —incisos 2 y 3 del artículo 114 del Código Procesal Penal—, sino que también representa una afectación grave al contenido constitucionalmente protegido del derecho que tienen los recurrentes a expresarse en su propio idioma ante las autoridades judiciales. Precisa, asimismo, que si la autoridad jurisdiccional carece absolutamente de un servicio permanente y potencial de intérpretes que permitan expresarse a los procesados en un idioma conocido por ellos o si dicho servicio es meramente contingente y sujeto a interrupciones, no se está dando cumplimiento efectivo al mandato tanto de los incisos 2 y 3 del artículo 114 del Código Procesal Penal como del inciso 19 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado.

En segundo lugar, establece como regla general el siguiente enunciado: si una persona, cuya lengua materna es diferente al idioma en el cual se desarrolla el proceso judicial que enfrente, carece de conocimiento de dicho idioma o tiene problemas para entenderlo, el órgano judicial competente tiene la obligación constitucional de poner a disposición de manera permanente y potencial intérpretes legos en derecho que estén en capacidad de traducir al idioma materno de dicha persona las circunstancias fácticas y jurídicas propias del proceso que enfrenta. En ese sentido, sostiene el intérprete supremo de la Constitución, ante el derecho subjetivo de los ciudadanos a expresarse ante la autoridad en su propio idioma, corresponde correlativamente *un deber por parte del Estado* de poner a disposición de los procesados de manera permanente y potencial intérpretes que permitan al titular del derecho subjetivo expresarse en su propio idioma ante la autoridad. Estima que solo de esta manera se da un cumplimiento cabal al *mandamus* contenido en la norma procesal cuyo

cumplimiento se exige a través de este proceso: incisos 2 y 3 del artículo 114 del Código Procesal Penal.

Teniendo en consideración la realidad pluriétnica y multicultural del Perú, en reiterada jurisprudencia el Tribunal Constitucional ha puesto especial énfasis en la imperiosa necesidad de hacer efectivo el cumplimiento del mandato contenido en el inciso 19, del artículo 2 de la Constitución para el trámite de los procesos constitucionales de tutela de derechos (STC 0367-2016-PHC/TC, fundamento 41). Desde esta óptica, en distintos procesos de tutela se ha pronunciado sobre la protección del derecho fundamental de los ciudadanos a expresarse ante la autoridad en su propio idioma. A título de ejemplo se pueden citar tres fallos. En primer lugar, el proceso de amparo 0889-2017-PA/TC, en el que declaró un **Estado de Cosas Inconstitucional (ECI)** la ausencia de vigencia efectiva del derecho a que el Estado peruano se comunique oficialmente en lenguas originarias en las zonas del país donde estas son predominantes, conforme lo disponen el artículo 48 de la Constitución, la Ley de Lenguas, su reglamento y la Política Nacional de Lenguas Originarias, Tradición Oral e Interculturalidad.

En segundo lugar, el proceso de hábeas corpus 7731-2013-PHC/TC, en el que el Tribunal Constitucional reitera que, el derecho de defensa no sería posible si, en el seno de un proceso, no se nombra intérprete a aquella parte que tiene como idioma propio uno distinto al castellano y, en consecuencia, no tiene la posibilidad de entender el idioma usado en los tribunales, a fin de ejercer su derecho de defensa constitucionalmente protegido (fundamento 6).

En tercer lugar, el proceso de hábeas corpus 00367-2016-PHC/TC, en el que se dispone que todos los jueces que tengan a su cargo el trámite de procesos constitucionales en los que participen ciudadanos peruanos que se autoidentifiquen como miembros de comunidades indígenas, adopten las medidas necesarias a fin de garantizar su derecho a usar su propio idioma a través de un intérprete durante todo el trámite del proceso (fundamento 42). Asimismo, en esta sentencia se declara Doctrina Constitucional vinculante —en atención a lo dispuesto por el artículo VI del Código Procesal Constitucional— el fundamento 44 en el que enuncia principios que permitan brindar mejores herramientas al juez constitucional para brindar tutela judicial efectiva a favor de las personas indígenas. Entre los que figuran: el principio de acceso a la justicia diferenciada; principio de derecho de defensa; principio pro persona; principio pro pueblo indígena; principio de no discriminación; principio de equidad jurídica; principio de acción afirmativa; trato con respeto a la diferencia cultural; no revictimización; protección a la identidad e integridad de grupo; principio a ser informado de manera adecuada (Fundamento 44).

VI. El proceso de cumplimiento y la eficacia de normas legales que protegen derechos fundamentales de las personas con discapacidad

En el año 2012, Luis Diomodes Tinoco (Presidente de la Federación Regional de Personas con Discapacidad de Junín) inició un proceso constitucional de cumplimiento con el propósito de hacer efectivos *dos mandatos* dispuestos por la Ley N.º 27050, Ley General de las Personas con Discapacidad. Se exigió el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley N.º 27050, modificado por el artículo 1 de la Ley N.º 28164, que dispone la creación de la Oficina Regional para la atención de las personas con discapacidad OREDIS; y, el artículo 33 de la misma disposición normativa (Ley N.º 27050, modificada por el artículo 1 de la Ley N.º 28164), que establece la obligación de los gobiernos regionales de contratar personas con discapacidad en una proporción no inferior al 3% de la totalidad de su personal.

En concreto, el demandante solicita que el gobierno Regional de Junín cumpla con lo siguiente:

- (i) Que cumpla con crear e implementar la Oficina Regional para la Atención de las Personas con Discapacidad - Oredis, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley N.º 27050, modificado por el artículo 1 de la Ley N.º 28164.
- (ii) Que cumpla con contratar a personas con discapacidad en el porcentaje que establece el artículo 33 de la Ley 27050.

La demanda fue desestimada tanto en primera como en segunda instancia. En efecto, el Primer Juzgado Civil de Huancayo declara improcedente la demanda por tres razones básicas. En primer lugar, por considerar que el mandato cuyo cumplimiento se pretende no reúne los requisitos de procedencia establecidos en la STC O 168-2005-PC/TC, dado que se requiere demostrar que la demandada tiene la capacidad de implementar en forma adecuada con personal a cargo, infraestructura y presupuesto la oficina reclamada, lo que no puede hacerse en vía del proceso de cumplimiento por carecer esta de etapa probatoria. En segundo lugar, por estimar que la disposición de crear una oficina para las personas con discapacidad y de contratar personal con discapacidad es general, por lo que no reconoce un derecho al recurrente, ni puede individualizarse al beneficiario de dicha medida. En tercer lugar, por considera que no se ha acreditado la necesidad urgente de discutir la pretensión en la vía del proceso de cumplimiento. Del mismo modo, la Sala revisora confirma la apelada, por

entender que el mandato contenido en las disposiciones cuyo cumplimiento se exige no es incondicional, sino que requiere la ejecución de una serie de procedimientos de carácter administrativo, requisitos y formalidades que deben verificarse previamente. Contra la sentencia de vista, el recurrente interpone recurso de agravio constitucional.

El Tribunal Constitucional advierte que, en el transcurso de la tramitación de la causa, la norma que contiene los artículos cuyo cumplimiento se exige ha sido derogada por la Ley N.º 29973, de 24 de diciembre de 2012 (Nueva Ley General de la Persona con Discapacidad). Sin embargo, considera que no se ha producido sustracción de la materia debido a que, si bien la norma jurídica en la cual se encuentran contenidos los mandatos ha variado, los mandatos que son objeto del proceso están contenidos en la nueva norma. En efecto, los dos mandatos cuyo cumplimiento se exige en la demanda, se encuentran configurados en la nueva norma del siguiente modo:

- i) La creación de la Oficina Regional para la Atención de las Personas con Discapacidad - Oredis, contenida hoy en el artículo 69.1 de la Ley N.º 29973; y
- ii) La obligación de los gobiernos regionales de contratar personas con discapacidad en una proporción no inferior al 5% de la totalidad de su personal, contenida hoy en el artículo 49 de la Ley N.º 29973.

Bajo esta premisa, el Tribunal ingresa a analizar el fondo de la controversia y emite sentencia declarando, en primer lugar, improcedente la demanda en el extremo referido a exigencia de cumplimiento del segundo mandato, es decir, el mandato contenido en el artículo 49 de la Ley N.º 29973, por estimar que no se ha cumplido el requisito especial de la demanda prescrito en el artículo 69 del Código Procesal Constitucional. En segundo lugar, declara **fundada** la demanda en el extremo referido a la exigencia de cumplimiento del primer mandato, es decir, el contenido en el artículo 69.1 de la Ley N.º 29973. En consecuencia, ordena al Gobierno Regional de Junín que cumpla con crear la Oficina Regional de Atención a las Personas con Discapacidad (OREDIS) dentro de su estructura orgánica, conforme lo dispone el artículo 69.1 de la Ley N.º 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad.

El Tribunal Constitucional analiza con exhaustividad si el cumplimiento del tipo de mandato materia del presente proceso puede ser exigido en la vía del proceso constitucional de cumplimiento. Ello, teniendo en consideración que, de acuerdo con las resoluciones de las dos instancias previas, no sería posible, de-

bido a que el mandato requerido no cumpliría la exigencia de incondicionalidad contenida en el inciso e) del fundamento jurídico 14 de la STC 0168-2005-PC/TC. En ese sentido, después de realizar un escrutinio sobre condicionalidades de forma y condicionalidades materiales que se requieren para el cumplimiento de un mandato legal o administrativo, el Tribunal considera que el mandato dirigido a los Gobiernos Regionales de crear una Oficina Regional de Atención a las Personas con Discapacidad — Oredis, es un mandato perentorio e inexorable.

Si bien considera que el cumplimiento de dicho mandato requiere por parte de los gobiernos regionales el desarrollo de ciertas acciones para la creación de dichas oficinas y para su implementación efectiva —por ejemplo: la expedición de la ordenanza regional que así lo disponga, la modificación del Reglamento de Organización y Funciones, y del Manual de Organización y Funciones, la habilitación de plazas presupuestadas para el personal a cargo de dicha oficina, entre otras—. La necesidad de que se desarrollen todas estas acciones no impide, sin embargo, que se tutele la obligación legal de implementar dichas oficinas en el proceso de cumplimiento, sino solo impone que la declaración de renuncia (en caso esta sea determinada) y exigibilidad de dicho mandato se encuentre acompañada de un proceso de seguimiento en vía de ejecución que permita verificar el cumplimiento de todas las acciones encaminadas a que se cumpla con el mandato contenido en la ley.

Precisa que, en el presente caso, la renuncia del Gobierno Regional de Junín a cumplir con el mandato legal que establece la creación de la Oredis se verifica no solo por la ausencia de respuesta al requerimiento explícito de creación de la Oredis formulada por Presidente de la Federación Regional de Personas con Discapacidad de Junín, sino por el tiempo transcurrido desde que se dictó la disposición expresa de crear estas oficinas, y en la cual incluso se estableció un plazo para dicha creación.

Un aspecto sumamente importante es que el Tribunal Constitucional realiza el análisis de este caso a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el modelo social de la discapacidad. Examina las obligaciones internacionales contraídas por el Estado peruano en relación con las personas con discapacidad tanto en el Sistema Universal como en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. De estas obligaciones, sostiene el Tribunal, se deriva el deber del Estado peruano de generar condiciones para garantizar los derechos de las personas con discapacidad, traducidas en la adopción de medidas legislativas que permitan su inclusión. Entre tales medidas exigibles destinadas a la consecución de la igualdad figuran los ajustes razonables, el diseño universal y

las medidas afirmativas, que son abordadas en la sentencia. Desde esta óptica, el Tribunal sostiene que las precitadas medidas —fundamentalmente, los ajustes razonables— constituyen derechos fundamentales de las personas con discapacidad.

El proceso de cumplimiento y la eficacia de normas legales que protegen derechos fundamentales de las mujeres.

En el año 2002, la señora Susana Chávez Alvarado y otras interponen demanda de cumplimiento contra el Ministerio de Salud con el propósito de hacer efectivo el *mandato* dispuesto en las Resoluciones Ministeriales N.º 465-99-SAIDM y N.º 399-2001-SAIDM. Se exige que, en cumplimiento de las precitadas disposiciones se garantice la provisión e información del anticonceptivo oral de emergencia (AOE) en todos los establecimientos de salud a su cargo. En virtud de la primera resolución, el Ministerio de Salud aprobó las normas de planificación familiar. Mediante la segunda Resolución, se ampliaron las normas de planificación familiar incorporándose el Anticonceptivo Oral de Emergencia (AOE) como uno de los métodos anticonceptivos.

Las demandantes señalan que ninguno de los servicios del Ministerio de Salud cumple con el *mandato* establecido por las precitadas Resoluciones, es decir, no cumplen con informar ni proveer el Anticoncepción Oral de Emergencia (AOE). Renuencia por parte del Ministerio de Salud que, interfiere en el goce de varios derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, en los Tratados de derechos humanos y en las leyes. Alegan, asimismo, que el incumplimiento de lo dispuesto en las Resoluciones Ministeriales N.º 465-99-SAIDM y N.º 399-2001-SAIDM tiene consecuencias discriminatorias, ya que (...) aquellas mujeres con recursos económicos suficientes pueden acceder a este método anticonceptivo acudiendo a un servicio de salud privado.

La demanda fue declarada fundada en primera instancia. Se ordenó que, en cumplimiento de lo dispuesto en la Resolución Ministerial N.º 465-99-SA/DM, Normas de Planificación Familiar, el Ministerio de Salud garantice la provisión e información de la anticoncepción oral de emergencia (AOE) incorporada por la Resolución Ministerial N.º 399-2001-SAIDM, en todos los establecimientos de salud a su cargo. En segunda instancia se declaró la sustracción de la materia y, sin pronunciarse sobre el fondo, se dispuso el archivamiento de la causa. La Sala estimó que mediante Resolución Ministerial N.º 536-2005-MINSA, se ha dejado sin efecto el mandato contenido en la Resolución Ministerial N.º 465-99-SA/DM, cuyo cumplimiento se exige, al haberse aprobado la Norma Técnica de Planificación Familiar, cuya finalidad es actualizar la normatividad aprobada por la Resolución Ministerial N.º 465-99-SAIDM. En consecuencia, concluye la

Sala, que no existe un mandato vigente como requisito indispensable para que la demanda de cumplimiento sea amparada. Contra la sentencia de vista, las recurrentes interponen recurso de agravio constitucional.

El Tribunal Constitucional analiza, en primer lugar, si en el presente caso se ha producido el supuesto de sustracción de la materia. En ese sentido, considera que si bien las normas —que contenían el mandato cuyo cumplimiento se exige— fueron derogadas (perspectiva formal), la obligación seguía vigente porque la nueva norma mantuvo las mismas obligaciones que se derivaban del mandato (perspectiva material o sustancial). En efecto, la Resolución Ministerial N.º 536-2005-MINSA, de 18 de julio de 2005, que aprueba la «Norma Técnica de Planificación Familiar», contiene el mismo mandato, y las obligaciones que de ella se derivan para el Ministerio de Salud subsisten. En consecuencia, a juicio del Tribunal, no se presenta el supuesto de sustracción de la materia porque esta no sólo debe ser formal sino material, es decir que, para aplicar el supuesto de sustracción de la materia el mandato debe ser derogado en su integridad tanto material como formalmente, supuesto que no se ha dado en este caso.

En segundo lugar, el Alto Tribunal examina si los mandatos cuyo cumplimiento se demanda cumplen con los requisitos mínimos exigidos por el precedente constitucional establecido en la sentencia emitida en el Expediente N.º 00168-2005-PC/TC, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 7 de octubre de 2005. Al respecto, considera que, los mandatos examinados son vigentes; son mandatos ciertos y claros; no están sujetos a controversia compleja ni a interpretaciones dispares; son mandatos de ineludible y obligatorio cumplimiento; y, son incondicionales.

En tercer lugar, el Tribunal Constitucional examina si los mandatos de las normas legales cuyo cumplimiento se exige han sido eficaces o no. En ese sentido, el Alto Tribunal concluye que: (i) el Ministerio de Salud no ha probado que en la actualidad la información sobre el anticonceptivo oral de emergencia (AOE) esté a disposición de las ciudadanas/nos que lo soliciten, por lo que estima que el primer extremo del petitorio debe ser amparado, en el sentido de que el Ministerio de Salud debe poner la información sobre el AOE al alcance de la ciudadanía; (ii) que ha quedado probado que el Ministerio de Salud no cumple el mandato de poner permanentemente a disposición de las ciudadanas y ciudadanos los insumos del AOE de manera gratuita. Estima, en consecuencia, que las pretensiones de las recurrentes deben ser amparadas, toda vez que se ha evidenciado que, después de cinco años y tres meses de vigencia de los mandatos exigidos, el Ministerio de Salud se ha mostrado renuente a su cumplimiento.

El mandato cuyo cumplimiento se exigió a través de este proceso, ha sido —y aún es— materia de controversia por dos décadas, y ha dado lugar a la emisión de varias resoluciones judiciales. En efecto, en octubre de 2009, el Tribunal Constitucional pronuncia una sentencia (recaída en el Expediente N.º 2005-20 09-PA/TC) en la declara fundada la demanda de amparo interpuesta por la ONG «Acción Lucha Anticorrupción», y ordena al Ministerio de Salud se abstenga de desarrollar como política pública la distribución gratuita a nivel nacional de la denominada píldora del día siguiente. Sin embargo, permite su venta en los establecimientos privados. En julio de 2019, el Primer Juzgado especializado en lo Constitucional de Lima, emite una sentencia en la dispone inaplicar los criterios interpretativos sobre la «concepción» establecidos por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N.º 2005-2009-PA/TC, por considerarlos contrarios a los estándares establecidos por la Corte Interamericana, así como por haberse disipado la «duda razonable» establecida en dicha sentencia. En consecuencia, ordena al Ministerio de Salud a informar y distribuir en forma gratuita el anticonceptivo oral de emergencia (AOE). En septiembre de 2020, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, revoca la precitada sentencia y la declara improcedente. En la actualidad, el caso se encuentra nuevamente en el Tribunal Constitucional para el pronunciamiento de esta Alta Corte.

VII. Conclusiones

Una de las finalidades esenciales del proceso constitucional de cumplimiento es la protección de la eficacia de las normas legales y de los actos administrativos. Asimismo, en aquellos casos en que el mandato cuyo cumplimiento se exige está directamente relacionado con uno o más derechos fundamentales, también puede ser un medio de «**protección indirecta**» de los derechos los derechos fundamentales.

En este artículo se analizó el proceso constitucional de cumplimiento desde la óptica de la protección indirecta de los derechos fundamentales de las personas en situación de vulnerabilidad como son las personas indígenas, las personas con discapacidad y las mujeres que se encuentran en situación de pobreza. Como se advierte, en estos tres casos emblemáticos, el Tribunal Constitucional, a través del proceso de cumplimiento ha protegido indirectamente los derechos fundamentales: derecho al uso de la propia lengua, derecho a los ajustes razonables, derechos sexuales y reproductivos, entre otros.

VIII. Lista de referencias

- AGUIAR DE LUQUE, L. (2019). Introducción, en Pérez Tremps, P. (Coord.), *El Papel de la Justicia Constitucional en los Procesos de Asentamiento del Estado Democrático en Iberoamérica*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- BARRÉRE UNZUETA, M. (2016). Martha A. Fineman y la igualdad jurídica: ¿Vulnerabilidad vs. Subdiscriminación?, en Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, 34, pp. 17-34
- CALLE, M., SENIOR, S., PALACIO, J., Y GÓMEZ, G. (2019). «Acción de cumplimiento», en *Esquemas de derecho procesal constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- CARLETON K. ALLEN. (1966). *Las fuentes del derecho inglés*. Trad. Antonio Ortiz García, Instituto de Estudios Políticos, Madrid.
- CORTE IDH (2019). Control de Convencionalidad, *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte IDH*, núm. 7. Disponible en: <https://bit.ly/30S3Hy0>
- CUEVA FERNÁNDEZ, R. (2011). De los niveladores a «Marbury vs. Madison»: la génesis de la democracia constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- LA BARBERA, M.C. (2019). «La vulnerabilidad como categoría en construcción en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: límites y potencialidad», En Revista De Derecho Comunitario Europeo, 62, pp. 235-257.
- LANDA ARROYO, C. (2018). El proceso constitucional de cumplimiento, en *Derecho procesal constitucional*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, pp. 145-154.
- LEÓN VÁSQUEZ, J. (2009). El proceso constitucional de cumplimiento y su incidencia positiva en la protección del Estado democrático de Derecho. *Foro Jurídico*, (09), 188-196.
- Ministerio de Justicia. (2002). Comisión de Estudio de las bases de la reforma constitucional del Perú, en *Pensamiento constitucional*, núm. 8, pp. 732-829.
- RAMOS NÚÑEZ, C. (2018). *La letra de la Ley. Historia de las Constituciones*, Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, Lima.
- SOTO CALDERÓN, H. (2018). «La acción de incumplimiento y su comportamiento jurídico en el Ecuador durante los años 2009 a 2018», en *Holopraxis*, Ciencia, Tecnología e Innovación, Volumen 2, N.º 2, pp. 145-161.

Reflexiones sobre el derecho a la intimidad en época de pandemia (Covid – 19)

Reflections on the right to privacy in times of pandemic (Covid – 19)

QUITO CORONADO, Lorena(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Derecho a la intimidad personal y familiar. 2.1. Definición. 2.2. Protección Internacional. 2.3. Protección Constitucional III. Reflexiones Jurídicas en el contexto de la Pandemia (COVID-19). IV. Conclusiones. V. Lista de Referencias.

Resumen: El presente artículo tiene como propósito dar a conocer el marco jurídico internacional, es decir, la protección legal con la que cuenta del derecho a la intimidad personal y familiar y no solo en ese nivel sino también a nivel constitucional. Pero, a pesar de contar con un marco legal de protección, la actual crisis sanitaria generada por la COVID-19, que no solo afecta a Perú, sino que dicha enfermedad viene afectando a toda la población mundial; así de forma directa incide en la salud de las personas, pero de forma indirecta viene afectando nuestro derecho a la intimidad personal y familiar, porque a raíz de esta crisis sanitaria las personas tuvieron que realizar trabajo remoto, los estudiantes tenían que llevar sus clases

(*) Abogada por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. Maestro en Ciencias, mención Derecho Constitucional y Derechos Humanos. Conciliadora Extrajudicial. Docente de la Universidad Nacional de Cajamarca. Doctoranda de Derecho en la Escuela de Posgrado de la UNC. Correo electrónico lorenaqc23@gmail.com

de forma virtual y esto trajo como consecuencia la limitación o restricción de nuestro derecho a la intimidad por cuanto en casa no se contaba con ambientes adecuados, para realizar dichas actividades.

Palabras Clave: derecho a la intimidad, trabajo remoto, clases virtuales, covid-19.

***Abstract:** The purpose of this article is to publicize the international legal framework, that is, the legal protection that the right to personal and family privacy has, not only at that level but also at the constitutional level. But, despite having a legal protection framework, the current health crisis generated by COVID-19, which not only affects Peru, but this disease has been affecting the entire world population; thus it directly affects people's health, but indirectly it has been affecting our right to personal and family privacy, because as a result of this health crisis people had to do remote work, students had to take their classes of Virtual form and this resulted in the limitation or restriction of our right to privacy because at home there were not adequate environments to carry out such activities.*

Keywords: right to privacy, remote work, virtual classes, Covid-19.

I. Introducción

Las personas, en su dinámica cotidiana y en su constante interrelación con otras personas realizan diferentes actividades a nivel personal, familiar y laboral. Ante lo cual, las personas desean que algunas actividades se mantengan dentro de su ámbito personal y familiar. Pero, también hay asuntos que las mismas personas dan a conocer al resto de la sociedad a través de las redes sociales.

Por otro lado, también se señala que el hombre es un ser social por naturaleza, pero, ello no impide que cuente con un espacio para su intimidad personal y familiar; así para Eduardo Martínez Altamirano (2000) señala que el derecho a la intimidad puede definirse y comprende lo siguiente:

«El derecho a la privacidad o a la intimidad es, en lato sensu, aquel derecho humano por virtud del cual la persona, llámese física o moral, tiene la facultad o el poder de excluir o negar a las demás personas, del conocimiento de su vida personal, además de determinar en qué medida o grado esas dimensiones de la vida personal pueden ser legítimamente comunicados a otros».

Por ende, el derecho a la intimidad personal y familiar es considerado o es un derecho fundamental de todas las personas tan importante como el derecho a la vida, a la salud, a la educación, entre otros.

En tal sentido, mediante el presente artículo, toma como punto de partida la definición del derecho a la intimidad y los ámbitos que abarca dicho derecho, asimismo se dará a conocer la normativa internacional y el marco constitucional del derecho a la intimidad, para luego realizar unas reflexiones jurídicas en un contexto el COVID-19 y finalmente esbozar algunas conclusiones.

II. Derecho a la intimidad

El derecho a la intimidad radica en disfrutar de un ámbito propio y reservado para desarrollo de una vida personal y familiar libre de intromisiones de terceras personas, es decir, del derecho a la vida íntima, la cual está reconocida en el ordenamiento jurídico con diferentes denominaciones como por ejemplo en el derecho anglosajón como «*privacy*», en el derecho francés como «*vie intime*» y en el derecho italiano como «*reservatezza*». A continuación, veamos algunas definiciones y ámbitos que abarca el derecho a la intimidad.

2.1. Definición

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, nos brinda dos acepciones del vocablo «intimidad». La primera corresponde a «amistad íntima»; la segunda a «zona espiritual íntima o reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia»⁽¹⁾. Por su parte, Bernal (1997), la define como:

El conjunto de hechos y situaciones de la vida propia que pertenecen al ser humano como una reserva no divulgable. Entre otros están sus hábitos privados, sus preferencias, sus relaciones humanas, sus emociones, sus sentimientos, sus secretos, sus características físicas tales como su salud, sus problemas congénitos, sus accidentes y las secuelas consiguientes, etc. (p. 130)

Por otro lado, según, García Toma (1997), refiriéndose al derecho a la intimidad sostiene que: «se trata de mantener en reserva aquellas actividades o comportamientos carentes de trascendencia social (...) en pro de la tranquilidad espiritual y paz interior de la persona y su familia» (p. 86). Asimismo, Fernández Sessarego (1997) sostiene que «(...) se respete el aspecto íntimo de su vida privada en cuanto ello no tiene mayor significación comunitaria y mientras no se oponga o colisione con el interés social» (p. 73). Por su parte, Humberto Quiroga (1995), señala:

(1) Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. 19.^a edición. Madrid, 1970.

«El derecho a la intimidad es aquel por el cual todo individuo puede impedir que los aspectos privados de su vida sean conocidos por terceros o tomen estado público (...)».

De ello resulta necesario decir, que no existe una definición unánime con respecto al derecho a la intimidad, porque está enfocado de diferentes perspectivas, no obstante, se puede afirmar que es un derecho de toda persona o individuo que tiene la facultad de mantener ciertos aspectos de su vida en un ámbito privado, sin la interferencia de terceras personas. Del mismo modo, de lo expuesto se concluye que el derecho a la intimidad es un derecho humano fundamental que afecta a lo más subjetivo de una persona.

Por último, «el derecho a la intimidad no solo aborda aspectos de la propia vida personal, sino también determinados aspectos de otras personas con las que guardan una personal y estrecha vinculación familiar, aspectos que, por esa relación o vínculo familiar, coinciden en la propia esfera de la personalidad del individuo» (Carbonell y Mosquera, 1999, p. 400)

En nuestra legislación peruana las dos dimensiones a la intimidad son complementarias, es decir, la personal y la familiar; nuestra Constitución Política del Perú vigente en su artículo 2 contempla: toda persona tiene derecho a la intimidad personal y familiar, de igual manera el Código Civil en su artículo 14 señala la intimidad de la vida personal y familiar.

Por tanto, se entiende por intimidad personal: «Es el ámbito restringido en torno al individuo mismo. Es aquella intimidad que incluso, puede negarla a sus familiares» (Bernaes, 1997, p. 130). De ahí, que al hablar de intimidad personal nos estaríamos refiriendo a ciertos comportamientos propios de cada persona que lo reserva solo para sí, ya sea por delicadeza o porque la persona desea mantenerlos en reserva y ajeno del conocimiento de terceras personas incluso a veces de sus mismos familiares.

Por otro lado, cuando nos referimos a la intimidad familiar Bernales Ballesteros (1997) sostiene: «(...) son todos los eventos y situaciones que pertenecen a las relaciones que existen dentro de la familia; las relaciones conyugales, de padres e hijos, de hermanos, etc.» (p. 130). Por ende, lo que se protege en este caso son las cuestiones que surgen al interior del hogar producto de las diferentes relaciones de sus miembros.

2.2. Protección Internacional

El derecho a la intimidad, personal y familiar ha sido y es objeto de preocupación por parte de la comunidad internacional, esto debe a las continuas vulneraciones que ha sufrido este derecho. Así, podemos señalar la siguiente normatividad:

- **La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre**⁽²⁾, en cuyo artículo 5 se establece que «Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar».
- **La Declaración Universal de los Derechos Humanos**⁽³⁾, este instrumento tutela el derecho a la intimidad en su artículo 12 el cual refiere: «Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia (...). Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques».
- **En el Convenio Europeo de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales**⁽⁴⁾, en el artículo 8 se establece que: «Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia...».
- **El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1969**, toma en cuenta el contenido referido en la Declaración Americana de Derechos y Deberes y la Declaración Universal de 1948, cuando en su artículo 17 dispone: «Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación».
- **La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica de 1970**: a su vez este instrumento internacional reglamenta el derecho a la intimidad en el artículo 11 inc. 2 el cual señala: «Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio (...)».

(2) Aprobada como recomendación por la IX Conferencia Interamericana, reunida en Bogotá del 30 de marzo al 2 de mayo de 1948.

(3) Adoptada y proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948.

(4) Firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, que entró en vigor el 3 de septiembre de 1953.

De lo señalado por la normatividad internacional, resulta necesario decir, que dichos instrumentos, si bien es cierto protegen y/o tutelan el derecho a la intimidad. Pero, si nos damos cuenta el concepto de intimidad se ha ido transformando debido a los avances tecnológicos y la facilidad que tienen las redes sociales para divulgar y difundir la información que en un momento determinado era considerada privada y que, en la actualidad, las personas consideran posible su publicación, lo que trae como consecuencia la deformación de la intimidad como derecho fundamental y no se tengan claros los límites entre lo privado y lo público.

Dicho escenario se agravó con la crisis sanitaria que estamos atravesando actualmente, porque no solo se afecta nuestros derechos como a la vida, a la salud, a la recreación, entre otros, sino también de manera indirecta ha afectado nuestro derecho constitucional del derecho a intimidad personal y familiar, esto debido a las clases virtuales y al trabajo remoto.

2.3. Protección Constitucional

Nuestra Constitución Política del Perú, prescribe la protección del derecho a la intimidad en el artículo 2 inc. 7 el cual señala: «Toda persona tiene derecho (...) a la intimidad personal y familiar, así como a la voz y a la imagen propias», dicho derecho abarca dos ámbitos que está constituido por la intimidad personal y familiar, para Ballesteros la intimidad personal es el ámbito restringido en torno al individuo mismo, incluso puede negarlo a sus familiares; de ello se desprende que este derecho permite mantener en reserva y/o secreto aquellas manifestaciones propias del ambiente personal del individuo, exigiendo el respeto por parte de terceras personas las cuales pueden ser sus familiares, amigos, entre otros.

Por otro lado, se tiene al ámbito familiar que está constituido por hechos realizados en un ambiente familiar, en donde el ser humano desarrolla sus emociones, responsabilidades, sentimientos y aprendizajes. Por tanto, la acción tutelada por el derecho a la intimidad se circunscribe en estos dos ámbitos, en donde las perturbaciones de terceras personas afectarían la tranquilidad personal y familiar.

Asimismo, este derecho se encuentra íntimamente vinculado con el derecho a la inviolabilidad de domicilio, por cuanto terceras personas no pueden ingresar al domicilio sin la autorización del propietario, salvo mandato judicial. Pero, en la actualidad a causa de la pandemia, es decir, por la enfermedad del coronavirus (Covid-19) el gobierno peruano a través del Ministerio

de Educación oficializó el 6 de abril del 2020 como la fecha de inicio del año escolar a través de la estrategia virtual «aprendo en casa»⁽⁵⁾, mediante la Resolución Ministerial N.º 160-2020-MINEDU, la cual establece que la prestación del servicio educativo público y privado será a distancia, en otras palabras, que la educación se va a desarrollar de forma virtual. Esto trajo como consecuencia que de alguna forma terceras personas invadan nuestro domicilio, porque los estudiantes al encender sus cámaras para recibir sus clases; de alguna manera existe una intromisión al domicilio y con ello la vulneración de nuestro derecho a la intimidad tanto en el ámbito personal y familiar. Así pues, en ese mismo sentido García Toma (1997) sostiene «la intimidad alude a la preservación de un ámbito de desarrollo personal sin intrusiones ni injerencias de personas ajenas a dicho entorno» (p. 85). Por lo que se puede concluir que la protección del derecho a la intimidad son todos aquellos sucesos o datos que debe de permanecer fuera del conocimiento de terceros, porque no tiene mayor relevancia para la vida en la sociedad, al contrario, su divulgación genera intranquilidad de la persona en el seno familiar.

Por último, cabe hacer mención lo que estipula nuestro Tribunal Constitucional, respecto al contenido esencial del derecho a la intimidad personal, reconocido por el artículo 2 inc. 7 de la Constitución, hace alusión a aquel ámbito protegido del derecho, cuya develación pública implica un grado de excesiva e irreparable aflicción psicológica en el individuo, lo que difícilmente puede predicarse en torno al componente económico del derecho» (STC 00011-2004-AI, FJ 37). Nuestro máximo intérprete de la Constitución Política llega a la conclusión que el daño accionado a nuestro derecho a la intimidad se puede tornar en excesivo incluso en irreparable, es por ello que considero necesario que el estado debe y/o debería salvaguardar nuestro derecho constitucional, porque si bien es cierto la pandemia trajo como consecuencia implementar el trabajo remoto o las clases virtuales antes de la pandemia ya se estaba dando este panorama; lo que sucede es que con la crisis sanitaria se tuvo que implementar de forma abrupta.

(5) Resolución Ministerial N.º 160-2020-MINEDU, artículo 1.- Disponer el inicio del año escolar a través de la implementación de la estrategia denominada «Aprendo en casa», a partir del 6 de abril de 2020 como medida del Ministerio de Educación para garantizar el servicio educativo mediante su prestación a distancia en las instituciones educativas públicas de Educación Básica, a nivel nacional, en el marco de la emergencia sanitaria para la prevención y control del COVID-19.

III. Reflexiones Jurídicas, en el contexto de la Pandemia (COVID-19)

El derecho a la intimidad se encuentra reconocido y protegido no solo por tratados internacionales, sino también por nuestra Constitución Política, la cual garantiza o debe de garantizar el efectivo goce de los derechos fundamentales de las personas entre ellos, el derecho a la intimidad personal y familiar, que en la actualidad está siendo violentado, a través del uso inadecuado y excesivo de las redes sociales y, es que la era digital no ha dejado de evolucionar y cada día se expande más; del mismo modo, el uso indiscriminado de ellas y la masiva incorporación de las personas.

Dentro de este contexto, en diciembre del año 2019, aparece en China un virus denominado COVID-19 (coronavirus). Es así que, debido a su rápido contagio, el país asiático reporta a la Organización Mundial de la Salud (OMS) y dicha organización señala que el COVID-19 puede caracterizarse como una pandemia. La enfermedad ha ido expandiéndose hacia otros continentes como Asia, Europa y América, además de provocar la mayor crisis sanitaria de los últimos años.

Ante esta situación, el estado peruano declara el «Estado de Emergencia» un 15 de marzo del 2020 y como respuesta a la cuarentena producida por el COVID-19 el uso de las App's se incrementó, incluso para realizar las acciones más simples y cotidianas, como adquirir productos de limpieza, comprar alimentos, buscar una dirección o cualquier aplicación de nuestro uso diario; hasta para realizar conferencias, reuniones virtuales de trabajo, para estudiar, entre otros.

Si bien es cierto, el avance de la tecnología nos ha facilitado algunas cosas en esta época de pandemia, hay que tener en cuenta, que el uso indiscriminado de las redes sociales virtuales ha traído consigo una serie de vulneraciones al derecho a la intimidad. Del mismo modo, el uso de herramientas digitales para realizar trabajo remoto o para estudiar vulnera nuestro derecho a la intimidad, porque con el simple hecho de encender la cámara, se invade nuestro espacio personal y familiar. Hoy en día una persona en su domicilio tiene que desplazarse con cuidado para no aparecer ante las cámaras o adecuar su tono de voz para que no se acople a la clase o al trabajo remoto, mientras los micrófonos de los dispositivos estén encendidos. De manera análoga, profesores son víctimas de bromas a través de la web, personas que se atravesaban en paños menores en medio de una conferencia, profesionales sin pantalones o estudiantes haciendo muecas creyendo que la cámara estaba apaga, entre otros incidentes que se han suscitado en este mundo de la virtualidad.

Por consiguiente, podríamos afirmar que la protección tanto internacional como constitucional del derecho a la intimidad se convierte en ineficaz en un mundo digital, debido a que, el uso masivo de las nuevas tecnologías en época de Pandemia se ha incrementado y por tanto se han convertido en el centro de vulneración del derecho a la intimidad. Nuestra intimidad ya no es nuestra, por ello, considero que sería necesario establecer mecanismos de protección, ante la externalización masiva de nuestra intimidad, la cual es entendida como el derecho a gozar de privacidad para desarrollar nuestra vida personal, y esta vida reservada debe estar libre de acceso de terceras personas. La protección legal en este nuevo mundo digital se convierte en ilusoria.

En este nuevo escenario, no sería extraño que la protección legal con la que cuenta el derecho a la intimidad se torna en nulo, incluso se podría hablar de una intimidad virtual, en donde las personas nos vemos expuestas hoy en día hasta en nuestros propios hogares, porque día con día se expone nuestra intimidad, a varios usuarios.

IV. Conclusiones

1. Se puede concluir entonces que la intimidad es una necesidad humana incluso antes de su regulación positiva, es por ello que el derecho a la intimidad representa el espacio de la privacidad personal y familiar de cada ser humano y por tanto se debe respetar y proteger.
2. A pesar de que el derecho a la intimidad personal y familiar cuenta con una protección a nivel constitucional, además de contar con un marco legal internacional, vemos que, con el desarrollo de nuevas tecnologías, dicha protección legal se torna en ineficaz; es más con la crisis sanitaria que venimos atravesando dicha situación se ha agravado aún más.
3. Por último, el derecho a la intimidad, viene a ser la facultar que la ley le reconoce a todos los seres humanos para que su vida íntima sea respetada en todo sentido y que sus actos no sean objeto de observación a efectos de que nadie pueda inmiscuirse en la vida ajena publicando retratos, divulgando confidencialidades, entre otros y perturbando de cualquier otro modo su intimidad. Pero, en la actualidad con el trabajo remoto y las clases virtuales se viene vulnerando día con día nuestro derecho a la intimidad.

V. Lista de referencias

- BERNALES BALLESTEROS, Enrique. (1997). *La Constitución de 1993: Análisis Comparado*. 3.^a edición. Lima: Ics Editores.
- FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. (1997). *Derecho de las Personas*. Lima: Grijley.
- GARCIA TOMA, Víctor. (1997). *Análisis sistemático de la constitución de 1993* Lima: Ed. Fondo de desarrollo editorial.
- MARTÍNEZ ALTAMIRANO, Eduardo. (2000). Revista ABZ. Número 126. México. Diciembre.
- QUIROGA LAVIE, Humberto. (1995). *Los derechos humanos y su defensa ante la justicia*. Santa Fe de Bogotá: Temis S.A.
- CARBONELL LAZO, LANZÓN PÉREZ, MOSQUERA LOPEZ. (1999). *Código Civil comentado, concordado y sumillado*. Lima: Ediciones Jurídicas S/c; Tomo I.

Naturaleza constitucional de la tutela resarcitoria del daño a la persona

Constitutional nature of the guardianship of damage to the person

ARAUJO ZELADA, Humberto(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Teorías que explican la naturaleza de la persona humana III. La dignidad humana y la persona. IV. Daño a la persona humana y su reparación. V. Naturaleza del daño a la persona. VI. Conclusiones. VII. Lista de Referencias.

Resumen: El presente trabajo se ocupa de un tema de interés actual en ámbito del derecho civil; concretamente, la responsabilidad civil derivada de daños a la persona. En este contexto, previo análisis de la concepción de persona humana, su importancia en el sistema jurídico vigente, empuído de la influencia del neoconstitucionalismo, del concepto dignidad humana como límite último de un orden constitucional respetuoso de los derechos humanos, y tras hacer una breve reseña de proceso que atravesó el daño a la persona, de cara a lograr su reconocimiento y tutela, se concluye en que la tutela resarcitoria del daño a la persona, tiene naturaleza constitucional.

(*) Abogado, egresado de la Universidad Nacional de Cajamarca, Juez Superior (P) de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca. haraujozelada@hotmail.com

Palabras clave: persona humana, dignidad humana, daño a la persona, derechos fundamentales, tutela resarcitoria.

Abstract: *This paper deals with a topic of current interest in the field of civil law; specifically, civil liability arising from damage to the person. In this context, after analyzing the conception of the human person, its importance in the current legal system, embedded in the influence of neo-constitutionalism, the concept of human dignity as the ultimate limit of a constitutional order respectful of human rights, and after making a brief overview of the process that went through the harm to the person, with a view to achieving its recognition and guardianship, it is concluded that the guardianship of compensation for the damage to the person is constitutional in nature.*

Keywords: *Human person, human dignity, harm to the person, fundamental rights, guardianship of compensation.*

I. Introducción

No cabe duda de que la razón de ser de la civilización moderna, formada por la agrupación de las más variadas culturas del mundo, con todo lo que ello trae, se reconduce al ser humano. El avance científico, tecnológico, traducido en actividades sociales, económicas, productivas, recreativas, artísticas, etc., cada vez más sofisticadas, no tiene sino como destinatario final: la persona humana.

En torno a la categoría jurídica: persona humana, como lo refiere la doctrina nacional (Espinoza Espinoza, 2008; Varsi Rospigliosi, 2014), es ciertamente dudoso el origen etimológico del término persona. Entre los vocablos que posiblemente pudieron haber fungido como antecedente de este concepto, tenemos: el etrusco *per-sonare*⁽¹⁾, el etrusco *phersu*⁽²⁾, el griego *prosopon*⁽³⁾, entre otros. Como fuere, según las fuentes citadas, su origen está vinculado al lenguaje teatral, y es de ahí que tras pasar por la filosofía, finalmente, saltó al derecho para identificar al sujeto de derecho como centro de imputación de derechos y obligaciones (Varsi Rospigliosi, 2014).

En el ámbito jurídico, la noción de persona se asocia necesariamente al ser humano, ya sea en forma individual (persona natural) como colectiva (persona jurídica). A decir de Varsi Rospigliosi (2014):

-
- (1) Hace referencia a la máscara empleada en el teatro para las representaciones escénicas.
 - (2) Es la máscara empleada en el teatro.
 - (3) Hace referencia a la cara de adelante.

Se es persona por tener calidad humana, lo que confiere aptitud de adquirir derechos y para actuar en el mundo jurídico, aunque no se tenga participación en ninguna relación jurídica. Entonces es la capacidad, la aptitud para llegar a ser sujeto de derecho lo que le atribuye a un ser la calidad de persona. (p. 224)

Por tanto, si quisiéramos hacer un símil de la noción que se tiene de persona en el ámbito jurídico, con la otrora noción de persona (como máscara o antecara, empleada en las representaciones teatrales), no podríamos sino coincidir con el tratadista argentino Arauz Catex, citado por Espinoza Espinoza (2008), cuando —respecto de la persona humana— sostiene:

La máscara como centro de imputación de derechos y deberes, ésta puede cubrir tanto a un solo hombre (persona individual), como una colectividad organizada para un fin valioso e inscrita o reconocida por ley (persona colectiva). Dicha imputación teórica se dirige a la máscara, o sea, a la persona. (pp. 163-164)

II. Teorías que explican la naturaleza de la persona humana

Ahora, siendo claro que al hablar de persona nos estamos refiriendo a un concepto jurídico, de suma relevancia dentro de las diversas ramas del derecho, son también varias las posturas sobre su naturaleza:

- i) La teoría formalista, que entiende al término como una construcción normativa, independientemente de la realidad ontológica de la que se trate.
- ii) Teoría realista, que pone de relieve la naturaleza ontológica del ser hombre, para ser calificado como persona, independientemente de si la norma así la califica.
- iii) Teoría ecléctica, entiende que tanto la teoría formalista como la realista se complementan y, por lo tanto, se es persona no solo porque el ordenamiento jurídico así lo establece, sino porque se hace referencia al hombre.
- iv) Teoría tridimensional, defendida en nuestro medio por el extinto Fernández Sessarego, quien entiende que en la noción de persona se encuentran presentes tres elementos: vida humana, valores que le permiten al hombre decidir y dar un sentido a su vida y la norma que regula la convivencia. Estos tres elementos aparecen conjugados. (Espinoza Espinoza, 2008; Varsi Rospigliosi, 2014).

Independientemente de las teorías que explican la naturaleza jurídica de la persona, es evidente que mayoritariamente se la asocia al hombre o al ser

humano, en tanto realidad ontológica, y cuya relación con el derecho, la coloca en un lugar preeminente dentro del sistema de valores, principios y reglas que componen el derecho. Fernández Sessarego (2013), sostiene sobre la importancia de la persona humana en el sistema normativo:

El enunciado contenido en el artículo 1 de la Constitución peruana de 1993 es el eje sobre el cual gira la interpretación de las normas de este cuerpo legal, así como de todas aquellas otras que integran el ordenamiento jurídico del país. La defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad constituyen la razón de ser del derecho. (p. 43)

El mismo Fernández Sessarego (2015), reflexiona en relación al desarrollo dogmático por el que transitó la noción de persona humana, que el derecho en su conjunto se encuentra en una etapa de evolución o de transición, con una clara tendencia hacia la humanización de los bienes tutelados; cuyo proceso histórico tiene como principio la primera mitad del siglo XX, con el surgimiento de la filosofía de la existencia⁽⁴⁾, en la que —a decir suyo— se transforma el paradigma que se tenía del hombre, ya no entendiéndolo a la razón como la esencia del hombre sino la libertad, lo que le permite desenvolverse y actuar como un ser moral y conforme a un «proyecto de vida» por él elegido. Es, precisamente, la libertad de poder elegir lo que le permite al ser humano constituirse como un ser dotado de una dimensión espiritual (Fernández Sessarego, 2013), y lo que finalmente lo hace responsable por sus actos.

III. La dignidad humana y la persona

Resulta del artículo 1 de la Constitución Política del Estado, que junto a la condición de persona humana, como categoría jurídica capaz de generar todo un sistema superlativo de protección en el hombre, se encuentra a la dignidad, la cual —como viene redactado el texto constitucional— consiste en un ámbito de protección jurídica que no cabría, en absoluto, soslayar y/o transgredir.

En el pasado, la concepción de dignidad humana se vinculó, a partir del pensamiento religioso, con la idea de que el ser humano fue creado a imagen y semejanza de Dios (Génesis 1:26). Posteriormente, la idea de dignidad humana

(4) El existencialismo es la corriente filosófica que pregona que la existencia precede a la esencia y que la realidad es anterior al pensamiento; tuvo su origen en el siglo XIX y se prolongó hasta la segunda mitad del siglo XX. Sus exponentes fueron Kierkegaard, Jean-Paul Sartre, entre otros.

se trasladó —del origen divino del hombre— a la relevancia y distinción de sus capacidades intrínsecas (v.gr. razonamiento, voluntad, etc.), en contraste de lo que ocurre con los animales, cualidades que lo convierten en único portador de la dignidad humana (Seifert, J., 2002).

Por tanto, la distinción del ser humano a partir de sus características, atributos y/o capacidades únicas, se convierte en el fundamento basilar de su dignidad, la cual es concebida como valor absoluto e irremplazable de la persona. Emmanuel Kant (2007) sostiene en torno a la dignidad humana, que:

La razón refiere, pues, toda máxima de la voluntad como universalmente legisladora a cualquier otra voluntad y también a cualquier acción para consigo misma, y esto no por virtud de ningún otro motivo práctico o en vista de algún provecho futuro, sino por la idea de la *dignidad* de un ser racional que no obedece a ninguna otra ley que aquella que él se da a sí mismo. (...) La *autonomía* es, pues, el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional. (pp. 47-49)

Por su parte, el filósofo norteamericano Ronald Dworkin (1989) sostiene que:

Cualquiera que declare que se toma los derechos en serio, y que elogie a nuestro gobierno por respetarlos, debe tener alguna idea de qué es ese algo. Debe aceptar, como mínimo, una o dos ideas importantes. La primera es la idea, vaga pero poderosa, de la dignidad humana. Esta idea, asociada con Kant, pero que defienden filósofos de diferentes escuelas, supone que hay maneras de tratar a un hombre que son incongruentes con el hecho de reconocerlo cabalmente como miembro de la comunidad humana, y sostiene que un tratamiento tal es profundamente injusto. (p. 295)

Si bien no admite mayor debate aceptar que la dignidad humana es un atributo inmanente del ser humano, existe gran dificultad para conceptualizar esta categoría jurídica. Así, Gutiérrez Camacho y Sosa Sacio (2013), (no sin hacer notar esta problemática), sostienen que a la dignidad humana se la puede entender como: i) un mandato de no instrumentalización del ser humano, ii) un atributo o condición inherente a todo ser humano, iii) autonomía personal o capacidad para decidir racional y moralmente, o iv) como una aspiración política normativa; es decir como un «deber ser». En todo caso, afirman los citados autores que:

La dignidad de la persona humana ha sido colocada como punto de partida, fundamento y horizonte de nuestro sistema jurídico, pues se considera que constituye a la vez un umbral mínimo sobre lo que debe conte-

ner un ordenamiento justo y que su realización es la aspiración máxima para todos los Estados constitucionales. (Gutierrez Camacho, W.; Sosa Sacio, J., 2013, p. 25)

El artículo 1 de la Constitución Política del Perú establece que: «La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado»; lo que interpreta el Tribunal Constitucional (2003), en los siguientes términos «(...) la dignidad de la persona humana es el valor superior dentro del ordenamiento y, como tal, presupuesto ontológico de todos los derechos fundamentales» (STC Exp. N.º 02209-2002-AA/TC, f. j. 14).

El proceso de consolidación de la persona humana como valor supremo de la sociedad, cuyo mínimo irreductible resulta ser el respeto de su dignidad, ha sido un proceso largo y tortuoso, que sucedió a la versión liberal del Estado de Derecho, cuyo surgimiento se sitúa entre los siglos XVII y XVIII, en contextos político sociales como Inglaterra, Francia y Norteamérica; su resultado fue un sistema jurídico político sustentado en la división de poderes y el respeto de las libertades individuales, lo cual debía ser garantizado por el Estado, bajo un esquema de estricto respeto de la ley. Resulta, entonces, que luego de la segunda guerra mundial, surge la necesidad de reevaluar el paradigma de derecho imperante y sustentado en el culto a la ley, surgiendo así el neoconstitucionalismo⁽⁵⁾, que trae una nueva configuración del orden jurídico, en el cual no es más la ley el garante del nuevo orden instaurado, sino la Constitución, contándose entre sus características más relevantes, la rigidez de la norma fundamental y el control de la constitucionalidad de las leyes ordinarias. Son ejemplos de este tipo de orden constitucional, las constituciones de Italia (1947), Alemania (1949), Portugal (1976) y España (1978).

IV. Daño a la persona humana y su reparación

Espinoza Espinoza (2008) apunta que los derechos de la personalidad han venido ganando terreno en los textos legales, luego de una áspera y difícil confrontación con una economía que reducía el ámbito de tutela de los derechos a los de contenido patrimonial, dejando de lado los bienes jurídicos relacionados con la personalidad. Se entendía que los derechos de la persona, por encontrarse imbuidos de la filosofía iusnaturalista⁽⁶⁾, no ameritaban encontrarse regulados

(5) Corriente de pensamiento que ha sido llamada también neopositivismo, neoiusnaturalismo, etc.

(6) Recuérdese que –precisamente– el paradigma positivista sucedió al iusnaturalismo, y entre sus más importantes aportes se encuentra, haberle dado a la ciencia o teoría

en el derecho positivo, por lo que se los dejaba desprotegidos, no solo en el derecho objetivo sino en los foros jurisdiccionales.

Clara muestra de esta tendencia es el Código Civil peruano de 1936, que solo reconocía el derecho al nombre y al domicilio. Contrariamente, el Código Civil de 1984, recoge en el Libro de Derecho de Personas, *in extenso*, a los derechos de la persona, que han tenido trascendencia a lo largo del devenir histórico del derecho, al igual que las Constituciones de 1979 y 1993.

Al ser, como lo dice Fernández Sessarego (2015), el ser humano «una unidad psicosomática, constituida y sustentada por su libertad» (p. 255); el cual ha sido creado para vivir en sociedad, así como para un cierto espacio de tiempo, que empieza con el nacimiento y concluye con la muerte, debemos asumir que la afectación de uno o más de estos ámbitos de protección (soma, psique, vida en sociedad, libertad), implica la afectación o anulación de sus derechos personales o subjetivos (Fernández Sessarego, 2015).

Son numerosos los nombres que se le ha dado a estos derechos: derechos innatos, derechos de estado, derechos esenciales, subjetivos, originarios, fundamentales, del hombre, de la persona, etc. (Varsi Rospigliosi, 2014), lo que, sin embargo —para efectos prácticos— no tiene mayor relevancia. Empero, si es importante entender que los derechos de la persona (en su conjunto) representan una institución que sirve para hacer valer la dignidad de la persona como fin supremo de la sociedad, y hacer factible que éste alcance su plena realización o proyecto vital (Varsi Rospigliosi, 2014).

Originalmente, se identificaba al daño extrapatrimonial como daño moral subjetivo, el cual era resarcido en casos muy excepcionales. Así lo confirma la doctrina, cuando señala que la posibilidad de indemnizar los daños no patrimoniales estuvo marcada por la presencia de una conducta ilícita de contenido penal (Vettori, 2012; De Trazegnies, 1990), pues el artículo 187, segundo párrafo,⁽⁷⁾ del Código Penal italiano, daba la impresión de habilitar la tutela resarcitoria solo cuando se hubieren causado daños patrimoniales o no patri-

del derecho, la necesaria claridad sobre el objeto de estudio (fenómeno jurídico), entendido como el derecho formal traducido en la legislación.

(7) **Artículo 185, segundo párrafo, del Código Penal italiano**

(...)

Todo delito que ha causado un daño patrimonial o no patrimonial obliga a repararlo y a la persona que, conforme las normas civiles, deben responder por el hecho de este.

moniales, como consecuencia de la comisión de un delito. Este mismo rasgo se observó en el derecho alemán, cuyo Código Civil, en su sección 253⁽⁸⁾, preveía la posibilidad de indemnizar o resarcir el daño no patrimonial «solo en los casos determinados por ley.

El artículo 2059 del Código Civil italiano,⁽⁹⁾ que es el que disciplina la reparación de los daños no patrimoniales, no hace una clasificación de estos, menos hace directa alusión al daño a la persona. Es, básicamente, la doctrina y jurisprudencia la que le ha dotado de contenido. Ha sido, pues, el análisis y consecuente desarrollo dentro del ámbito constitucional, el que ha traído a la luz (en el derecho italiano) la noción de daño no patrimonial identificado como daño a la persona, al interpretarse que el citado artículo 2059 del Código Civil, no puede aplicarse al margen del artículo 32⁽¹⁰⁾ de la Constitución, la cual establece como uno de los deberes fundamentales del Estado, la protección de la salud como derecho fundamental del individuo e interés básico de la colectividad, así como que la ley —en ningún caso— podrá violar los límites impuestos por el respeto de la persona humana.

Haciéndose una breve sinopsis de tratamiento dado a los daños a la persona, se entiende, que de manejarse una idea restringida de daño extrapatrimonial (daño moral), limitada a la afectación psicológica pasajera, a partir del año 2003, vía una lectura o interpretación constitucional del artículo 2059 del Código Civil (casaciones 8828 y 8827), se extendió el concepto de daño extrapatrimonial (persona), al daño moral subjetivo, daño biológico en sentido estricto y daño derivado de la lesión a otros intereses de rango constitucional inherentes a la persona (Koteich Khatib, 2012), lo que implicaba ya la aceptación de un concepto amplio de daño a la persona, que comprende no solo la afectación senti-

(8) **Sección 253 del Código Civil alemán**

El daño no patrimonial es resarcible solo en los casos determinados por la ley. Es también indemnizable el daño corporal, a la salud, a la libertad o cualquier daño no pecuniario, en una suma razonable.

(9) **Artículo 2059 del Código Civil italiano**

El daño extrapatrimonial (no patrimonial) debe ser resarcido sólo en los casos determinados por la ley.

(10) **Artículo 32 de la Constitución italiana**

La república protegerá la salud como derecho fundamental del individuo e interés básico de la colectividad y garantizará asistencia gratuita a los indigentes. Nadie podrá ser obligado a sufrir un tratamiento sanitario determinado, a no ser por disposición de una ley. La ley no podrá en ningún caso violar los límites impuestos por el respeto a la persona humana.

mental del ser humano, sino ámbitos de protección como su dimensión física y existencial (vida de relación), inclusive.

De este modo, ha sido la jurisprudencia la que ha llevado a configurar al daño a la persona como un daño resarcible autónomo, prescindiendo de que el damnificado tenga capacidad para obtener ganancias e independientemente de que haya desarrollado actividades tendientes a obtenerlas (Calvo Costa, 2003).

Según Vettori (2012), este proceso de evolución nos conduce (en el contexto jurídico italiano) a una importante conclusión:

El sistema [de responsabilidad civil] se articula en una partición binaria y se diferencia por el tratamiento del interés protegido. El daño patrimonial es caracterizado por una atipicidad que se articula en la hipótesis en que es lesionado un interés jurídicamente relevante, el daño no patrimonial es reconocido en hipótesis típicas previstas por la ley o en caso en que se lesione un derecho inviolable de la persona. (p. 57)

En Latinoamérica, por su parte, las tendencias europeas han sido acogidas, en algunas latitudes con mayor entusiasmo que en otras; en todo caso, se ha seguido la línea orientada a darle autonomía al daño moral, de un lado, y receptor en esta categoría a una variedad de manifestaciones de daño a los atributos de la personalidad, de otro lado.

En nuestro país, la noción de daño a la persona no es distinta a la de aquellos sistemas que admiten el daño extrapatrimonial, entendido indistintamente como daño moral, daño a la persona, entre otras denominaciones (daño existencial, daño al proyecto de vida, vida de relación, etc.), concebido no solamente dentro de un marco de protección legal sino constitucional.

V. Naturaleza del daño a la persona

Es evidente que, si se afecta o lesiona derechos fundamentales relativos al hombre y/o mujer, resulta no ser sino una obviedad que se atenta contra el valor constitucional supremo que proclama el artículo 1 de la Constitución Política del Estado; esto es, el valor persona humana y el ámbito irreductible de su protección, su dignidad. Frente a ello, el sistema jurídico no tiene otra opción sino reaccionar, como lo anota Fernández Sessarego (2013), cuando precisa que la defensa y protección de la persona humana, en primer lugar, debe ser preventiva, y para lo cual se cuenta en el caso peruano con el artículo 200 de la Constitución Política de 1993, que regula las acciones de habeas corpus y amparo, así como la acción inhibitoria, regulada en el artículo 17 del Código Civil de 1984.

Pero agrega Fernández Sessarego (2013), que la defensa de la persona, aparte de preventiva, debe ser unitaria e integral, y en este sentido se hace referencia a la tutela resarcitoria, cuando naturalmente se ha afectado cualquiera de los atributos o bienes jurídicos que componen la personalidad del ser humano, llámese libertad, vida, integridad física y psíquica, identidad personal, intimidad personal y familiar, etc.

En esta misma línea, el Tribunal Constitucional (2007) ha puesto de manifiesto que es un principio jurídico esencial, que todo aquel que causa daño a otro está obligado a indemnizarlo (STC Exp. N.º 1776-2004-AA/TC, f. j. 50). Los daños que involucra la afectación de los derechos de la personalidad, por su naturaleza serán *prima facie* de naturaleza extrapatrimonial, aun cuando indirectamente es posible que generen, a la vez, consecuencias patrimoniales (verbigracia, si como consecuencia de una lesión en el brazo, la víctima tuvo que dejar de trabajar y percibir su salario durante un mes).

Por tanto, debemos concluir en que la institución jurídica de daño a la persona, más allá de encontrarse regulada en el artículo 1985 del Código Civil, tiene carta de ciudadanía en la Constitución Política, por llamarlo de algún modo, al implicar el atentado a derechos fundamentales de la persona, reconocidos en la Constitución Política del Estado.

Buena parte de la constitucionalización de los derechos de la persona se debe a la necesidad de proteger a la persona como fin supremo de la sociedad y razón de ser de todo el sistema jurídico, reconocido así por las constituciones modernas y, por lo tanto, capaces incluso de derrotar el ejercicio de otros derechos de igual naturaleza (Cristie, 2013).

Bajo esta premisa, se acepta sin ninguna duda que la tutela resarcitoria o indemnizatoria de estos derechos es también un derecho de orden constitucional. Precisamente, en esto radica la influencia del derecho constitucional en esta rama del derecho privado, al haberse configurado la responsabilidad civil como un sistema de protección legal de derechos fundamentales.

Tiene mucha razón Néstor Sagües (2006) cuando dice que no todos los temas del mundo jurídico son captados por el derecho constitucional, pues la mayor parte de asuntos del derecho privado no son de competencia del derecho constitucional, aun cuando se advierta una paulatina y mayor constitucionalización de ellos. Agrega, el derecho a la reparación de los daños es una buena muestra de este fenómeno, que habría atravesado por distintos estadios. En un primer momento, al que llama derecho constitucional de primera etapa, se refie-

re al reconocimiento del derecho a la indemnización en casos de expropiación (textos constitucionales liberales del siglo XVIII, como el caso de la constitución norteamericana de 1787). Una segunda etapa corresponde al momento en que se reconoce el derecho a obtener una indemnización por error judicial (Constitución Política del Estado del Perú de 1933). Una tercera etapa está representada por las constituciones que reconocen el derecho a obtener una indemnización cuando se afecte derechos liberales y sociales, como el honor, la imagen, domicilio, el medio ambiente, etc. Y, finalmente, una cuarta etapa de reconocimiento del derecho a obtener una indemnización por lesiones a los derechos fundamentales, la cual sin embargo proviene desde afuera de los ordenamientos jurídicos nacionales. Es la etapa en la que los tratados y/o convenciones internacionales reconocen el derecho de las víctimas de obtener la indemnización por daños sufridos por la vulneración de sus derechos fundamentales (Pacto de San José de Costa Rica, la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación, la Convención contra la tortura, el Pacto internacional de derechos civiles y políticos, entre otros). Este derecho ha sido constitucionalizado al interior de cada orden jurídico nacional, por obra de su incorporación al derecho doméstico (Sagües, 2006).

En la Constitución Política de nuestro país, es claro que existe un marco normativo de regulación (de rango constitucional) del derecho a la reparación o indemnización de los daños, aunque marginalmente la norma se refiera —solamente— a los casos puntuales de daños al derecho de propiedad expropiada y al caso de errores judiciales o privaciones de la libertad arbitrarias (arts. 70⁽¹¹⁾, 139, inc. 7⁽¹²⁾ de la Const.). No obstante, es evidente que si existe norma constitucional expresa que dota de rango constitucional al derecho a obtener una jus-

(11) **Artículo 70.- Inviolabilidad del derecho de propiedad.**

El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.

(12) **Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional**

(...)

7. La indemnización, en la forma que determine la ley, por los errores judiciales en los procesos penales y por las detenciones arbitrarias, sin perjuicio de la responsabilidad a que hubiere lugar.

ta indemnización en supuestos de afectación de derechos constitucionales como la libertad, eventualmente, presunción de inocencia, honor, la vida, entre otros, que se pueden ver comprometidos por razón de un error judicial, así como el derecho de propiedad en caso de expropiación, no se encuentra razón alguna para no hacer extensible la categoría de derecho de rango constitucional, a una justa reparación o indemnización, cuando se vean comprometidos otros derechos subjetivos constitucionales no contemplados de forma expresa.

Asimismo, es pertinente citar sobre este tema, las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los casos «María Elena Loayza Tamayo vs. Perú»⁽¹³⁾ y «Alberto Cantoral Benavides vs. Perú»⁽¹⁴⁾.

VI. Conclusiones

Se extraen como conclusiones de los aspectos de la persona humana y su justa reparación o indemnización, tratados en este trabajo, los siguientes:

La persona humana y su dignidad son valores constitucionales de primer orden en el Estado Constitucional de Derecho, de manera que es plausible señalar que su respeto y protección es la razón de ser de toda sociedad civilizada.

La dignidad de la persona humana radica en la naturaleza misma del ser humano, lo que significa que en nuestra condición de seres humanos no es posible hacer distinciones sustentadas en condiciones prohibidas, como la cultura, el origen étnico, capacidad económica, color de piel, religión, etc.

Los derechos de la persona, llamados también derechos subjetivos, derechos fundamentales, derechos constitucionales, derechos innatos, etc., sirven para hacer valer la dignidad de la persona como fin supremo de la sociedad, y hacer factible que éste alcance su plena realización o proyecto vital.

(13) Caso resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sentencia del 17 de septiembre de 1997, en el que se encontró responsable al Estado peruano, por haber violado el derecho a la libertad personal, integridad personal, las garantías procesales en el doble juzgamiento al que fue sometida (fuero militar y civil) por traición a la patria y terrorismo; asimismo, se ordenó que el demandado Estado peruano la ponga inmediatamente en libertad y le pague una indemnización por los daños.

(14) Caso resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sentencia del 18 de agosto de 2000, en el que se encontró responsable al Estado peruano por haber violado el derecho a la libertad personal, integridad personal, garantías procesales (fuero militar y civil), cuando fue juzgado por traición a la patria y terrorismo. Se ordenó que el Estado peruano le pague una indemnización por los daños sufridos.

La tutela resarcitoria o indemnizatoria de los daños a la persona goza del más alto nivel de protección en el Estado Constitucional de Derecho, pues está enderezada a proteger derechos fundamentales de la persona humana, y en esa medida no se puede subvalorar frente a la tutela resarcitoria de los daños de naturaleza patrimonial. Ergo, la tutela resarcitoria o indemnizatoria de estos derechos es también un derecho de orden constitucional.

VII. Lista de Referencias

- CALVO COSTA, C. (2003). *ACADERC*. Recuperado el 25 de 03 de 2021, de Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba: <http://www.acaderc.org.ar>
- CRISTIE, G. (2013). La intersección de la responsabilidad extracontractual y el derecho constitucional y los derechos humanos. En C. Bernal Pulido, & J. Fabra Zamora (Edits.), *AA.VV. La filosofía de la responsabilidad civil* (Primera ed., pp. 591-608). Bogota, Colombia: Unversidad Externado de Colombia.
- DE TRAZEGNIES, F. (1990). *La responsabilidad extracontractual* (Vol. I y II). Lima, Perú: Fondo Editorial PUCP.
- DWORKIN, R. (1989). *Los derechos en serio* (2.^a edición ed.). (M. Guastavino, Trad.) Barcelona: Ariel S.A.
- ESPINOZA ESPINOZA, J. (2008). *Derecho de personas* (5.^a edición ed.). Lima, Perú: Rhodas.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (2013). *Defensa de la persona humana*. En AA.VV., *La constitución comentada* (2.^a edición ed., Vol. I, pp. 43-47). Lima, Perú: Gaceta jurídica.
- (2015). Daño moral. En AA.VV., *Tratado de responsabilidad civil contractual y extracontractual* (1.^a edición, ed., Vol. II, pp. 245-294). Lima: Instituto Pacífico S.A.
- GUTIERREZ CAMACHO, W.; SOSA SACIO, J. (2013). *Dignidad de la persona*. En *La constitución cometada* (2.^a edición, Vol. I, pp. 25-42). Lima, Perú: Gaceta jurídica.
- KANT, E. (2007). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (Pedro M. Rosario Barboza ed.). (P. M. Rosario Barboza, Ed., & M. García Morente, Trad.) San Juan, Puerto Rico.

- KOTEICH KHATIB, M. (2012). *La dispersión del daño extrapatrimonial en Italia. Daño biológico vs. daño existencial. Observatorio de derecho civil: la responsabilidad civil*, 12, 115-129.
- SAGÜES, N. (2006). Notas sobre la dimensión constitucional del derecho a la reparación. *Instituciones de derecho privado*(4), 521-524.
- SEIFERT, J. (2002). *Dadum*. Recuperado el 25 de 03 de 2021, de Depósito Académico Digital Universidad de Navarra: <https://hdl.handle.net/10171/2597>
- VARSİ ROSPIGLIOSI, E. (2014). *Tratado de derecho de personas* (1.^a edición). Lima, Perú: Gaceta jurídica.
- VETTORI, G. (2012). *Daño no patrimonial y derechos inviolables. Observatorio de Derecho Civil: La responsabilidad civil*, 12, 55-65.

Derechos culturales: los hermanos pobres de los derechos humanos y los efectos de la pandemia

Cultural rights: the poor brothers of human rights and the effects of the pandemic

TORRES TORRES, Yorcka Uliana(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Reconocimiento de los Derechos Culturales en la normativa internacional y nacional. III. Lugar e importancia de los Derechos Culturales en relación a los Derechos Humanos. IV. Lecciones que nos deja la pandemia con respecto a los Derechos Culturales. V. Conclusiones. VI. Lista de referencias.

Resumen: Este breve artículo presenta una evaluación de los derechos culturales en el contexto de pandemia, abordando aspectos relacionados con la poca atención que reciben por parte del Estado, la relación de los Derechos Culturales frente a los Derechos Civiles, Políticos, Económicos y Sociales, la importancia que tienen para un Estado que busca el desarrollo integral de su sociedad, asimismo, se evidencia la necesidad de que los Estados replanteen y valoren estos derechos en la construcción de una sociedad resiliente ante las problemas complejos, como los causados por el COVID-19.

Palabras claves: Derechos Humanos, Derechos Culturales, cultura y COVID-19.

(*) xxxxx

Abstract: *This brief article presents an evaluation of cultural rights in the context of a pandemic, addressing aspects related to the little attention they receive from the State, the relationship of Cultural Rights versus Civil, Political, Economic and Social Rights, the importance that they have for a State that seeks the integral development of its society, likewise, there is evidence of the need for States to rethink and value these rights in the construction of a resilient society in the face of complex problems, such as those caused by COVID-19.*

Keywords: *Human Rights, Cultural Rights, culture and COVID-19.*

I. Introducción

Reza un adagio popular «sobre piedras, palos», que nos acerca a situaciones que van mal y surgen otros acontecimientos que las empeoran, justamente es esa la situación que plasmamos en el presente artículo toda vez que los Derechos Culturales, hermanos pobres de los Derechos Humanos reciben poca atención por parte de los Estados. Generalmente opacados y/o visibilizados desde el turismo, los Derechos Culturales ameritan un espacio para su planteamiento, implementación y sostenibilidad desde las instituciones que tienen a cargo responsabilidades directas con ellos, en el Perú, tendríamos que mencionar el Ministerio de Cultura, sin embargo, sabemos que en la mayor parte de países de la región el presupuesto que recibe el sector cultural es menos del 1 % recomendado por la UNESCO y la Organización de Estados Iberoamericanos (PUCP, 2017), y este es solo un pequeño ejemplo que nos acerca a la poca atención a este sector, puesto que, existen más falencias estructurales que no permiten que los ciudadanos accedan, participen y beneficien de ellos.

En tal sentido, el desarrollo del presente artículo se realiza desde una explicación acerca de la situación de los Derechos Culturales, para advertir cómo son tratados y en ese escenario cómo se relacionan con los Derechos Humanos (Civiles, Políticos, Económicos y Sociales), arribando así a destacar la importancia de los Derechos Culturales en un Estado que busca el desarrollo integral de su sociedad, preocupación que permite revisar las afectaciones a estos derechos en el contexto de pandemia y las recomendaciones que instituciones internacionales del sector cultura han emitido.

II. Reconocimiento de los Derechos Culturales en la normativa internacional y nacional

Luego de la Segunda Guerra Mundial y considerando que los derechos civiles y políticos se encontraban consagrados, asimismo, advirtiendo que estos

no contenían diversos derechos de carácter económico, social y cultural para el desarrollo de una vida digna, en el año de 1966 se genera un documento importante denominado Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), los cuales se caracterizan por ser derechos

(D)e implantación progresiva, considerados «programáticos» para cuya promoción el Estado debe tomar acciones positivas...El cumplimiento de dichos derechos depende en buena medida de la utilización de recursos disponibles y de la realización de ciertos cambios estructurales e institucionales (Harvey, 1995).

Que, si bien en documentos como la Declaración Universal de Derechos Humanos, en la Declaración de México (1945), la Carta de la Organización de Estados Americanos reformada por los Protocolos de Buenos Aires (1967), Cartagena de Indias (1985), Washington (1992) y Managua (1993) y en la Declaración Americana de los Derechos del Hombre y Ciudadano (1948) se reconocen aspectos de los Derechos Culturales, el PIDESC surge como un documento específico que aborda otros aspectos para el desarrollo de capacidades de las personas en relación a los Derechos Culturales, en el cual reconoce, en una lectura sistemática con otros documentos internacionales, las dimensiones de desarrollo de los Derechos Culturales como acceso, participación, goce y disfrute de estos, los cuales, como a continuación se observa, aunque hay que reconocer que se encuentran de manera dispersa han sido reconocidos en diversos documentos normativos, así tenemos: participar en la vida cultural de la comunidad (Declaración Americana); tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad (Declaración Universal); participar en la vida cultural (Pacto Internacional); participar en la vida cultural y artística de la comunidad (Protocolo de San Salvador); participar libremente en la vida cultural de su comunidad (Carta Africana); gozar de las artes (Declaración Americana); gozar de las artes (Declaración Universal); disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos (Declaración Americana); participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten (Declaración Universal); gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones (Pacto Internacional) y gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico (Protocolo de San Salvador). Lo cual supone una serie de compromisos desde los Estados para la materialización de estos compromisos internacionales.

Posteriormente, diversos documentos internacionales hacen referencia a otros enfoques que debe comprender los Derechos Culturales, uno que consideramos destacable en el marco del presente trabajo es el indicado en la Decla-

ración de Principios de la Cooperación Cultural Internacional, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO (1966), en el cual se declara que una finalidad de los Derechos Culturales es

hacer que todos los hombres tengan acceso al saber, disfruten de las artes y de las letras de todos los pueblos, se beneficien de los progresos logrados por la ciencia en todas las regiones del mundo y de los frutos que ellos derivan, y puedan contribuir, por su parte, al enriquecimiento de la vida cultural. (Robertson, 1978)

En tal sentido y desde los documentos internacionales, el acceso, participación, goce y disfrute de los Derechos Culturales constituyen los ejes fundamentales para su materialización, además que establecen acciones certeras y precisas que los Estados deben realizar para el desarrollo de los mismos.

En nuestro país, el reconocimiento de los Derechos Culturales puede ser apreciado en diversos instrumentos legales, a nivel del derecho interno, encontramos en la Constitución Política vigente diversos artículos que hacen referencia a ello. Así tenemos, en el artículo 2 inciso 17 en torno al derecho a participar en la vida cultural del país, artículo 2 inciso 19 a la identidad étnica y cultural la cual es protegida por el Estado, el artículo 14 en cuanto al rol de medio de comunicación y la formación cultural de los ciudadanos, artículo 17 con respecto a la preservación de la diversidad de manifestaciones culturales, artículo 18 y el rol de la universidad como difusor de la cultura, el artículo 21 en cuanto al patrimonio cultural de la nación.

Sin embargo, con el reconocimiento de los Derechos Culturales los Estados se cumple con una responsabilidad que los Estados deben tener frente a ellos, sin embargo, instancias como el Tribunal Constitucional ha ido más allá al afirmar que

La promoción de la cultura es un deber primordial del Estado Social y Democrático de Derecho, el cual, se manifiesta en tres aspectos: en primer lugar, el respeto a todas las manifestaciones artísticas, intelectuales, técnicas y científicas, así como la propiedad y valores de las comunidades campesinas y nativas; en segundo lugar, promover los actos que respondan al interés general, contribuyendo al fortalecimiento de la formación de la identidad nacional; en tercer lugar, no promover aquellos actos, que pudiendo ser culturales o encubrirse en lo cultural, transgreden el derecho fundamental a la paz, a la tranquilidad y a un ambiente equilibrado. (Jurisprudencia constitucional, 2005).

Esta amplia gama de responsabilidades que le corresponde a los Estados asumir, considerando la normativa internacional, nacional e inclusive el desarrollo jurisprudencial, establece deberes, compromisos que cada Estado debe asumir, buscando el acceso, disfrute, goce y deberes de hacer (promover actos culturales de interés general) y de no hacer (no promover aquellos actos que transgredan otros derechos fundamentales), como los citados en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano.

III. Lugar e importancia de los Derechos Culturales en relación a los Derechos Humanos

El reconocimiento de los Derechos Culturales, como proceso evolutivo, advierte la dimensión integral de desarrollo del ser humano, entendiendo que estos devienen de un proceso de articulación con Derechos Humanos Civiles y Políticos, en tal sentido, la relación entre ambos grupos de derechos se da en razón de la interdependencia entre ellos, característica natural todos los Derechos Humanos, por lo cual, no existe una sobreposición o jerarquía entre ellos, puesto que

Una muestra de la naturaleza común en todos estos derechos está en la proclamación de la interdependencia entre derechos civiles y políticos, por un lado, y económicos sociales y culturales, por otro, efectuada primero en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos realizada en Teherán en 19684, a la que luego se agregó el concepto de la complementariedad de estos derechos en la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, aprobada en 1986, y posteriormente en la Declaración y Programa de Acción de Viena de en 1993, en la que se plasmó la necesidad de tratar los derechos humanos de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso (Rubio, 2013).

Asimismo, reafirmado en jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, específicamente en el caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador, ha resaltado

La interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello (DH, 1º de septiembre de 2015, párr. 172).

Desde esta mirada, entendemos entonces la no jerarquía en los Derechos Humanos, sino, más bien, el enfoque de igualdad entre derechos, por tanto, estos merecen la misma atención por parte del Estado, sin priorizar solo a uno u otro, toda vez que el desarrollo integral del ser humano radica en la posibilidad de la interactuación permanente y coherente entre los derechos citados.

Esta mirada integral del ser humano traducido a través de los Derechos Humanos va en consonancia con la forma de Estado que actualmente, en gran parte del mundo, tenemos como es el Estado Democrático, Estado Constitucional que desarrollan una Constitución Cultural al interior de su Carta Magna, noción desarrollada por Peter Häberle al entender a la Constitución como expresión de un estadio cultural y «expresión de un nivel de desarrollo cultural, instrumento de la representación autónoma de un pueblo, reflejo de su herencia cultural y fundamento de nuevas esperanzas» (Häberle, 2002)

Además, es necesario considerar los aspectos representativos de la cultura en la sociedad, de tal manera entender la trascendencia e importancia para el desarrollo real de un Estado, es así que

La cultura ha sido esencial en el discurso político del estado nacional y su proyecto de operar con eficacia una clausura de sentido para integrar la «sociedad nacional» como totalidad homogénea, delimitar fronteras físicas y simbólicas, controlar, disciplinar y patrimonializar símbolos, valores y lengua legítima (Yúdice, 2002)

Este elemento articulador y dinamizador de la sociedad denominado cultura, desde el ejercicio inherente de las capacidades ciudadanas se materializa en los Derechos Culturales, los cuales por reconocimiento internacional y nacional deben ser asumidos por los Estados para su implementación efectiva en la sociedad, partiendo por Estados que manifiestan a través de diversas instituciones y políticas públicas su compromiso y capacidad de ejecución para su cumplimiento, entendiendo cabalmente que «La sociedad contemporánea es una sociedad de la cultura en la medida en que la cultura se encuentra en el centro mismo de la re-producción simbólica y material de la vida social» (Yúdice, 2002), y por ello, se puede afirmar que, como componentes en la vida de cada ciudadano, «los derechos culturales son fundamentales para la experiencia humana y esenciales para el ejercicio de otros derechos humanos universales y el logro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible» (Naciones Unidas, 2021), asimismo, estudiosos como el Dr. Enrique López-Hurtado, coordinador del Sector Cultura de la UNESCO Perú ha manifestado que «No se pueden entender procesos de desa-

rollo en los que la cultura no sea un eje transversal» (PUCP, 2017), y es que la importancia de la cultura, por lo cual devienen los Derechos Culturales, no amerita solo un reconocimiento en papel sino en las políticas e instituciones estatales.

En el Perú, a diez años de haberse creado el Ministerio de Cultura según la Ley N.º 29565 y a través del D.S. N.º 009-2020-MC se aprueba la Política Nacional de Cultura del Perú, documento que contiene «la identificación de problemas o necesidades que enfrenta la población que son priorizados en la agenda pública» (CEPLAN, 2021), en tal sentido, este importante documento indica que:

La Política Nacional de Cultura también reconoce los efectos directos e indirectos que los derechos culturales puedan tener sobre las esferas del desarrollo sostenible. Se reconoce su impacto sobre la inclusión social, apostando por la afirmación de políticas interculturales para la reducción de brechas y desigualdades. Reconoce el impacto sobre el ambiente, e insta al desarrollo cultural sostenible con el respeto y difusión de nuestros valores y principios de política ambiental. Reconoce el impacto sobre la economía, por la generación de empleo, productividad y competitividad en el país. Finalmente, reconoce el impacto sobre las formas de gobernanza democrática y de ejercicio de ciudadanía (Ministerio de Cultura del Perú, 2020).

Sin embargo, tal como afirma Januzs Symonides, quien fue un destacado abogado polaco que ocupó cargo importantes en la UNESCO, manifestó que los derechos culturales son una categoría descuidada de los derechos humanos, sea por la dispersión normativa existente que no permite tener una codificación ordenada de la norma, por poca atención normativa que se manifiesta en la Constituciones Políticas de los Estados al no tener un capítulo especial para su desarrollo, o también por que la definición de cultura es bastante frágil y se manifiesta así en el reducido reconocimiento de diversidad cultural o identidades culturales, reconocimiento y orden en torno a ello, puesto que, podría poner en peligro la unidad nacional. Symonides manifestó que en cultura se debe hacer un trabajo de diagnóstico, recolección estadístico y proyección que contenga criterios claros y específicos, por ejemplo, al referirse a participar en una vida cultural los criterios que pueden ser medibles por los Estados como

disponibilidad de fondos para el fomento del desarrollo cultural y la participación popular; la infraestructura institucional establecida para la aplicación de las políticas encaminadas a velar por la participación popular y la promoción cultural de la identidad cultural como factor de apreciación mutua entre personas, grupos, naciones o regiones; la promoción

de la conciencia y el disfrute del patrimonio cultural de los grupos y minorías étnicas nacionales y de los pueblos indígenas; la función de los medios de difusión y de los medios de comunicación en el fomento de la participación en la vida cultural; la preservación y valorización del patrimonio cultural de la humanidad; la legislación que protege la libertad de creación e interpretación artísticas; la enseñanza profesional en el campo de la cultura y el arte, y cualesquiera otras medidas adoptadas para la conservación, el desarrollo y la difusión de la cultura. (Symonides, 2012)

Estos criterios que deben desarrollar la real y efectiva implementación de aspectos para el desarrollo de los Derechos Culturales en una sociedad, sin embargo, estos no son tomados en cuenta con rigidez, de tal manera que, por más que se cuente con declaraciones amables y voluntariosas acerca de la necesidad e importancia de los Derechos Culturales en un Estado se ven solo como buenas intenciones que no aterrizan ni se concretizan.

IV. Lecciones que nos deja la pandemia en relación a los Derechos Culturales

Teniendo como escenario el descrito anteriormente en cuanto a los Derechos Culturales, debemos entender que la pandemia los afectó aún más, según el Informe Cultura y COVID 19: seguimiento y respuesta, de la UNESCO, ha enumerado las principales, y no únicas, afectaciones con respecto a los Derechos Culturales en sus dimensiones de acceso, participación, disfrute y beneficio de la cultura, teniendo como principales problemas: el cierre de espacios públicos de patrimonio cultural: museos, sitios arqueológicos, patrimoniales y espacios que, desde la presencialidad eran parte de las actividades artísticas difundidas en cada lugar.

No en vano, la Asamblea General de las Naciones Unidas en el 46º periodo de sesiones del Consejo de Derechos Humanos abordó el tema: La COVID 19, la cultura y los derechos culturales; emitiendo el Informe de la Relatoría Especial sobre los derechos culturales Karima Bennouna, en el cual afirma que «La pandemia de enfermedad por coronavirus (COVID-19) constituye un cataclismo para los derechos culturales y amenaza con una «catástrofe cultural» mundial que tendrá consecuencias graves y duraderas sobre los derechos humanos si no se toman medidas eficaces de inmediato» (Naciones Unidas, 2021). Al respecto, en el documento mencionado la Relatora hace un llamado para que los Estados no solo eviten una catástrofe cultural, sino también, para que generen una renovación cultural como una condición básica «encaminada a reconstruir para mejorar» (Naciones Unidas, 2021).

Siguiendo con el documento antes mencionado, indica que los daños causados por el COVID 19 deben permitir identificar las personas representativas en el ámbito cultural que han fallecido producto de la enfermedad para mitigar sus ausencias en sus comunidades, asimismo, para reconocer la labor que han realizado; por otro lado, la crisis económica que se ha generado en torno a la pandemia ha afectado seriamente el sector cultural y a quienes laboran él, además que visiblemente Estados y donantes han disminuido notablemente su contribución al sector cultural. En cuanto al gremio de artistas y otros, se han visibilizado las carencias y desprotección hacia ellos, desde los compromisos que cada Estado debe asumir con ellos, el incremento de la violencia contra la mujer y de las tareas que cumple al prestar cuidados, limita a las mujeres a participar en la vida cultural, sumado a ello el cierre de espacios para interacción cultural, termina complicando el escenario.

Siguiendo con el Informe citado, y la importancia que tienen los Derechos Culturales en escenarios complejos, manifiesta que,

la cultura y el ejercicio de los derechos culturales han constituido medios vitales para aumentar la resiliencia, transmitir mensajes de salud pública, promover la solidaridad y fomentar la salud mental y el bienestar, en particular para los trabajadores sanitarios y los defensores de los derechos humanos (Naciones Unidas, 2021).

Por lo cual, disminuir el presupuesto al sector cultura, es atentatorio contra los Derechos Humanos, puesto que,

La inversión pública y la financiación suficiente se encuentran entre los factores más importantes para el disfrute de los derechos culturales y para la supervivencia y prosperidad de todos los sectores artísticos y culturales. Como mínimo, se debe atender a la recomendación de la UNESCO de que los Gobiernos destinen el 1 % del gasto total a la cultura, lo que se extiende también a los períodos de crisis de salud pública. (Naciones Unidas, 2021)

En tal sentido, podemos afirmar que las respuestas al COVID 19 deben mantener un enfoque en derechos culturales para la sostenibilidad de las medidas adoptadas y para que sean adoptados en diversos escenarios y marcos temporales, entendiendo que el enfoque mencionado aporta al bienestar, la resiliencia y el desarrollo humano. Cabe mencionar que el Informe Cultura y COVID19 arroja recomendaciones a los Estados para ayudar a mejorar las condiciones de los derechos humanos, las cuales son coherentes con las medidas indicadas en

el documento denominado La cultura en crisis-Guía de políticas para un sector creativo resiliente, en el cual se priorizan tres acciones a considerar como emergencias que deben ser atendidas: apoyo directo a los artistas y profesionales de la cultura, apoyo a los distintos sectores de las industrias culturales y creativas y fortalecimiento de la competitividad de las industrias culturales y creativas (UNESCO, 2021).

Las situaciones planteadas por los documentos antes citados, colocan a nuestro Estado, hoy más que nunca, con un compromiso firme con los derechos culturales, entendiéndolos en su dimensión de indivisibilidad con los derechos civiles, políticos, económicos y sociales, y considerar desde el Estado instituciones con capacidad de replantear la crisis tal como señaló el Ministro de Cultura de Paraguay Sr. Rubén Darío Capdevilla «el reto de convertir esta crisis en una oportunidad para el sector del que somos responsables. Nuestra prioridad es fortalecer nuestras instituciones para ofrecer una política cultural pública que permita garantizar servicios culturales a la ciudadanía y al sector cultural» (UNESCO, 2021).

La tarea de instituciones como el Ministerio de Cultura en esta etapa de crisis por el COVID19 es bastante compleja; como se advierte, los derechos culturales hoy más que nunca deben ser entendidos en su real dimensión e interacción con otros derechos y constituyen en soporte para una sociedad que busca el desarrollo integral y sostenible de sus ciudadanos.

En el Perú, se ha anunciado la elaboración de un plan de reactivación del sector cultura que para fines del presente año debe tener líneas claras de actuación, asimismo, se debe recordar, difundir y bajo los efectos de la pandemia analizar la Política Nacional al 2030 que en su contenido indica que

Esta Política tiene como punto de partida reconocer como un problema público, las limitaciones que tienen los ciudadanos y ciudadanas para ejercer plenamente sus derechos culturales. Es decir, sus derechos universales de todo individuo o colectivo para acceder, participar y contribuir en la vida cultural. Por esta razón, la apuesta es por reconocer y consolidar al ciudadano/a como sujeto de derecho cultural, desde su heterogeneidad multiétnica y multicultural (Ministerio de Cultura del Perú, 2020).

Es decir, partimos desde un escenario que nos hace referencia a un sector donde hay deficiencias institucionales y estructurales, y lógicamente que bajo los efectos de la pandemia estos se ven agudizados, por ello apelamos a la soste-

nibilidad de tomar la oportunidad de replantear, desde el Estado, el desarrollo de nuestros derechos culturales, con la importancia que amerita y la urgencia de su realización para el desarrollo integral de los Derechos Humanos, máximo si aportan, como señalan documentos de carácter internacional, al bienestar de las personas y más aún en contextos complejos como resulta ser una pandemia

V. Conclusiones

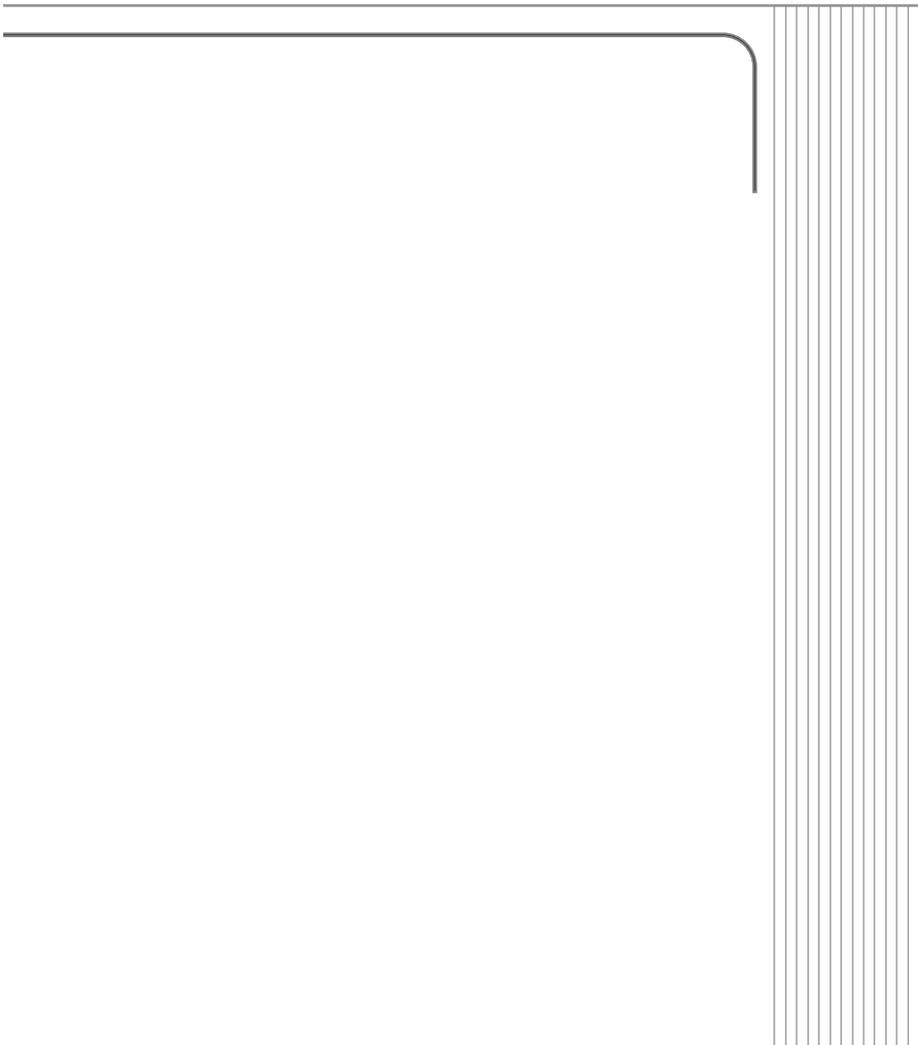
1. Los Derechos Culturales se encuentran articulados a los Derechos Humanos, pues existe una relación de interdependencia e indivisibilidad entre ellos, por tanto, la realización de unos depende para la realización plena de otros.
2. El ejercicio efectivo de los Derechos Culturales en sus dimensiones de acceso, participación, disfrute y beneficio permiten la plena realización de las personas entendidas como una unidad, a su vez mejora su experiencia como ciudadanos y el ejercicio efectivo de otros derechos.
3. Desde el sector estatal encargado de cultural, se requiere regular y aplicar criterios de medición y seguimiento en relación a los Derechos Culturales, de tal manera establecer diagnósticos y mejoras reales en el sector que se verán reflejadas en la realización de los Derechos Culturales por parte de los ciudadanos.
4. Corresponde revisar las políticas nacionales en cultura para que respondan a situaciones complejas como la pandemia, tornándose este sector en clave para la articulación e interrelación de la sociedad, más aún si nos referimos a sociedades multiculturales como la nuestra.

VI. Lista de referencias

- HÄBERLE, P. (2002). *Constitución como Cultura. Artículos seleccionados para Colombia*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo.
- HARVEY, E. (1995). *Derechos Culturales*. París: UNESCO.
- Jurisprudencia constitucional, Resolución N.º 0042-2004-AI/TC (Tribunal Constitucional del Perú 12 de Agosto de 2005).
- Perú, M. d. (diciembre de 2020). *Política Nacional de Cultura al 2030. Gobierno del Perú*. Obtenido de <https://www.gob.pe/institucion/cultura/informes-publicaciones/841303-politica-nacional-de-cultura-al-2030>
- ROBERTSON, A. (1978). *Los derechos humanos y la cultura*. París: Culturas - UNESCO.

- RUBIO, P. (2013). Los derechos económicos, sociales y culturales en el texto de la Constitución y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista de la Facultad de Derecho - PUCP*, 201-230.
- SYMONIDES, J. (19 de Setiembre de 2012). *RED PUCP*. Obtenido de <https://red.pucp.edu.pe/ridei/files/2012/09/120919.pdf>
- UNESCO. (2021). *La cultura en crisis. Guía de políticas para un sector creativo resiliente*. París.
- UNIDAS, N. (2021). *La COVID-19, la cultura y los derechos culturales*. New York.
- YÚDICE, G. (2002). El recurso de la cultura. Usos de la cultura en la era global. *LiminaR - Estudios sociales y humanísticos*, 1-7.

Derecho Administrativo



Regulación receptiva y otras estrategias de cumplimiento de obligaciones regulatorias

Responsive regulation and other regulatory compliance strategies

HUAMÁN SÁNCHEZ, Jorge Luis(*)

SUMARIO: I. Consideraciones preliminares. II. Estrategias clásicas de Enforcement. III. Estrategias recientes de Enforcement. IV. Responsive Regulation. V. Conclusiones. VI. Lista de Referencias.

Resumen: La emisión de una norma por parte de la autoridad gubernamental, genera en determinados agentes, una obligación de hacer, no hacer, dejar de hacer, entre otras, convirtiéndolos en agentes regulados. Dictada la norma todos esperamos que se cumpla, sin embargo, lo que ocurre realmente es todo lo contrario. Entre diversas razones, por qué las normas no se cumplen, es por su diseño, su imposibilidad de cumplirlas, su probabilidad de detección en caso de ser incumplidas, etc. En tal sentido, en el presente trabajo nos concentramos en la importancia de contar con una estrategia para hacer cumplir las normas al agente regulado, específica-

(*) Abogado por la Universidad Nacional de Cajamarca, Magíster en Regulación de Servicios Públicos por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Comentarios al correo: jorgehuaman@icloud.com

mente el Enforcement. Además, se describe y explica brevemente algunos de los enfoques sobre esta estrategia, además se aborda el principio de oportunidad, así como se explicará enfoque responsivo en la búsqueda de la aplicación normativa.

Palabras clave: Aplicación de la norma, regulación receptiva, enfoque disuasorio, enfoque persuasivo.

***Abstract:** The issuance of a standard by the governmental authority generates in certain agents, an obligation to do, not to do, to stop doing, among others, turning them into regulated agents. We all hope that the rule will be complied with, but what is really happening is quite the opposite. Among various reasons, why the rules are not complied with, it is because of their design, their impossibility of complying with them, their probability of detection in case of being breached, etc. In this sense, in this paper we concentrate on the importance of having a strategy to enforce the rules to the regulated agent, specifically enforcement. In addition, it briefly describes and explains some of the approaches to this strategy, as well as addressing the principle of timeliness, as well as explaining responsive approach in the pursuit of regulatory implementation.*

Keywords: Regulatory Enforcement, Responsive Regulation, Deterrent approach, Persuasive approach.

I. Introducción

Cuando la autoridad gubernamental emite una norma genera en determinados agentes una obligación de hacer, no hacer, dejar de hacer, entre otras, convirtiéndolos en agentes regulados. Estas obligaciones generalmente —no siempre— están acompañadas de una consecuencia, de manera tal que, si el Agente Regulado incumple u omite la obligación, se hace acreedor de una sanción. Esto suena sencillo cuando las obligaciones son claras y los agentes regulados están dispuestos a cumplirlas. La realidad demuestra que las obligaciones podrían ser tan complejas como incumplibles y, además, propensas a incumplirse si es que no se cuenta con un plan de cumplimiento. Así, las autoridades que tienen que hacer cumplir las obligaciones previstas en las normas, gestan batallas sin cuartel con los agentes regulados. En muchas ocasiones, los resultados son totalmente adversos a los objetivos perseguidos cuando se gestó la norma. Se pretendía sanear una conducta, mejorar la calidad de vida social, optimizar recursos, conseguir objetivos de eficiencia. A cambio se tiene interminables discusiones procedimentales, en donde, por lo extenso del tiempo, se pone en riesgo la oportunidad de la aplicación. La eficacia, en pocas palabras.

Un error que intenta corregir la planificación de emisión normativa, por ejemplo, realizando un análisis de impacto regulatorio, es asumir que las normas se cumplen sólo por el mero hecho de publicarlas en el Diario Oficial o ponerlas a disposición pública de todos los involucrados en cumplirlas. Lo que ocurre en la vida real es básicamente todo lo contrario. Entre diversas razones, las normas no se cumplen por su diseño, su imposibilidad de cumplirlas, su probabilidad de detección en caso de ser incumplidas, etc. En el presente trabajo nos concentramos en la importancia de hacer cumplir la norma creada, toda vez que nos interesa que una norma cumpla su objetivo. Y para empezar es necesario reconocer que cada norma que genera una obligación, por más pequeña que sea, acarrea un costo de transacción adherente que es el hacer cumplirla. Cuando se cuenta con obligaciones que generan elevados costos para cumplirlas, agentes regulados que preferirían no tener que cumplirlas y con escasos recursos, es el momento preciso en que debemos reconocer la importancia de tener una estrategia para hacerlas cumplir. A esta actividad se le conoce como *Enforcement*.

El *Enforcement*, término heredado del mundo anglosajón, viene a ser un conjunto de actividades, estrategias y mecanismos organizados que realiza la autoridad gubernamental para lograr que el Agente Regulado cumpla con los planteamientos normativos a los que está sujeto. Falla Jara (2009), siguiendo Hutter (1997), explica que el *Enforcement* de la ley no se refiere simplemente a la acción legal, sino que se extiende a una amplia gama de técnicas de *Enforcement* informal, incluyendo educación, consejo, persuasión y negociación.

Citando a Quintana y Villarán (2011), existen a) estrategias de obediencia, en donde encontramos la persuasión y la insistencia b) estrategias de cumplimiento y sanción (disuasivos), que son de dos clases (i) el enjuiciamiento y sanción general, que asume que el castigo de un Agente Regulado desmotivará a otros de incurrir en el mismo incumplimiento; y (ii) el enjuiciamiento y sanción, en específico, que asume que el Agente Regulado que ha experimentado un castigo previo estará más inclinado a esforzarse para evitar ser penalizado nuevamente en el futuro; y, por último, señalan c) estrategias de *responsive regulation* y *smart regulation*. Es oportuno indicar que esta clasificación es acorde a la que realizó Kagan en la introducción a la edición número 11 de la revista *Law & Policy* (1989), a la que denominó: *Understanding Regulatory Enforcement*.

Por otra parte, según Lehmann Nielsen & Parker (2009), las teorías que buscan explicar el *Enforcement* pueden dividirse en tres categorías:

- Aquellas teorías que ven a los agentes regulados motivados por cuestiones económicas calculadoras, el temor a la detección de violaciones y la aplicación de sanciones;
- Aquellas que buscan motivaciones sociales, el deseo de obtener el respeto y la aprobación significativa de los demás; y
- Aquellas teorías que buscan motivaciones normativas, el sentido del deber moral de cumplir y el acuerdo con la legitimidad de una regulación particular (que puede incluir evaluaciones de la justicia de la regulación tanto sustantiva como procesal).

En este documento describiremos brevemente algunos de los enfoques citados, incluyendo el Enforcement del perdón (*The Enforcement of forgiveness*) y el principio de oportunidad extraído de su fuente primaria que es el Derecho Procesal Penal. Finalmente, explicaremos con mayor detalle al enfoque responsivo⁽¹⁾.

II. Estrategias clásicas de enforcement

2.1. Deterrent approach

De la lista mencionada en la sección primera, quizá el enfoque todavía más utilizado en los marcos regulatorios es el disuasivo (*deterrent approach*). La mayor parte de instituciones reguladoras en el Perú encarnan el enfoque disuasivo de *Enforcement*, formalizado hace muchos años por Becker (1968) y Stigler (1970). De acuerdo con este enfoque, los agentes regulados deciden su obediencia de la ley de acuerdo con un análisis costo-beneficio. Estos comparan su utilidad de cumplimiento esperada, es decir, las ganancias esperadas cuando obedecen la ley, con la utilidad obtenida por la violación esperada, es decir, las ganancias esperadas cuando violan la ley.⁽²⁾ En consecuencia, el presupuesto que se tiene es que los agentes regulados obedecerán la ley sólo cuando su utilidad de cumplimiento esperada sea mayor que su utilidad de violación esperada (Oded, 2010)⁽³⁾.

(1) Cabe precisar que estos conceptos fueron ampliamente desarrollados en la tesis «La conveniencia de aplicar un enfoque responsivo para el cumplimiento de obligaciones en materia de servicios públicos de telecomunicaciones» (HUAMAN, 2018).

(2) Bonifaz y Montes, siguiendo a Becker (1968), Stigler (1970), señala que: «Los principales factores [en la aplicación del enfoque disuasivo] a utilizar son los siguientes
g = ganancia individual obtenida por el infractor
h = daño ocasionado por el infractor (harm, en inglés)
f = multa (fine, en inglés)
p = probabilidad de detección»

(3) Véase, por ejemplo, Becker (1968), Stigler (1970), Bardach y Kagan (1982).

Bajo esas premisas, el citado enfoque sostiene que los sistemas de *Enforcement* deben inducir el cumplimiento mediante el castigo de una mala conducta. Por ejemplo, al iniciar un procedimiento administrativo sancionador e imponer una sanción por incumplimientos de una determinada regulación establecida, el modelo de disuasión busca manipular los beneficios esperados asociados con las decisiones conductuales de los sujetos, e inducirlos a optar por el cumplimiento (Oded, 2010)⁽⁴⁾.

En palabras de Ochoa Mendoza (2016), en el enfoque disuasivo, lo que él denomina como «deterrence strategy», se parte de la premisa de que las personas actúan racionalmente ante los incentivos generados por una sanción. De esa forma, se considera que la mayoría de los sujetos regulados son seres «calculadores sin moral» que sólo cumplirán la ley en la medida en que existan altas probabilidades de detección y cuando la sanción sea severa.

Ilustremos este enfoque. Un Agente Regulado conoce que no puede vender un determinado producto que él comercializa sin que tenga una autorización expresa —que no la tiene—, por lo cual, si lo hace, debe pagar una multa ascendente a 100 soles. El Agente Regulado trabaja en una zona donde nunca ha acudido un agente municipal que pueda identificar si cumple o incumple (baja probabilidad de detección), además que, por la venta diaria de sus productos, podría generar rentas netas superiores a los 200 soles. Este enfoque, entonces, sugiere que el agente incumplirá debido a que los incentivos lo promueven a que le conviene incumplir. Para cambiar entonces el esquema de incumplimiento, debe elevarse el castigo y la probabilidad de detección, es decir, elevar la multa a más de 200 soles y al menos poner a un agente municipal que pueda identificar infractores en esa zona.

Ahora bien, este enfoque es criticado por las siguientes razones:

1. Típicamente asume que las sanciones por el incumplimiento detectado se determinan de manera cierta y oportuna.
2. Asume que las regulaciones son rigurosamente aplicadas (expost), es decir de manera perfecta, sin error del regulador.
3. Asume que, si se ha detectado el incumplimiento, este no es posible de ser perdonado (Malik, 2014).

(4) En palabras de Sharon Oded: «For that reason, the deterrence approach endorses penal, accusatory, and adversarial styles of Enforcement, which go harsh on lawbreakers; it warrants a close monitoring of potential violators and endorses a careful investigation of all signs of violations. This approach adheres to the 'black-letter of the law' and concentrates on coercing the literal orders of laws». (Oded, 2010)

Debido a estas consideraciones, los expertos en reglamentación y diseño normativo han argumentado que este enfoque ha demostrado ser ineficaz para asegurar el cumplimiento y fomenta innecesariamente una relación de antagonismo entre las instituciones reguladoras y los agentes regulados (Bardach y Kagan, 1982), (Malik, 2014), (Braithwaite, *The essence of Responsive Regulation*, 2011).

2.2. Persuasive approach

En lugar del enfoque disuasivo, diversos especialistas en materia de Enforcement han propuesto modelos alternativos, que son utilizados muchas veces de manera complementaria, más que sustitutoria. Por ejemplo, el enfoque persuasivo (persuasive approach), a través del cual se prefiere la cooperación, negociación y diálogo entre el regulador y el Agente Regulado a fin de alcanzar el cumplimiento de las normas (Ochoa Mendoza, 2016). Sin embargo, una de las desventajas que se ha detectado al enfoque persuasivo es que está basada en regulaciones que previenen los incumplimientos, pero lo que ocurre es que cuando se detectan los incumplimientos los reguladores tienden a perdonar, pero sin lograr eficacia en el mercado. Esto es, que no se logra modificar el comportamiento del Agente Regulado, quien asume que una disposición que no contiene propiamente una sanción punitiva está hecha para incumplirse (Malik, 2014).

Según Oded, (2010), cuando se supone que los reguladores son *good-apples* [podría decirse que muy blandos], el enfoque de cumplimiento persuasivo puede estimular una política incapaz de inducir el cumplimiento entre aquellos que no son intrínsecamente comprometidos socialmente⁽⁵⁾. Igualmente refieren Braithwaite & Ayres (1992), quienes al respecto aseveran que «el problema con el modelo de persuasión basado en una clasificación de las personas como básicamente buena —razonable, de buena fe, motivada a acatar la ley— es que no reconoce que hay algunos que no son buenos y que se aprovechan de ser presumidos como tales»⁽⁶⁾, con lo cual el rol del regulador terminaría siendo ineficaz y con fuertes pérdidas de respeto y por lo tanto, sin capacidad de control.

Según May & Winter (2000), un enfoque persuasivo forma parte de un enfoque o estilo flexible —igualmente como lo señalaron Quintana y Villarán

(5) Véase (Gunningham 2007).

(6) «The problem with the persuasion model, however, based as it is on a typification of people as basically good – reasonable, of good faith, motivated to abide by the law – is that it fails to recognize that there are some who are not good, and who will take advantage of being presumed to be so.» (Braithwaite & Ayres, 1992)

(2011)—, cuyas variantes difieren en grados de coerción que resultan cuando dicho factor es bajo (estilo de *Enforcement* persuasivo), y cuando es alto (estilo de *Enforcement* disuasivo). Estas denominaciones se han adoptado de Hutter (1997), quien crea estas categorías como medios estratégicos de *Enforcement*, para utilizarlas como parte de su evaluación a las inspecciones (supervisiones) de los reguladores en el Reino Unido. Hutter (1997) describe explícitamente estas etiquetas como variaciones en la propensión a usar la coerción, con la estrategia insistente siendo menos benevolente que la estrategia persuasiva.

III. Estrategias recientes de enforcement

3.1. Cooperative approach

Otro enfoque defendido por varios estudiosos es el *cooperative approach*. Este enfoque favorece la aplicación selectiva que tenga en cuenta las circunstancias de los incumplimientos observados (Scholz 1984). En particular, bajo el enfoque cooperativo, «los reguladores están más inclinados a interpretar las reglas con flexibilidad, particularmente cuando creen que las empresas están haciendo esfuerzos de buena fe para cumplir» (Harrison 1995). Se argumenta que el enfoque cooperativo tiene más probabilidades de resultar en un cumplimiento costo-efectivo y resultados regulatorios deseables (Bardach y Kagan, 1982).

Por ejemplo, en los Estados Unidos de América las directrices para la aplicación de las normas sobre la contaminación del agua recomiendan explícitamente que las agencias estén dispuestas a perdonar las violaciones a corto plazo y que las multas penales sean reservadas para violaciones voluntarias o negligentes (Russell et al., 1986, 2004) en (Malik, 2014).

3.2. Enforcement of forgiveness

Debemos referirnos a una novedosa propuesta realizada por Malik (2014) en su documento «*The Desirability of forgiveness in regulatory Enforcement*», mediante el cual presenta su modelo al que hemos denominado «*Enforcement del perdón*». Malik explica que dos rasgos comunes de este Enforcement son i) el perdón selectivo del incumplimiento y ii) la recopilación de información sobre las actividades de cumplimiento de un Agente Regulado, y no sólo su estado de cumplimiento. Con ello demuestra que el perdón del incumplimiento es óptimo si la información sobre las actividades de cumplimiento de una empresa constituye una evidencia suficientemente sólida de que la empresa ha ejercido un alto nivel de esfuerzo de cumplimiento.

De acuerdo con el *Enforcement del perdón*, el beneficio clave de perdonar el incumplimiento es una reducción en la probabilidad con la cual el Agente Regulado necesita ser monitoreado. La señal adicional del esfuerzo de cumplimiento de la firma, junto con la condonación selectiva, permite un aumento en la potencia del esquema de sanciones del regulador. Por lo tanto, el modelo proporciona una justificación simple basada en la eficiencia para implementar un *Enforcement* selectivo a partir de una evaluación de los esfuerzos de un infractor por cumplir con su obligación. Esto se logra en el contexto de un modelo de agente principal (no cooperativo) con riesgo moral (Malik, 2014).

En otras palabras, el *Enforcement* del perdón consiste en perdonar al infractor aquellas infracciones que, bajo una justificación sólida y advirtiéndose el esfuerzo del Agente Regulado por cumplir, no revisten de mayor importancia y no han afectado realmente al mercado, a la sociedad o al rol de la autoridad. Este mecanismo generaría una ventaja trascendente en cuanto la autoridad encargada de verificar el cumplimiento no perdería esfuerzos en casos que no sean de importancia respecto de un contexto en particular (sociedad, mercado, Agente Regulado).

De la aplicación del *Enforcement* del perdón se puede desprender que, si un Agente Regulado (autoridad gubernamental encargada de verificar que las normas se cumplan) tiene a la vista dos casos y por cuestiones presupuestales sólo puede llevar uno de ellos idóneamente, tendrá que ponderarlos y si es que uno de ellos resulta siendo irrelevante respecto del impacto que el incumplimiento ha generado, entonces se opta por no iniciar la persecución o por archivar el caso que lo originó.

Este estudio es a nuestro entender, una estrategia arriesgada, pero a todas luces consistente con el principio de costo-eficiencia, toda vez que Malik ha modelado a través de interacciones económicas una estrategia que en el derecho penal es utilizado con frecuencia para que los fiscales se deshagan de aquellos delitos menores que, si fuesen sancionados con condena, convertirían al sistema penitenciario en un mecanismo completamente inviable. Aquí se plantea el clásico ejemplo, donde una persona que haya hurtado una canasta de manzanas en un mercado es un delito; sin embargo, este delito tipificado en la norma penal con una pena privativa de la libertad no reviste de significativa relevancia de cara a un hecho en donde se ha descubierto a un agente violador de la libertad sexual. Está claro que ocurrirán delitos que, por su insignificancia, son inadvertidos por la autoridad o se resuelven en vías distintas. Por ejemplo, al que hurtó la canasta de manzanas, una vez identificado, se le exige devolverla. Para ello, no es necesario sostener un procedimiento que de hecho le costaría al Estado un monto económico considerablemente mayor que el valor de la canasta de manzanas.

3.3. Principio de oportunidad

El Principio de oportunidad consiste en otorgarle al infractor una posibilidad de reparar el daño ocasionado por su conducta a cambio de que la autoridad desista de iniciarle un proceso de sanción y es conocido como un medio de negociación que pone fin anticipadamente al proceso (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2014), lo que genera un gran beneficio en la sociedad y en la carga procesal del órgano jurisdiccional (por ahora, en el fuero penal).

Es una estrategia reconocida por la Ley justamente porque cumple con impulsar la resocialización del imputado, además de cumplir con la prevención que desea cumplir el proceso penal al sancionar determinado comportamiento, pues se debe entender que para la aplicación por parte del fiscal de este principio, se requiere primero que el autor del hecho lesivo sea capaz de manifestar su voluntad expresamente de querer someterse a la aplicación de este principio, es decir que sea posible individualizar al individuo y tome conciencia de la necesidad de resarcir dicho daño (Riveros-Barragán, 2008).

En cuanto a sus objetivos, conviene señalar que el más importante es el resarcimiento a la víctima pues al haberse causado un daño, es necesario que esta cuente con algún medio idóneo que le permita hacer frente a los actos lesivos ocasionados por el autor del hecho. De esta manera se logra hacer justicia sin llegar a un juicio tedioso y muchas veces tan extenso que podría vulnerar la economía procesal y pecuniaria del imputado.

De otro lado, el principio de oportunidad tiene una característica bien importante debido a que es un «medio que establece mecanismos y reglas alternativas para solucionar los referidos conflictos, de esta manera descongestionar al órgano judicial y dar solución pronta a necesidades de la sociedad, siendo necesario determinar casos en los que puedan ser aplicables alternativas (...)» (Gonzales Poma, 2008)⁽⁷⁾.

(7) Puede revisarse también a Roxin (1997) quien señala que en donde limita la definición del principio de oportunidad a una contraposición teórica al principio de legalidad, mediante el cual se faculta al fiscal para optar entre hacer efectivo el uso de acción u abstenerse de hacerlo, lo que implicaría a un sobreseimiento del proceso. Para esto es necesario que exista en la investigación suficientes elementos para determinar con mucha probabilidad que el imputado ha cometido el delito en cuestión. Criterio contrario al establecido por el doctrinario Maier (1989), el cual define a este principio como la posibilidad real de que los órganos públicos encargados de hacer efectiva la persecución penal, pueden prescindir de esta facultad frente a la ocurrencia de un hecho punible, incluyendo en este aspecto a la prueba que se encuentre más o menos completo de su perpetración.

Asimismo, en la doctrina también se ha establecido que las finalidades primordiales de este principio son:

- a) Descriminalización, frente a la concurrencia de hechos punibles calificados como «bagatela» el *jus-puniendi* suspende su ejecución a fin de alcanzar mejores resultados que los efectos que podrían causar la imposición de una pena, es decir se considera los criterios de utilidad de la sanción y políticas preventivas especiales y generales, dejando proscrita el absolutismo o retribución como efecto de aplicación de pena.
- b) Resarcimiento a la víctima; se permite resarcir el daño a la víctima evitando dilaciones de tiempo, resultando esta pronta y oportuna, evitando además que el procesado sea sometido a los efectos de una persecución en instancia jurisdiccional.
- c) Eficiencia del sistema; la aplicación del Principio de Oportunidad debe permitir reducir la sobre carga laboral en instancia jurisdiccional dejando que el órgano judicial conozca conductas delictuosas graves donde resulte necesario hacer uso de las medidas coercitivas facultadas por ley, así mismo debe evitarse el sobre poblamiento de internos en centros penitenciarios como ocurre en la actualidad en los diversos lugares del país (Benavides Vargas, s.f.).

3.4. Diferencias entre el Enforcement del perdón y el principio de oportunidad

Existe una sustancial diferencia entre estas estrategias de *Enforcement*. El *Enforcement* del perdón básicamente evita evaluar un presunto incumplimiento porque le resulta oneroso o no le resulta eficiente en términos económicos o de eficacia. Es decir, tomando conocimiento de un presunto incumplimiento, el regulador optaría por comunicar al Agente Regulado que no iniciará proceso de fiscalización, sin embargo, dependiendo de las condiciones del incumplimiento o su significancia podría evaluarse el esfuerzo que el Agente Regulado realizó para evitar incumplir.

En cambio, en el caso del principio de oportunidad, identificado el presunto incumplimiento se ingresa a realizar un acuerdo reparatorio entre el causante del daño, el regulador y el afectado si lo hubiere. Cuantificado el daño, si el infractor está dispuesto a evitar un proceso en el que se le puedan imputar cargos más elevados (multas, el registro de antecedentes), entonces se suscribe un pacto en el que el regulador renuncia a continuar con el proceso y el infractor

paga al afectado por completo o en partes la cuantificación económica del daño. Sólo procede en casos en donde esta cuantificación es posible y en donde las infracciones (delitos en el sistema penal) son leves o el daño causa, aun cuando el delito sea grave, cumpla con determinados aspectos en donde el infractor por provocar el daño se hizo daño así mismo, por ejemplo.

Es importante señalar que ambas estrategias podrían tener algunas desventajas en un sistema administrativo como es el peruano. Uno de los aspectos que provoca temor en las autoridades administrativas es el uso de la discrecionalidad y justamente estas dos estrategias comparten como similitud el amplio uso de la discrecionalidad de la autoridad administrativa. El temor está vinculado por resolver o decidir sobre causas que finalmente sean necesarias de llevar y que generen precedente negativo para que posteriormente por casos de relevancia, los agentes regulados aprovechen y escapen de la sanción. Morón Urbina (2016) ha señalado que estos temores ciertamente son infundados si se sostienen en una discrecionalidad administrativa que es justamente la facultad con la que gozan los reguladores⁽⁸⁾. En ese sentido, somos de la opinión que estas estrategias serían importantes en ser aplicadas, pero se trata de estrategias que no pueden aplicarse de forma individual. Ningún regulador podría optar por perdonar todos los casos o por llevar a negociación todos los presuntos incumplimientos a la norma. Son a nuestro juicio, herramientas que sirven para descongestionar el

(8) Sustraemos este extracto de Morón Urbina (2016, 387), con subrayados agregados: «Afirma con absoluta razón el profesor Ari Sunfeld refiriéndose a la gestión pública que «las dudas en relación con la adopción de acuerdos en ciertos casos pueden surgir, mas no deben prosperar» y que es tiempo de pensar en alternativas inteligentes a los tradicionales rituales sancionadores. Dudas que por cierto desconciertan a las entidades públicas temerosas de ejercer su discrecionalidad, de ser cuestionadas por actuar concertando con los administrados, o simplemente, atemorizadas frente a lo nuevo.

En palabras del mismo profesor que no podemos, sino que hacer nuestras, afirma que se duda con frecuencia que con estos acuerdos se renuncia al poder sancionador o que la administración —en caso de las multas— pierde un derecho económico en su favor. Pero no hay renuncia alguna, porque en el derecho administrativo contemporáneo, los medios disponibles para que la administración conduzca o exija a los privados aquellos comportamientos individuales en dirección de lo que ella considera que es correcto desde la perspectiva del interés público son cada vez más amplios. Aplicar inhabilitaciones, multar, amonestar, entre otros, son algunos de esos medios, los más tradicionales, por cierto. Pero la punición administrativa no es un fin en sí mismo, ni puede confundirse con ello. Es solo un simple instrumento de regulación para obtener los fines deseados. Los acuerdos de cese son nuevos instrumentos para alcanzar los mismos fines.»

tráfico de procesos, de tal manera que por la autopista sólo circulen aquellos que son de vital importancia, en los cuales el regulador va a ser riguroso de tal forma que el éxito de la sanción y la reversión de sus efectos sean eficaces y oportunos.

Entonces, el *Enforcement* del perdón y el principio de oportunidad dada su importancia son relevantes para nuestro planteamiento y forman parte de una estrategia conjunta.

De este modo, en la siguiente sección se estudia un enfoque híbrido como es la regulación responsiva, cuya aplicación se realizaría como un mecanismo anterior al inicio de un procedimiento administrativo sancionador.

3.5. Otros enfoques

Por otro lado, Kagan explica que en la literatura de investigación sobre *Enforcement*, a menudo se distinguen dos conceptos teóricos en la aplicación de las inspecciones: una estrategia orientada al cumplimiento y una estrategia orientada a la disuasión.

El objetivo de la primera es asegurar la conformidad con la ley por medio de asegurar el cumplimiento o tomando medidas para prevenir violaciones potenciales de la ley sin la necesidad de detectar, procesar y penalizar a los infractores. El propósito de este último es asegurar la conformidad con la ley detectando violaciones de la ley, determinando quién es responsable de su violación, y penalizando a quienes infringen regulaciones para disuadir violaciones en el futuro. Las estrategias de cumplimiento parecen estar inspiradas en un estilo cooperativo y acomodadizo, pero esto no siempre es así. Hay un continuo listado de estilos de *Enforcement* acomodativos y legalistas, que corresponden a resultados regulatorios excesivamente indulgentes y rigurosos (Kagan, 1989).

En efecto, existe una serie de enfoques y estilos y que trascienden a los procesos de *Enforcement* aplicados por los reguladores. Por ejemplo, Lesley McAllister realizó un estudio dirigido a identificar los estilos de *Enforcement* que se realizaban en el Sur Global (refiriéndose más bien a los países en vías de desarrollo) en el cual explora cómo el concepto de estilo de *Enforcement* ha tenido resultados sobre la regulación ambiental (McAllister, 2008).

Es preciso explicar brevemente que dentro de estos estilos o enfoques de *Enforcement* no se incluye a la autorregulación. Esto lo aclara puntualmente Aalders (2003) quien argumenta que para aplicar estrategias de *Enforcement* sobre la base de una perspectiva de control social, no es necesario que los gobiernos estimulen la autorregulación. *La autorregulación y el Enforcement son conceptos diferentes. En au-*

sencia de autorregulación en entornos industriales, es posible que el gobierno emplee el *Enforcement*. Además, es teóricamente posible que un *Enforcement* disuasivo sea utilizado como un respaldo necesario si los sistemas de autorregulación fracasan (Aalders, 2003).

IV. Responsive regulation

Braithwaite & Ayres fueron quienes introdujeron el enfoque de *Enforcement* denominado *Responsive Regulation*, Regulación Responsiva o Regulación Sensible (algunos la denominan incluso Regulación Responsable)⁽⁹⁾, mediante la publicación de su libro *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*. Desde esta publicación el desarrollo de la Regulación Responsiva se ha venido nutriendo de ideas conjuntas proporcionadas por una gran cantidad de estudiosos⁽¹⁰⁾. Muchos de ellos desarrollando ideas semejantes a la Regulación Responsiva de Braithwaite y Ayres⁽¹¹⁾. Sin embargo, la versión de Regulación Responsiva de Ayres y Braithwaite es, según Lehmann Nielsen & Parker (2009) la explicación más sostenida e influyente de cómo y por qué combinar estrategias de *Enforcement* disuasivas y cooperativas.

El Diccionario de la Real Academia Española define al término responsivo, como aquél perteneciente o relativo a la respuesta.⁽¹²⁾ Por otra parte, el *Law Dictionary* de Campbell Black (1995), define el término *responsive* como equivalente a estar ‘respondiendo’, constituyendo o comprendiendo una respuesta completa. Una «alegación de respuesta» es una que responde directamente a la alega-

(9) Por ejemplo, Bonifaz (2015) denomina a esta regulación como la Regulación Responsable.

(10) Entre quienes destacan, por ejemplo, Baldwin & Black, 2008; Black 2001, Braithwaite, con sus subsiguientes trabajos 2007, 2016. Lehmann Nielsen & Parker (2009) mencionan a autores que han contribuido con la Regulación Responsiva como Gunningham y Grabsky con su libro *The Smart Regulation*, 1994; Haines, Parker y Simpson.

(11) «(...) as ‘flexible Enforcement’ (Kagan 1994, p. 387; Rees 1994), ‘tit for tat’ regulatory Enforcement (Scholz 1984a, 1984b, 1991; see also Burby & Paterson 1993, Harrison 1995), and ‘creative’ Enforcement strategy (May & Burby 1998).» extraído de Lehmann Nielsen & Parker (2009)

(12) S.v. «Responsivo, va

Del lat. tardío *responsivus*.

1. adj. Perteneciente o relativo a la respuesta.

2. f. Méx. garantía (II fianza).

3. f. Méx. Documento mediante el que un médico se compromete a encargarse del tratamiento de un paciente enjuiciado y a cuidar de que no se escape.»

ción que se pretende cumplir⁽¹³⁾. Por su parte, Ochoa Mendoza (2016), precisa la palabra «responsive», en idioma inglés, significa «dar una respuesta positiva o reaccionar rápidamente a algo o alguien». En la esfera de las tecnologías de la información, específicamente en la informática, denominar a un sitio web como responsivo, implica que dicho sitio es capaz de adaptarse a cualquier dispositivo donde se visualice, sin que se perjudique su contenido.

Por tanto, podemos comprender que cuando se hace alusión a lo responsivo, en el marco regulatorio, es básicamente referirse a la respuesta idónea otorgada por el Agente Regulado frente a la obligación a cumplir, y a su vez, la respuesta otorgada por el regulador frente a la condición del cumplimiento y sus razones.

Este enfoque ha ganado notoriedad en los últimos años dado que es una composición de los dos enfoques clásicos y antagónicos: disuasivo y persuasivo. Tiene un efecto sancionador (*deterrent approach*) pero también es cooperativo, negociador o abierto al diálogo (Ochoa Mendoza, 2016). Sus herramientas permiten armar una estrategia lo suficientemente concreta para que el enfoque del regulador se centre en que las normas vigentes que moldean el mercado se cumplan eficaz y oportunamente⁽¹⁴⁾.

La regulación responsiva se basa en la capacidad de respuesta de los agentes regulados a la conducta deseada por el regulador. La regulación responsiva permanece adyacente —al menos en las etapas iniciales— al punto de partida de los modelos de cumplimiento y presupone una «naturaleza respetuosa de la ley» por parte de los sujetos regulados (Braithwaite & Ayres, 1992).

La regulación responsiva promueve el uso de medidas reglamentarias «blandas», como la persuasión y la orientación, como las primeras medidas a aplicarse. Bajo esta estrategia, los reguladores o autoridades encargadas de la supervisión y fiscalización de la ley deben estar atentos a las reacciones de los agentes regulados antes de escalar la intervención reguladora. Así, el núcleo de este enfoque es la Pirámide de Cumplimiento, que ilustra una estrategia gradual (más blanda al principio,

(13) Traducción libre de la siguiente s.v.: «Responsive. Answering; constituting or comprising a complete answer. A «responsive allegation» is one which directly answers the allegation it is intended to meet»

(14) «The main contribution of responsive regulation theory to our understanding of regulatory Enforcement and its impact on compliance is its recognition that different people have different motivations for complying, and not complying, with the law, and that the same person or firm can have multiple, potentially conflicting, motivations for compliance, which Braithwaite calls 'multiple selves' (Ayres & Braithwaite 1992, pp. 30-35; Braithwaite 2002, p. 41)» (Lehmann Nielsen & Parker, 2009).

más severa al final) en relación con cómo reacciona el Agente Regulado frente a la norma y frente a la autoridad que hace cumplir la norma (Braithwaite, 2011).

En la base de la Pirámide de Cumplimiento (Ilustración 1) están las medidas de prevención, consultivas, conciliadoras y persuasivas, en el medio están las sanciones administrativas leves y en la parte superior se encuentran las sanciones más punitivas, que determina que son lo suficientemente indeseables para detener el comportamiento de los infractores más osados o recalcitrantes (por ejemplo, sanciones penales) con sanción de incapacitación en la cúspide de la pirámide. Según (Braithwaite & Ayres, 1992), los reguladores deben concentrar la mayor parte de su actividad en la parte inferior, escalar sólo las medidas si es absolutamente necesario y desescalar siempre que sea posible. Por consiguiente, este enfoque propone que los reguladores, al aplicar el proceso de Enforcement, no adopten una estrategia únicamente disuasiva ni sólo persuasiva. Antes bien, una política de regulación responsiva es una forma «socialmente inteligente» para que el regulador reaccione ante el comportamiento del regulado (Lehmann Nielsen & Parker, 2009).

Ilustración 1:

Pirámide de cumplimiento, según Braithwaite & Ayres



Fuente: (Braithwaite & Ayres, 1992). Elaboración propia.

4.1. Supuesto impacto de la Regulación Responsiva en el Agente Regulado

Según Braithwaite (2002) cada caso que llega a conocimiento del regulador y que adopte medidas (por ejemplo, sancionadoras) contra el Agente Regulado tendrá un impacto —bueno o malo— en la cooperación futura de este Agente Regulado frente al regulador. La aplicación de un proceso de Enforcement que no encuentra una respuesta esperada del Agente Regulado resultará desacertada y causará la falta de cooperación y el rompimiento de la ley en el futuro.

La regulación responsiva es principalmente una teoría sobre cómo las relaciones apropiadas entre el regulador y los regulados durante la investigación y la aplicación deberían conducir a una actitud más cooperativa en el futuro, donde el Agente Regulado trabajará para lograr el cumplimiento de los objetivos de la ley. Por lo tanto, la hipótesis de un Enforcement responsivo debe llevar a una actitud más cooperativa y complaciente en el futuro. También debe conducir a comportamientos en los que buscan promover su propio cumplimiento en el futuro (autorregulación).

4.2. Lo que se espera de la aplicación de una regulación responsiva

De las hipótesis planteadas por Lehmann Nielsen & Parker (2009) con relación a lo que se espera obtener de la aplicación de la regulación responsiva, podemos describir lo siguiente:

- Se espera que los agentes regulados evalúen los resultados provenientes de las acciones de investigación, fiscalización o supervisión de manera que su cumplimiento sea mejor que cuando el regulador no ha actuado de manera responsiva.

Los Agentes Regulados deberían interiorizar la actuación del regulador durante todo el proceso de investigación como más justo y menos estigmatizante. «*They should also learn things that are generally considered positive for increasing legal compliance, such as how to comply better and that it is good to cooperate with the regulators. They should not have learned things that are negative for legal compliance, such as how to get away with breaches or to fight with the regulator*».⁽¹⁵⁾

(15) «También deben aprender cosas que generalmente se consideran positivas para aumentar el cumplimiento legal, tales como cómo cumplir mejor y que es bueno

- Se espera que la opinión general de los agentes regulados respecto del regulador sea positiva cuando actúa de manera responsiva, que cuando el regulador no ha actuado *responsivamente*. Por lo tanto, los agentes regulados deben asumir que el regulador, aplicando la regulación responsiva, se muestra más sustancial y procedimentalmente más justo y flexible.
- Se espera que el Agente Regulado demuestre que está cumpliendo con la ley y que actúe conforme a la ley.
- Se espera que los agentes regulados que han experimentado la aplicación de la regulación responsiva tendrían un nivel más alto de comportamiento de gestión de cumplimiento diario, en comparación con aquellos agentes regulados que no han experimentado este enfoque.

Lehmann Nielsen & Parker (2009) señalan que probar estas hipótesis, no es nada sencillo, porque se necesita especificar, operacionalizar y medir la regulación responsiva. Esto es intrínsecamente difícil, ya que la propia regulación responsiva propone que la autoridad encargada de hacer cumplir la ley debe hacer juicios muy contextuales sobre cómo comportarse en circunstancias particulares.

4.3. Tit-For-Tat y Justicia Restaurativa

Lehmann Nielsen & Parker (2009) sugieren que la regulación responsiva de Ayres y Braithwaite puede ser interpretada de dos maneras alternativas:

- «Regulación responsiva aplicando el Tit for Tat⁽¹⁶⁾»; y,

cooperar con los reguladores. No deberían haber aprendido cosas que son negativas para el cumplimiento legal, tales como cómo escapar de las violaciones o para luchar con el regulador.» Traducción libre.

- (16) Tit-For-Tat: Estrategia del Toma y Dada, o en otras palabras, de la reciprocidad. La estrategia Tit-For-Tat se basa en la teoría de los juegos. En esta estrategia, los actores comienzan con la cooperación y si el otro actor retribuye, puede desarrollarse un intercambio cooperativo. Si el otro actor responde con evasión o felonía, aprovechando la confianza inicial, entonces el primer actor tomaría represalias con la evasión. El actor copia la acción del otro actor. Braithwaite & Ayres (1992) llamaron a esta actuación como confianza en la cooperación. El principio general de capacidad de respuesta es adaptar el estilo de intervención del regulador a la propensión y capacidad de los agentes regulados para cumplir (Six, 2012).

— «Regulación responsiva aplicando la Justicia Restaurativa⁽¹⁷⁾».

Sin embargo, ambos caminos se dirigen a una sola hipótesis: el Agente Regulado que experimenta una regulación responsiva tendrá fundamentalmente, una mejor conducta para cumplir con las normas que un agente que no experimente la aplicación de este enfoque.

Ahora bien, a diferencia de lo propuesto por Lehmann Nielsen & Parker (2009), consideramos que el método promovido por el enfoque de la Regulación Responsiva comprende una aplicación diferente de la estrategia «Tit-for-Tat», toda vez que se cuenta abiertamente con un sistema escalonado de sanciones, conforme se mostró en la ilustración precedente. No obstante ello, se resalta el hecho que la autoridad encargada de hacer cumplir la ley debería adoptar inicialmente un enfoque de conformidad con los Agentes Regulados, utilizando una variedad de instrumentos persuasivos y de asesoramiento.

En caso de que este enfoque no produzca un efecto de cumplimiento, la agencia debería pasar a la aplicación de una serie de métodos con un au-

(17) «La justicia restaurativa es un proceso en el que todos los interesados afectados por una injusticia tienen la oportunidad de discutir cómo se han visto afectados por la injusticia y decidir qué se debe hacer para reparar el daño. Con la delincuencia, la justicia restaurativa se basa en la idea de que, debido a que el crimen afecta, la justicia debe sanar.» Traducción Libre de lo señalado por Braithwaite (Six, 2012), quien continúa indicando al respecto: «It follows those conversations with those who have been hurt and with those who have afflicted the harm must be central to the process. Empirically it happens to be the case that victims of crime are more concerned about emotional than material reparation (Strang, 2003). Lawyers are obviously not well placed to give an account of these emotional harms and how they might be healed. Hence, the practice of restorative justice has become a de-professionalizing project. Yet we will see that lawyers still have an important, though decentered, place in a restorative justice system. Restorative justice comes in many forms. The most common in Europe and North America is victim-offender mediation. But the movement, inspired by New Zealand conferring and Canadian circle innovations, has been toward widening the circle to include supporters of the offender, supporters of the victim and sometimes other kinds of stakeholders from the community such as representatives of the school community when a crime occurs at school, or a congregation where it occurs within a church. So the first stage under most conferencing models is to approach the victim and offender to ask them not only to participate in a meeting with each other, but also to ask them to nominate who they would most like to have support them during the conference.»

mento gradual de la presión, empezando por prácticas blandas (tales como las comunicaciones preventivas, las advertencias, los apercibimientos), escalando gradualmente a sanciones administrativas y agravando penalizaciones criminales e incapacitación. La escalada de las medidas debería responder al grado de falta de cooperación de la empresa, y debería ir acompañada de un aumento de la probabilidad de detección, es decir, de la frecuencia de inspecciones (Oded, 2010).

De hecho, un principio básico de la Regulación Responsiva es que los reguladores deben ser sensibles a la cultura, la conducta y el contexto de aquellos que buscan regular cuando se decide si se necesita una respuesta más o menos intervencionista. En otras palabras, «*palabras suaves antes de palabras duras, y zanahorias antes de palos*» (Wood, Ivec, Job, & Braithwaite, 2010). La Regulación Responsiva también reconoce la necesidad de una diversidad de estrategias regulatorias y la necesidad de que todas las estrategias se basen prácticamente en un contexto apropiado.

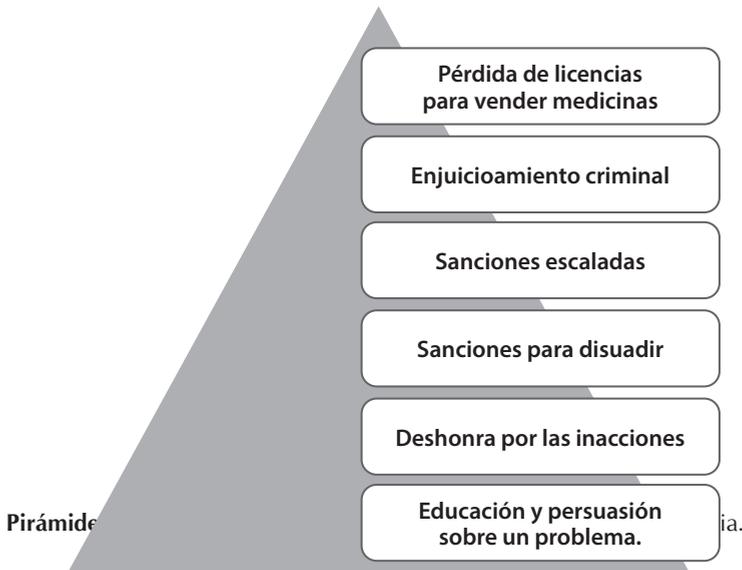
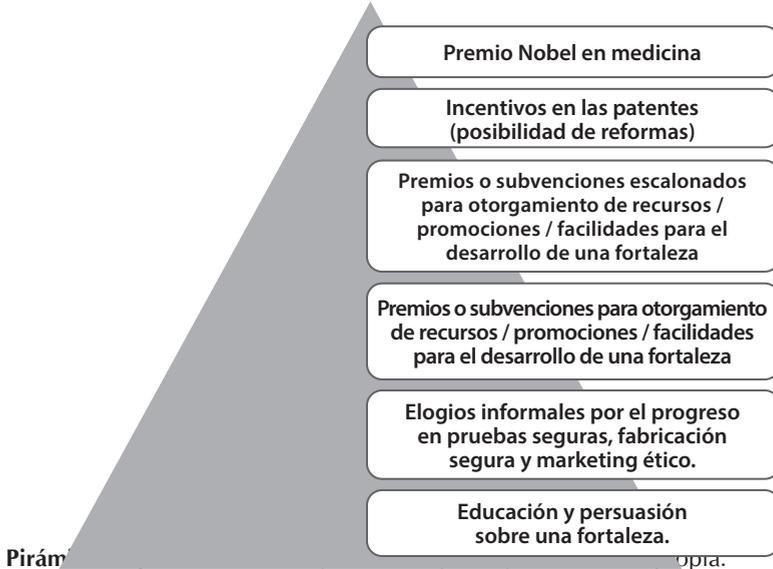
Por otro lado, el aspecto de la teoría de la regulación responsiva que tiene relevancia es la pirámide de soporte en contraste a la pirámide de sanción. Si por un lado, frente a incumplimientos del Agente Regulado hay una advertencia o medida impositiva por parte del regulador y el Agente Regulado llega a tener un comportamiento distinto, mejor de lo esperado, empieza a escalar en una pirámide donde lo que conseguirá son incentivos para continuar desarrollándose en el mercado, como una especie de premio.

Así de acuerdo con Braithwaite, la regulación japonesa ha sido más efectiva que la regulación europea y mucho más que la regulación estadounidense reduciendo el daño ambiental que causan los automóviles. Esto es a pesar de que la aplicación ambiental japonesa ha sido legislativamente y punitivamente débil. La clave del éxito japonés ha sido fomentar la competencia en la excelencia de la ingeniería para llevar la economía de combustibles a través de nuevos techos (Braithwaite, *The essence of Responsive Regulation*, 2011), y ello se debió a la inclusión de premios cuando los cumplimientos eran mejor de lo esperado.

En la siguiente ilustración se desarrollan dos pirámides de «premios y sanciones», realizados por Braithwaite con Graham Dukes y James Maloney sobre la regulación de medicamentos, los cuales figuran en su publicación en inglés «*The essence of Responsive Regulation*».

Ilustración 2

Pirámides de premios y sanciones de Braithwaite (traducción propia)

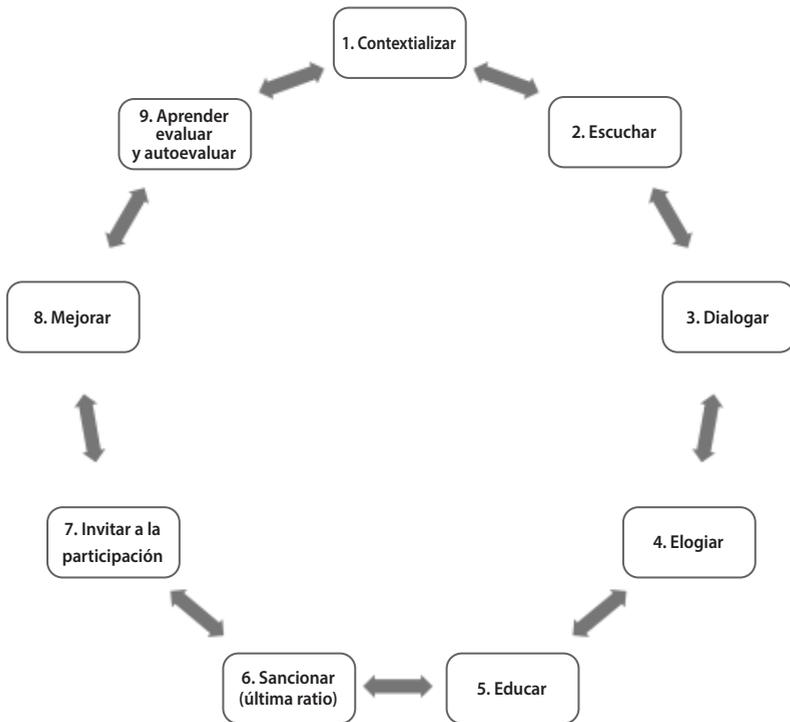


Como se aprecia, a medida que avanzamos en la pirámide de sanciones, hay intervenciones cada vez más exigentes. La idea de estas pirámides es que en cualquier caso, se empieza con una presunción que es en la base de la pirámide.

Como se observa, la teoría regulatoria responsiva pretende alcanzar un sistema legal donde los ciudadanos aprendan que la capacidad de respuesta es la forma en que funcionan nuestras normas legales. Esto es, obedecer sin tener que esperar la vigilancia, sino que el obedecer puede ser positivo.

Los reguladores responsivos buscan estrategias contextuales, integradas y unidas que trabajen en sinergia. Eso sí, evitando combinaciones incompatibles de estrategias. En ese contexto, Braithwaite da a conocer nueve principios sobre los cuales debería erigirse una regulación responsiva. Estos principios se grafican de la siguiente manera:

Ilustración 3
Cadena de los Principios de la Regulación Responsiva



Fu

Ahora bien, en la práctica se han desarrollado enfoques constituidos en virtud de la Regulación Responsiva, vinculándola con la intervención administrativa en materia sancionadora. Matías (Guiloff Titium & Soto Delgado, 2015), advirtieron que las normas tenían o tienen un enfoque netamente rígido (rigidez legal), dado que el Derecho Administrativo se orienta a la eficacia o efectividad de objetivos, teniendo en cuenta el respeto al debido procedimiento y a la legalidad de las acciones, sobre todo aquellas que van a ser realizadas por la autoridad administrativa. Mientras que apreciaron que un enfoque responsivo podía contener diversas alternativas para finalidades iguales, pero no se limitaba a un solo molde procedimental, puesto que su característica es su dinamismo; de tal modo que en un primer momento se podría creer que no se cuenta con una justificación predictiva o que podría no superar el tamiz del debido procedimiento. Ello se puede vencer si es que las opciones están previamente establecidas y se aplican en el orden adecuado.

Un enfoque responsivo, en palabras de Matías Guiloff y Pablo Soto Delgado (2015), quienes aplican este modelo para cuestiones medio ambientales, significa que las acciones que adopta la Administración dependen de la estructura y motivaciones del respectivo sector regulado y sus actores. Así, diferentes configuraciones conducirán a regulaciones de diversos grados y formas, las que deberán amoldarse a la conducta de los administrados, lo cual implica que, dependiendo de su comportamiento, se diseñará una estrategia en términos de mayor o menor intervención (Braithwaite & Ayres, 1992).

Entonces, la regulación responsiva no proporciona un programa definido ni un conjunto de prescripciones acerca de cuál es la mejor forma para regular. (Guiloff Titium & Soto Delgado, 2015) Por el contrario, es una actitud que permite al regulador establecer la mejor estrategia dependiendo del contexto, la cultura regulatoria y el historial de los agentes regulados, en un momento particular, tomando en cuenta que el respeto a las normas no puede ser obtenido por el solo hecho de establecerlas, sino que se requiere hacer efectivo su cumplimiento, cuestión que dependerá de las herramientas de la Administración para llevar a cabo esta función (Rubin, 2007) en (Guiloff & Soto Delgado, 2015).

V. Conclusiones

A lo largo del presente trabajo hemos definido lo que significa Enforcement, descrito lo que son los principales enfoques de Enforcement y hemos profundizado en el enfoque responsivo.

Queda claro que contar con estrategias de Enforcement resulta siendo importante y necesario. Las políticas de supervisión, fiscalización y persecución ante el incumplimiento deben seguir un orden planificado que debe orientarse a ser, además de eficaz, eficiente. Ello se logra no sólo deteniendo el incumplimiento o sancionando al responsable, sino evitando que se vuelva a producir, modificando el parámetro social para que, ante hechos semejantes en el futuro, se obtenga de los Agentes Regulados respuestas diferentes, asociadas con el bienestar social y los objetivos de las leyes.

Si bien existen diversos enfoques para hacer cumplir la ley y todos ellos presentan ventajas y desventajas, su uso acorde con cada caso específico es primordial. No se tiene en realidad una estrategia plana e inmutable. Todo lo contrario, ante una realidad en constante cambio y con una sociedad diversificada, es pertinente que los enfoques sean utilizados como instrumentos musicales para cada ritmo y para cada composición. Entonces, no existe una fórmula perfecta.

Sin embargo, consideramos que, al margen de tener que introducir mejoras en el ordenamiento jurídico, un enfoque de cualidades responsivas permite utilizar el demás enfoque para adaptarlos a cada caso, a cada presunto incumplimiento, a cada conducta de un agente regulado. Téngase en cuenta que las leyes siempre son imperfectas y generalmente son obstáculos para alcanzar su propio objetivo, por lo que contar con una estrategia de Enforcement capaz de acercar al agente regulado a una esfera de incentivos positivos, resulta siendo una ganancia social.

Finalmente, concluimos en que el cumplimiento de la ley no puede verse siempre desde el ángulo del incumplimiento. Los expertos que se han referenciado en el presente trabajo sugieren concentrar los esfuerzos en el cumplimiento y las herramientas para que cada vez se incremente la eficacia de la norma establecida. Las arengas ante el cumplimiento y los premios ante los cumplimientos sobresalientes incrementan la posibilidad de que el agente regulado reconozca que la ley no se impuso para perjudicarlo, sino para que su cumplimiento permita su propio desarrollo.

VI. Lista de Referencias

AALDERS, M. V. (2003). *Self-regulation and compliance with environmental law from a global perspective*. (S. o. Research School CNWS, Ed.) *Towards integrated environmental law in indonesia?* 127, 21-36.

- BRAITHWAITE, J. (2002). *Restorative Justice & Responsive Regulation*. New York: Oxford University Press, Inc.
- BRAITHWAITE, J. (2011). *The essence of Responsive Regulation*. *UBC Law Review*, 475-520.
- BRAITHWAITE, J., & Ayres, I. (1992). *Responsive regulation: Transcending the deregulation DEBATE*. NEW YORK: OXFORD UNIVERSITY PRESS, INC.
- CAMPBELL BLACK, H. (1995). *Law Dictionary*. Retrieved abril 9, 2017, from Google Books: https://books.google.com.pe/books?id=PNQgVoT2_aQC&dq=law+DICTIONARY&Q=RESPONSIVE#V=SNIPPET&Q=RESPONSIVE&F=FALSE
- FALLA JARA, A. (2009). *¿Zanahoria o garrote: de qué depende? De los estilos de Enforcement de la regulación*. In U. P. Aplicadas, *Sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General* (pp. 487-526). Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas S.A.C.
- GÓNZALES POMA, C. A. (2008). *El principio de oportunidad en el proceso penal ecuatoriano*. Cuenca: Universidad del Azuay.
- GUILOFF TITIUN, M., & SOTO DELGADO, P. (2015). *Sanciones administrativas, discrecionalidad y revisión judicial: una mirada desde la regulación responsiva*. *La Ley, Thomson Reuters*, 101-124.
- HUAMAN SÁNCHEZ, Jorge (2018). *La conveniencia de aplicar un enfoque responsivo para el cumplimiento de obligaciones en materia de servicios públicos de telecomunicaciones*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú: <http://hdl.handle.net/20.500.12404/9909>
- HUTTER, BRIDGET M. (1997). *Compliance: regulation and environment*. *Oxford, Socio-Legal Studies*. Citado por (Falla Jara, 2009).
- KAGAN, R. A. (1989). Editor's Introduction: *Understanding Regulatory Enforcement*. *Law & Policy*, 11(2), 89-119. Retrieved from <http://dx.doi.org/10.1111/j.1467-9930.1989.tb00022.x>
- LEHMANN NIELSEN, V., & Parker, C. (2009). *Testing Responsive Regulation in regulatory Enforcement*. *Regulation and Governance*, 3(4), 376-399. doi:10.1111/j.1748-5991.2009.01064.x
- MALIK, A. S. (2014). *The Desirability of forgiveness in regulatory Enforcement*. *J Regul Econ*, 46, 1-22. doi:10.1007/s11149-014-9254-y
- MAY, P. J., & WINTER, S. (2000). *Reconsidering Styles of Regulatory Enforcement: Patterns in Danish Agro-Environmental Inspection*. *LAW & POLICY*, 22(2), 143-173.

- MCALLISTER, L. K. (2008). *Enforcement Style in the Global South. The Virtues & Vices of Legalism – A Conference Honoring the Work of Robert A. Kagan* (p. 17). Berkeley, CA: Berkeley. Retrieved marzo 11, 2017, from <https://www.law.berkeley.edu/files/McAllisterpaperforKaganpdf.pdf>
- OCHOA MENDOZA, F. (2016). *¿Es posible hacer cumplir la ley sin sancionar? Aplicando de manera «responsiva» la regulación en el Perú, a propósito del caso de abogacía de la competencia sobre las barreras burocráticas en el mercado de servicios públicos. Derecho PUCP*, 151-180.
- ODED, S. (2010). *Enforcement Strategies, Compliance Programs, and the Intermediary Gatekeepers. Meeting of the American Law and Economics Association. Session 52: Crime, Labor, Health 6* (p. 43). Nueva Jersey: Woodrow Wilson School, Princeton University.
- SIX, F. E. (2012, junio 27). *Trust in responsive regulation theory: a critical appraisal from a trust perspective*. (V. U. Amsterdam, Ed.) Regulation & Governance, 18. Retrieved abril 1, 2017, from <http://regulation.upf.edu/exeter-12-papers/Paper%20044%20-%20Six%202012%20-%20Trust%20in%20Responsive%20Regulation%20Theory.pdf>
- WOOD, C., IVEC, M., JOB, J., & BRAITHWAITE, V. (2010). *Applications of responsive regulatory theory in Australia and overseas*. Australia: Regulatory Institutions Network.

Reflexiones en torno a la problemática fáctica general y a la normativa ética de la función pública en el Perú

Reflections on the general factual problem and the ethical regulations of the public service in Peru

TERÁN RAMÍREZ, Teresa Ysabel(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Problemática fáctica general en el ejercicio de la función pública en el Perú. III. La ley del código de ética de la función pública en el Perú: Una mirada general a sus disposiciones. IV. El comportamiento ético del empleado público como requisito necesario para la consolidación de los fines de la función pública. V. Conclusiones. VI. Lista de referencias.

Resumen: El presente trabajo desarrolla tratamiento en cuanto a la función pública en el Perú. Parte de considerar, genéricamente, la proble-

(*) Doctora en Derecho, Maestra en Ciencias con mención en Derecho Constitucional y Derechos Humanos, y Abogada por la Universidad Nacional de Cajamarca, Perú. Conciliadora Extrajudicial y Especializada en Familia. Árbitro. Asesora Legal. Docente, en materia jurídica y en los niveles de pre y posgrado, adscrita a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca-Perú. Ex vocal del Tribunal Universitario y Secretaria Académica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca-Perú. Correo electrónico: tyteranr@unc.edu.pe

mática manifiesta al interior de las entidades públicas en relación a las conductas de sus colaboradores; las cuales, bajo nuestra perspectiva, no se condicen con los principios, con los deberes y con los impedimentos, establecidos en la normativa jurídica que los regula. De otro lado, se instituye acotación genérica a las disposiciones de la Ley del Código de Ética de la Función Pública peruana, enfatizando en la determinación de conductas de orden ético que debieran asumir los sujetos vinculados al Estado. Finalmente, se puntualiza que la observancia de comportamientos éticos, al interior de las entidades estatales, otorga revalorización al personal y a la Administración Pública; elementos esenciales para una eficiente gestión estatal orientada por resultados y premunida de transparencia.

Palabras clave: Administración pública, Código de Ética de la Función Pública, Empleado público, Estado, Función Pública.

Abstract: *The present work develops treatment regarding the public function in Peru. It starts from considering, generically, the problems manifested within public entities in relation to the behaviors of their collaborators; which, in our perspective, are not in accordance with the principles, with the duties and with the impediments, established in the legal regulations that regulate them. On the other hand, a generic limitation is instituted to the provisions of the Law of the Code of Ethics of the Peruvian Public Function, emphasizing the determination of ethical conduct that should be assumed by subjects linked to the State. Finally, it is pointed out that the observance of ethical behaviors, within state entities, gives revaluation to personnel and to the Public Administration; essential elements for efficient state management oriented by results and provided with transparency.*

Keywords: *Public Administration, Code of Ethics of the Public Function, Public Employee, State, Public Function.*

I. Introducción

En el Perú, el desempeño de funciones en las entidades estatales se denomina *función pública*. Dicha institución consiente perpetrar configuración de la relación *Estado-empleado público*, en tanto tal actividad se desarrolla al interior de las entidades estatales, —para cumplimiento de sus fines—, y se encuentra ejecutada por personas quienes, con su actuar, se convierten en sustancial instrumento para la gestión de la Administración del Estado.

No obstante, a partir de la examinación de la realidad nacional en cuanto a la labor del personal vinculado a la Administración Pública, se ha identificado una problemática particular, fundada, bajo nuestra consideración, en el desconocimiento del sentido de la función pública por quienes la ejercen; toda vez

que, los empleados, con sus comportamientos, desconocen los principios, los deberes y las prohibiciones de la función, como tales.

Agregado a ello, es de anotar que, la labor de la función pública se encuentra regulada, desde un punto de vista ético, en la Ley N.º 27815-Ley del Código de Ética de la Función Pública. Norma jurídica que se constituye en parámetro de actuación de la labor del personal del Estado pues reconoce categóricos lineamientos conductuales que, al ser cumplidos, admiten observancia a los fines de la función pública; he allí, la relevancia de esta Ley.

Por consiguiente, el presente documento tiene como propósito evidenciar la problemática indicada líneas arriba, para conocerla; así como, especificar el contenido de la Ley del Código de Ética de la Función Pública, para su aplicación cuando corresponda; y, puntualizar que el comportamiento ético del empleado público es una exigencia ineludible para la vigorización de los fines de la función pública en el Perú. En consecuencia; se impele, al lector, a revisar y a reflexionar en torno a la temática definida, por su singular relevancia.

II. Problemática fáctica general en el ejercicio de la función pública en el Perú

Previamente es de señalar anotaciones en cuanto al concepto de función pública. Así, «se entiende por función pública toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre o al servicio de las entidades de la Administración Pública, en cualquiera de sus niveles jerárquicos» (Congreso de la República del Perú, 2002). Asimismo, en términos del Tribunal Constitucional peruano, «una interpretación constitucionalmente adecuada del concepto «función pública» exige entenderlo de manera amplia, esto es, desde el punto de vista material como el desempeño de funciones en las entidades públicas del Estado. (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2015). Por tanto, toda actividad realizada, por las personas, a nombre o en representación del Estado constituye función pública.

Sin embargo, de un miramiento a la realidad fáctica en el Perú en relación a la actividad funcional que desarrollan las personas en el sector público, hemos identificado que, la misma, presenta explícita problemática, la cual se exterioriza en lo siguiente:

- a) Escasa preparación, de determinados funcionarios o servidores, en cuanto a la materia administrativa que desarrollan; así como, desconocimiento de su rol y de las tareas que realizan dentro de la organización estatal. Estos

aspectos, en virtud a nuestra opinión, no solo configuran implicancias contrarias a la correcta Administración pública sino que, paradójicamente, son generados por las propias personas dedicadas al «servicio a la nación». Lo aquí precisado puede ejemplificarse mediante un supuesto fáctico general: Cuando un ciudadano acude a un centro de salud estatal, a fin de que se le brinde un servicio de salud, encuentra un escenario de insatisfacción basado en la conducta negligente del personal de la entidad, la cual se ve reflejada, entre otros aspectos, en la impaciencia durante la atención y en la entrega de impertinentes diagnósticos médicos.

- b) Existencia de funcionarios nombrados que desempeñan un pseudo liderazgo y realizan conductas contrarias a la ley y a la ética en el ejercicio de la función; lo cual, a su vez, insta un escenario de corrupción, flagelo social interminable al que los órganos públicos encargados de la defensa de la legalidad, en el país, constantemente hacen frente para su mitigación; muestra de ello es que, «el Ministerio Público, a través de la Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, obtuvo un total de 1581 condenas contra funcionarios públicos acusados de delitos de corrupción en el Perú, durante el 2019» (Gestión, 2020).
- c) Ausencia de garantías suficientes para un ingreso transparente del personal al sector público; debido a que, los puestos materia de concurso, se encuentran «predeterminados» o «dirigidos» a personas seleccionadas en estimación a los intereses de algunos de los evaluadores de la entidad y no en atención al principio del mérito, según el cual, «el acceso, la permanencia, progresión, mejora en las compensaciones y movilidad, se basa en la aptitud, actitud, desempeño, capacidad y evaluación permanente para el puesto de los postulantes y servidores civiles» (El Peruano, 2013). Ello, en un contexto de posteridad, hace que dichas personas se conviertan en «guiñoles» de quienes «les dieron la mano»; pero, además, consideramos, tergiversa el sentido de la buena fe en el ejercicio de la función administrativa del Estado, elemento esencial para la observancia de sus fines.

En tal medida, consideramos que algunas de las causas de la problemática antes descrita son: de un lado, la ausencia de consideración, del propio servidor o funcionario público, del estricto significado de su rol como tal al interior de la entidad de la Administración del Estado; y, por otra parte, el incumplimiento de las disposiciones normativas de orden ético que debieran ser observadas, por el servidor público, durante la actividad funcional.

Dicho esto, consideramos pertinente dar a conocer, a fin de entender la relevancia de la conducta ética del servidor público para el mejoramiento del ejercicio de la función, las disposiciones de la Ley N.º 27815, Ley del Código de ética de la Función Pública en el Perú, publicada el 12 de agosto de 2002.

III. La Ley del Código de Ética de la Función Pública en el Perú: una mirada general a sus disposiciones

La Ley del Código de Ética de la Función Pública es el instrumento normativo cuyo contenido reconoce los principios, los deberes y las prohibiciones, de orden ético, que rigen para los empleados de la Administración Pública en el Perú.

La norma trasciende al señalar, en su artículo 4, que sus destinatarios son los empleados públicos, es decir, aquellos sujetos vinculados laboralmente a las entidades de la Administración Pública, en cualquiera de los niveles jerárquicos, ya sea como personal nombrado, contratado, designado, de confianza o electo; quienes, al ingresar al ejercicio de la función pública, debieran tomar conocimiento de sus disposiciones, así como encontrarse bajo la obligación de observarla o cumplirla. Esta situación es relevante pues instaura el imperativo de que todo sujeto, que ejerce la función pública en el Perú, pueda observar conductas que revistan contenido ético, las cuales se hagan notorias durante dicho ejercicio; para, así, los fines de la función pública, señalados en la Ley del Código de Ética de la Función Pública, *in comento*, que son el servicio a la nación y la obtención de mayores niveles de eficiencia del aparato estatal, se vean reconocidos y concretizados.

Sin embargo, a propósito de estas conductas, es de resaltar que la Ley las ha prescrito; si bien no de manera textual, como las presentáramos a continuación, al menos se denota, de una lectura integral, firmes precisiones que, a nuestro parecer, constituyen proceder éticos que el empleado público debiera practicar; y, son los siguientes:

- a) Que el empleado público tome conocimiento de la normativa ética y se comprometa a cumplirla.
- b) Que el empleado público actúe observando los principios éticos. Para ello, deberá mostrar estricto respeto a la normativa jurídica prescrita en la Constitución y en las leyes, expresando rectitud, honradez y honestidad, teniendo como miramiento la satisfacción del interés general y no el beneficio personal; asimismo, deberá capacitarse, sólida y permanente-

mente, para ejercer la función ofreciendo calidad y mostrando idoneidad en el cargo; así como, autenticidad en las relaciones funcionales y desempeño fiel y solidario. Esto, dentro del marco del respeto a la legalidad y, bajo la dependencia, a valores superiores, como la justicia, la equidad y el Estado de Derecho.

- c) Que el empleado público actúe imparcialmente sin sujeción a personas, a partidos políticos o a instituciones.
- d) Que el empleado público actúe con transparencia, otorgando y facilitando fidedigna, completa y oportuna información, cuando se requiera; esto, por cuanto, se considera que los actos del servicio pueden ser de ordinario conocimiento dado su carácter público.
- e) Que el empleado público actúe con discreción respecto de hechos o de informaciones que pueda conocer durante el ejercicio de la labor, actuando de acuerdo a los deberes y derechos que, como tal ostenta.
- f) Que el empleado público actúe sin adoptar represalias o algún tipo de coacción contra otros servidores públicos u otras personas.
- g) Que el empleado público, actúe resguardando, conservando y haciendo uso racional de los bienes del Estado que le fueren asignados o que utilice por ocasión de la función, sin beneficiarse personalmente de ellos.
- h) Que el empleado público, actúe con responsabilidad, cumpliendo cabalmente, integralmente y respetuosamente, cada una de sus funciones, respetando los derechos de los administrados.
- i) Que el empleado público, mantenga relaciones, con los demás y al interior o fuera de la entidad, sin que se vean inmersos sus intereses personales, laborales o económicos.
- j) Que el empleado público, pese al cargo que ocupe, ya sea éste de dirección o no, no procure ventajas o beneficios indebidos, para sí o para terceros.
- k) Que el empleado público, no realice actividades de proselitismo político, a favor o en contra de partidos políticos o de candidatos; para lo cual, no convendrá utilizar ni la infraestructura de la entidad, ni los bienes o recursos del Estado.
- l) Que el empleado actúe haciendo buen uso de la información privilegiada con la que cuenta, básicamente, si se trata de transacciones u operaciones financieras a las que tiene acceso o sobre las cuales conoce por el ejercicio

del cargo que ostenta. Asimismo, debe impedir el uso impropio de esta información para algún beneficio particular.

- m) Que el empleado no ejerza presiones, amenazas o acoso sexual contra otros servidores públicos o subordinados que constituyan afectación a la dignidad o inducir a la realización de acciones dolosas.
- n) Que el empleado público comunique, a su superior o a las instancias correspondientes de la entidad, respecto de cualquier acto contrario a lo señalado en la Ley del Código de Ética de la Función Pública.

Agregado a lo anotado, la Ley del Código de Ética de la Función Pública, reconoce en el artículo 9, que el Órgano de la Alta Dirección de cada entidad pública, es el encargado de ejecutar, al interior de la institución de su competencia, las medidas para promover la cultura de probidad, transparencia, justicia y servicio público, señaladas en dicha Ley y que, esencialmente, constituyen principios y deberes de la función pública. Al mismo tiempo, el referido Órgano se encuentra facultado para establecer los mecanismos e incentivos que permitan una correcta, transparente y leal actuación de los servidores del Estado. Dentro de las actividades que puede efectuar se encuentran, según lo dispone la normativa en el artículo 9.2, las siguientes:

- a) Difundir el Código de Ética de la Función Pública.
- b) Diseñar, establecer, aplicar y difundir los incentivos y estímulos a los servidores públicos que cumplan con los principios, deberes y obligaciones del presente Código y respeten sus prohibiciones.
- c) Desarrollar campañas educativas sobre las sanciones para los servidores públicos que tengan prácticas contrarias a los principios establecidos en el presente Código.

De esto, es de apreciar que el legislador, de algún modo, se encuentra reconociendo la importancia de que el empleado público conozca la normativa cuyo contenido desarrolla el aspecto conductual ético que le corresponde aplicar, por un lado; pero, por otra parte, del rol que comprometiera realizar a la Administración Pública, especificando para dicho fin, al órgano de Alta Dirección de la Entidad Pública, en particular, quien se encargará de pormenorizar los incentivos y los estímulos que pudieran otorgarse a los servidores que observen las normas establecidas en el Código de Ética de la Función Pública así como las campañas educativas de difusión de sanciones a atribuir en caso de incumplimiento de las disposiciones del mencionado Código.

No obstante, por nuestra parte, a fin de coadyuvar a la concretización de las conductas antes destacadas, proponemos que la entidad de la Administración Pública debiera considerar las conductas siguientes:

- a) Que la entidad de la Administración Pública, a la que pertenece el empleado, establezca normas éticas en un documento específico; y, las dé a conocer a todos sus empleados para que, claro está, conociendo tales disposiciones, sus destinatarios puedan realizarlas conforme corresponde.
- b) Que la entidad de la Administración Pública brinde constante capacitación al empleado, en las siguientes materias:
 - En asuntos de su competencia o función, para saber qué hacer y cómo desempeñarse; así como, en materias de autoconocimiento personal y de relaciones interpersonales.
 - En relación a cómo desempeñarse en el cargo y en la importancia de una actuación neutral.
 - Respecto a la importancia de observar los derechos y los deberes como tal.
 - En cuanto a cómo debe custodiar los bienes del Estado y su responsabilidad frente al uso y manejo de los mismos.
 - Acerca de las conductas cometidas por empleados públicos y que constituyan delitos, para no incurrir en ellas; también, en cuanto a las prohibiciones en las cuales se encuentra inmerso el empleado así como a las sanciones que correspondiere en caso de incurrir en conductas no permitidas, tales como: el acoso sexual, el hostigamiento, la no realización de actividades de proselitismo político, la no realización de amenazas, etc.
- c) Que la entidad de la Administración Pública establezca, como parte de sus reglas primarias, a la transparencia y a la satisfacción del interés del administrado; ello permitirá, a la Administración Pública, dar a conocer su actuación y acercarse al administrado, en tanto usuario de servicios brindados por la entidad.

De otro lado, es oportuno precisar que, conforme se anota en el artículo 10.1 de la Ley materia de tratamiento, el incumplimiento de las conductas éticas descritas en el Código de Ética de la Función Pública y contenidas como principios, deberes y prohibiciones de la función pública, no solo constituye infracción al Código, sino que da lugar a la atribución de responsabilidad pasible de sanción.

Empero, conforme a lo anotado en el artículo 7 y en el Capítulo I del Título IV: Sanciones y Procedimiento, del D.S N.º 033-2005-PCM-Reglamento de la Ley del Código de Ética de la Función Pública, del 18 de abril de 2005, la Comisión de Procedimientos Administrativos Disciplinarios de la entidad de la Administración Pública, que corresponda, es competente para atribuir sanción al empleado público en caso cometa infracciones al Código de Ética de la Función Pública.

Las infracciones pueden ser leves o graves; y, dependiendo del tipo de infracción se atribuirá sanción; correspondiendo las sanciones de: amonestación, suspensión y/o multa (hasta de 12 Unidades Impositivas Tributarias) en caso de infracción leve y, en el supuesto de infracción grave, se atribuirá las sanciones de: resolución contractual, destitución, despido y/o multa (hasta de 12 Unidades Impositivas Tributarias).

Asimismo, las sanciones pueden ser aplicables a los empleados públicos como a las personas que ya no desempeñan función pública, claro está, atendiendo a criterios de razonabilidad y de proporcionalidad. En cuanto a las primeras, las personas que mantienen vínculo laboral podrán ser sancionadas con las sanciones de amonestación, suspensión temporal en el ejercicio de sus funciones, sin goce de remuneraciones, hasta por un año, y destitución o despido; y, en caso de que la persona desempeñe función pública pero no mantenga vínculo laboral con la entidad donde cometió la infracción, podrá atribuirse las sanciones de multa (hasta de 12 Unidades Impositivas Tributarias) o de resolución contractual. En cuanto a las segundas, esto es, tratándose de personas que, al momento de determinarse la sanción aplicable, no desempeñan función pública, la sanción a atribuir será una multa (hasta de 12 Unidades Impositivas Tributarias).

Consideramos que el tema de sanciones reviste prudencia; y, resaltamos, la disposición normativa que expresa el sancionar a la persona que, no desempeñando función pública al momento de la determinación de la sanción, hubiera cometido infracción; ello, supone, consideramos, el reconocimiento, en sentido amplio del término, de que los actos cometidos y configurados legítimamente como infracciones, no pueden dejar de ser sancionados por el no ejercicio de la función. Sin embargo, sobre este particular, indicamos que, nada obsta instituir otro tipo de sanciones, además de la multa, a quienes hubieran cometido infracción pero que, al momento de la determinación de la sanción no ejerzan función pública; este aspecto será materia de otro trabajo.

Finalmente, es de apuntar que, las personas o empleados públicos sancionados por infracción a las disposiciones del Código de Ética de la Función Pública, serán anotados en el Registro Nacional de Sanciones de Destitución y

Despido. Se registrará: los datos personales del servidor, la sanción impuesta, el tiempo de duración y la causa de la misma. A su vez, según el artículo 13.3 de la Ley glosada, la inscripción en el Registro tiene una duración de un año contado desde la culminación de la sanción. Sobre este último aspecto, nos parece que el periodo debiera ser mayor, por lo menos el de dos años; esto, considerando de que, toda infracción cometida por parte de un empleado público provoca detrimento al regular funcionamiento de la Administración Pública como tal.

De lo anotado, es de colegir que, la Ley del Código de Ética de la Función Pública se comporta como instrumento normativo directriz para la actuación de la persona vinculada al Estado; por consiguiente, su aplicación deviene en ineludible.

IV. El comportamiento ético del empleado público como requisito necesario para la consolidación de los fines de la función pública

El comportamiento ético del empleado público es un factor imperioso para el regular desenvolvimiento tanto del empleado como de la Administración Pública. Esto es así, por cuanto, las conductas, anotadas líneas arriba, importan acciones concretas que, al ser observadas, favorecerán sobremanera a la persona que las cumple —en tanto empleado público— y a la entidad de la Administración a la que se halla, dicho sujeto, vinculado laboralmente. Abundando al respecto, anótese, en primer término, que la persona o empleado público realizará actuación a nombre o en representación del Estado, desempeñando, para éste último, una función determinante sin la cual dicho órgano no tendría visibilidad toda vez que, «al Estado no lo advertimos de forma corpórea sino a través de sus acciones» (Ferrero R, 2000, p. 44) y quienes realizan la actividad estatal, específicamente, son las personas las cuales, a través del ejercicio de funciones, de competencias y de atribuciones, legalmente conferidas, actúan y orientan su proceder al cumplimiento de los fines de la función pública; he allí la importancia del recurso humano dentro del Estado.

A su vez; la tendencia actual, para un óptimo ejercicio de la función pública, es incorporar y reconocer el cometido de administrar las organizaciones con las personas; por ello, se puntualiza:

(...) hoy se habla de administrar con las personas; es decir, de una administración que se refiere a la organización y también a sus colaboradores y asociados internos, que son quienes más entienden de ella, de

sus negocios y de su futuro. Se trata de una nueva visión de las personas, ya no como un recurso de la organización, como objetos serviles o simples sujetos pasivos del proceso, sino fundamentalmente como sujetos activos que toman decisiones, emprenden acciones, crean innovaciones y agregan valor a las organizaciones. Es más, la persona es vista como un agente proactivo, dotado de visión propia y, sobre todo, de inteligencia, que es la mayor de las habilidades humanas, la más avanzada y sofisticada. (Chiavenato, 2009)

En tal sentido, la persona —con actitud ética— se ha convertido en un elemento de interés para la actividad de gestión del Estado; exigiendo, así, que dicho ente enfoque su accionar al tratamiento de ésta, particularmente, coadyuvando a que la propia persona conozca su significativo rol, tanto dentro de la entidad como para el cumplimiento de los fines de la función pública. Entonces, al conocer ello, el empleado del Estado, por iniciativa propia, realizará acciones, tales como: se preparará o capacitará para ejercer la tarea que ejecuta, persiguiendo, para esto, contar con especializaciones cognitivas en la materia así como ostentar conocimientos particulares en torno a la actividad organizacional; pero, sobre todo, dicho servidor comprenderá lo que tiene que hacer como parte de sus competencias y atribuciones que la ley le indica realizar dentro de un marco ético-moral, valorando la importancia que, como colaborador, ostenta dentro de la Administración Pública.

Por otra parte, la observancia del comportamiento ético por parte del empleado público, es de beneficio para la Administración Pública; pues, al encontrarse, la misma, compuesta por personas éticamente responsables, los servicios públicos que ofrece el Estado a través de sus entidades, serán brindados con eficiencia y eficacia, por decir lo menos; de manera que, la satisfacción de los usuarios y por ende, el interés general, se verá exteriorizado. Asimismo, se logrará cumplir una de las finalidades de la función pública, que es el servicio a la nación, cuya importancia es implícita en un Estado que precia ser una organización que asiste al ciudadano, ayudándolo a satisfacer sus necesidades y coadyuvando, así, al logro del goce de una vida en condiciones dignas, en un plano de igualdad y de respeto por los derechos fundamentales.

En consecuencia, la actuación del empleado público es determinante para concretar los fines de la función pública. Por consiguiente, se hace inexcusable que la Administración pública cuente con personal que, al entender el sentido de su notable rol, actúe observando los principios, los deberes y las prohibiciones legalmente inscriptas. De esta forma, se considerará, a la Ley del Código de Ética de la Función Pública, como un instrumento normativo revestido de efectividad.

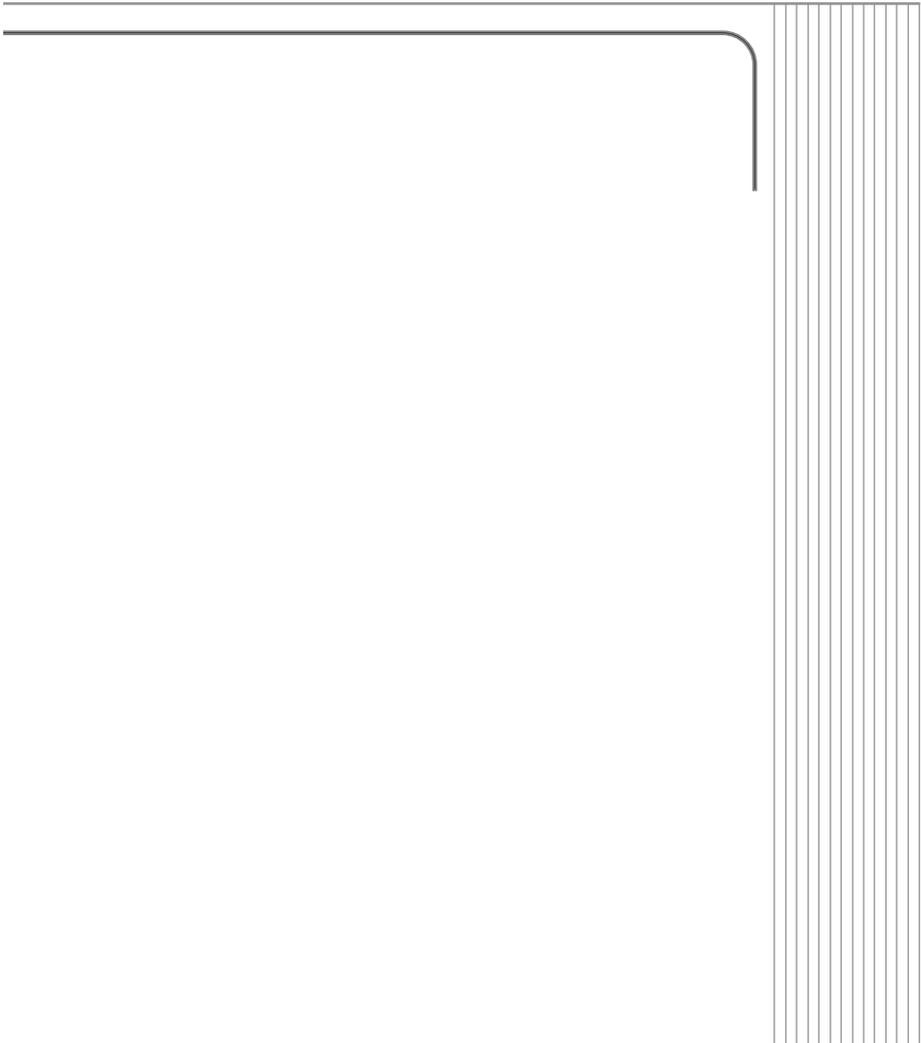
V. Conclusiones

- En el Perú, el ejercicio de la función pública presenta determinada problemática fáctica; la cual es retratada, esencialmente, a partir de los comportamientos del personal titular de dicha función; quienes, consideramos, desconocen su rol de servicio al interior de la Administración Pública e incumplen principios y deberes que revisten eticidad.
- La Ley del Código de Ética en la Función Pública, se configura como instrumento normativo cuyo cumplimiento coadyuva a la concreción de los fines de la función pública; así como, reconoce, en su contenido, explícitas disposiciones que importan conductas éticas que debieran asumir los empleados estatales, bajo responsabilidad.
- El comportamiento ético del empleado público es un requisito necesario para la consolidación de los fines de la función pública, se configura como factor que ayuda a entender el significativo rol del empleado público y, de algún modo, hace posible fortalecer un Estado con actuación transparente y con enfoque en el interés del ciudadano, a quien sirve.

VI. Lista de referencias

- CHIAVENATO, I. (2009). *Gestión del Talento Humano* (Tercera ed.). México: Mc Graw-Hill.
- Congreso de La República Del Perú. (12 de Agosto de 2002). *Ley del Código de Ética de la Función Pública*. Lima.
- FERRERO R, R. (2000). *Ciencia Política. Teoría del Estado y Derecho Constitucional General y Comparado*. Lima: Grijley.
- GESTIÓN. (21 de 01 de 2020). *Gestión*. Obtenido de <https://gestion.pe/peru/politica/corrupcion-de-funcionarios-ministerio-publico-obtuvo-mas-de-1500-condenas-por-corrupcion-contra-funcionarios-noticia/?ref=gesr>
- Sentencia del Tribunal Constitucional, 05057-2013-PA/TC (Tribunal Constitucional 16 de Abril de 2015). Obtenido de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/05057-2013-AA.pdf>
- SERVIR-GPGRH. (s.f.). *SERVIR*. Obtenido de <http://files.servir.gob.pe/WWW/files/biblioteca/SERVIR%20-%20El%20servicio%20civil%20peruano%20-%20Cap2.PDF>

Derecho Civil y Procesal Civil



De la sustitución al modelo de apoyos y salvaguardias

From the replacement to the support and safeguards model

MANRIQUE URTEAGA, Sandra Verónica(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. El modelo social de discapacidad. III. Los sistemas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica. IV. Diferencias entre la sustitución y el modelo de apoyos. V. Análisis de resolución judicial de designación de apoyos y salvaguardias. VI. Conclusiones. VII. Lista de Referencias.

Resumen: En el presente artículo se desarrollan aspectos referidos a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, partiendo por comprender los modelos de discapacidad que a través de la historia se han presentado, haciendo especial énfasis en el modelo social que inspira la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y el significativo impacto que éste ha tenido en la legislación civil. Se abordan los

(*) Abogada, por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca. Maestro en Ciencias, Mención Derecho, Línea: Derecho Civil y Comercial por la Escuela de Posgrado de la UNC. Doctora en Ciencias mención Derecho por la UNC. Conciliadora Extrajudicial y Árbitro. Máster en Familia e Infancia por la Universidad de Barcelona – España. Docente de pre y posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de UNC. Abogada en el ejercicio libre de la defensa. smanrique@unc.edu.pe.

sistemas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, su contenido, características y configuración, estableciendo las diferencias con la sustitución materializada en la interdicción y la curatela, a la que anteriormente se hallaban sometidos los denominados «incapaces de ejercicio»; para finalmente, a través del análisis de una resolución judicial, determinar si la manera en que se vienen estableciendo los sistemas de apoyo es acorde con los parámetros exigidos por la Convención y la normatividad interna.

Palabras Clave: Capacidad jurídica, personas con discapacidad, modelo de apoyos, sustitución, salvaguardias

Abstract: This article develops aspects related to the legal capacity of persons with disabilities, starting with understanding the models of disability that have been presented throughout history, with special emphasis on the social model that inspires the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the significant impact that this has had on civil legislation. The support systems in the exercise of legal capacity, their content, characteristics and configuration are studied, establishing the differences with the substitution materialized in the interdiction and the conservatorship, to which the so-called «incapable of exercise», finally, through the analysis of a judicial decision, determine whether the way in which support systems are being established is in accordance with the parameters required by the Convention and domestic regulations.

Key Words: Legal capacity, persons with disabilities, support model, substitution, safeguards.

I. Introducción

La capacidad jurídica se constituye en uno de los aspectos fundamentales para el relacionamiento y desenvolvimiento del ser humano en sociedad. Así, le permite, no solo gozar de derechos sino poder ejercerlos y exigir respeto a sus congéneres. Hasta hace muy poco, la regulación civil distinguía categorías de personas capaces e incapaces. En el primer grupo se ubicaban a aquellas personas que podían ejercer por sí solas y directamente sus derechos, una vez alcanzada la mayoría de edad; y por otro lado, como incapaces, se tenía a los menores de edad o a quienes por alguna circunstancia cognitiva provisoria o permanente no podían comprender y comunicar sus decisiones, y por ello necesitaban de un tercero (curador) para poder ejercitar sus derechos.

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) vigente desde el 13 de diciembre del 2006, entró en vigor para el Perú el 3 de mayo del 2008. Este tratado se constituye en el primer instrumento internacional de derechos humanos que establece el reconocimien-

to de capacidad jurídica a las personas con discapacidad. Se fundamenta en el respeto por la dignidad, la igualdad y la libertad personal, y propicia la inclusión social y la autonomía de la persona con discapacidad para decidir en igualdad de oportunidades que los demás y poder efectivizar sus planes de vida.

Esta norma convencional de carácter vinculante se justifica en el modelo de toma de decisiones mediante apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, rechazando aquellas normas legales que restrinjan o anulen su capacidad jurídica, reflejadas comúnmente en los procesos de interdicción a los que se sometía a las personas con discapacidad, quienes eran sustituidas por un tercero en la celebración de todos los actos jurídicos relacionados con su vida civil.

El modelo de apoyos, a partir del respeto a la dignidad humana, se cimienta en el postulado de que cada persona se autogubierne, defina y decida sus metas, y recoge la necesidad de reconocer que las personas con discapacidad tienen derecho a tomar sus propias decisiones respecto a su vida, en tal sentido se aparta de la idea de la sustitución de su autonomía acogiendo la idea de asistencia para poder llevar una vida independiente, esto es, a diferencia del modelo tutelar-sustitutivo, el modelo de apoyos no tiene como principal objetivo la protección de la persona, sino reconocer y garantizar sus derechos (Sordo, 2018).

A partir de una resolución judicial emitida en un proceso de interdicción adecuado a la normatividad actual, se analiza cómo se vienen implementando los sistemas de apoyos a fin de comprender las diferencias con respecto al modelo de sustitución y evaluar su conformidad con los parámetros establecidos en la CDPD y el Decreto Legislativo 1384 y su Reglamento.

II. El modelo social de discapacidad

La discapacidad ha sido históricamente abordada a través de diferentes paradigmas. Palacios (2008) precisa que se distinguen estos tres modelos: el modelo de la prescindencia, el modelo rehabilitador y el modelo social de discapacidad.

Para el modelo de prescindencia, la discapacidad se origina en motivos de carácter religioso que encierran mensajes diabólicos y son producto de la ira de los dioses, se las califica como personas innecesarias para la sociedad, y que sus vidas no merecen ser tales; por ello es posible prescindir de ellas. En la versión más radical de este modelo se justificaban prácticas eugenésicas como el infanticidio en función a la diversidad funcional y a considerarlos una carga para los padres y la sociedad. En una versión menos radical se parte de la marginación y exclusión, considerando a las personas con discapacidad como objeto de compasión.

En el modelo rehabilitador, las causas que originan la discapacidad se encuentran en la propia persona, son de carácter médico, existe algún déficit en ella producto de alguna enfermedad, un accidente o alguna condición de salud; a diferencia del modelo anterior que prescindía y marginaba, este modelo busca recuperar o normalizar a la persona con discapacidad a partir de un tratamiento médico individualizado que le permita asimilarla a una persona sin discapacidad. La crítica a este modelo es que el pasaporte de la integración pasa a ser el ocultamiento de la diferencia, considerando a la persona con discapacidad desviada de un supuesto estándar de normalidad (Palacios, 2008).

Para el modelo social, la discapacidad se origina en las deficiencias de la sociedad traducidas en barreras discapacitantes y no a partir de la deficiencia de la persona con discapacidad. Por ello las causas que dan origen a la discapacidad son eminentemente sociales, ello implica que las personas con discapacidad están en la aptitud de aportar a la comunidad en igual medida que el resto de personas sin discapacidad; pero valorando y respetando su condición de personas diferentes.

Palacios (2008) indica:

Este modelo se sustenta en la premisa que la discapacidad es una construcción y un modo de opresión social, y el resultado de una sociedad que no considera ni tiene presente a la persona con discapacidad. Son las limitaciones de la sociedad para prestar servicios apropiados y para asegurar adecuadamente las necesidades de las personas con discapacidad las raíces de esta opresión. Es la sociedad la que debe ser pensada y diseñada para hacer frente a las necesidades universales. Aspira a potenciar: el respeto por la dignidad, la igualdad y la libertad personal, propiciando la inclusión social; y la autonomía de la persona con discapacidad para decidir respecto a su propia vida. Igualdad, dignidad y solidaridad; que asegure a las personas con discapacidad tener iguales oportunidades que los demás para poder efectivizar sus planes de vida (p. 14).

El modelo social se encuentra recogido en la CDPD, Alemany (2017) señala al respecto:

La Convención parte de un concepto de discapacidad que tiene tres características: 1) el «modelo social», de modo que la discapacidad es un «concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y el entorno» (Preámbulo, apartado «e»). El objetivo principal de la Convención es evitar la discriminación de las personas discapacitadas (p. 204).

Bregaglio (2020) precisa que para el modelo social, la discapacidad no es una cuestión estática intrínseca a la persona, sino una construcción social dinámica que se origina en la interacción que se produce entre las deficiencias de la persona y las barreras que impone la sociedad, se distingue la deficiencia (lo biológico) de discapacidad (lo social), trasladándose al Estado y la sociedad, la responsabilidad de la inclusión de las personas con discapacidad mental (p. 35).

Como se observa, los aspectos más resaltantes del modelo social son: el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, su inclusión plena a la sociedad respetando y valorando las diferencias, la necesidad de que el Estado y la sociedad remuevan las barreras discapacitantes y la igualdad jurídica y no discriminación en el ejercicio de sus derechos.

III. Los sistemas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica

3.1. Regulación convencional, definición y alcances

La CDPD establece en el artículo 12⁽¹⁾ que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con el resto, en todos los aspectos de la vida; considera a las personas con discapacidad, independiente-

(1) Artículo 12 Igual reconocimiento como persona ante la ley. 1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. 2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. 3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. 4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas. 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y

mente del tipo, como sujetos de derecho y no como objetos de protección. Se produce un cambio de paradigma, pasando de un modelo de sustitución de la voluntad (propio de la interdicción) a un modelo de apoyos en la toma de decisiones para el ejercicio de la capacidad jurídica.

Para Bariffi (2016), el modelo que propugna el artículo 12 de la CDPD:

(...) se conforma por la integración armónica de tres elementos (Capacidad + Apoyos + Salvaguardias). En primer lugar, el reconocimiento pleno y efectivo de la capacidad de obrar respecto de todas las personas con discapacidad. En segundo lugar, el deber del Estado de reconocer y proporcionar los apoyos necesarios para el ejercicio de dicha capacidad jurídica, cuando ello fuera necesario. Por último, el deber por parte del Estado de procurar las salvaguardias con que debe contar un sistema de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica. (p. 4)

El establecimiento de apoyos resulta un elemento fundamental para garantizar el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. No es suficiente el reconocimiento de la capacidad jurídica, es necesario, como lo dispone la Convención, adoptar las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en ejercicio de su capacidad jurídica (Art. 12.3 CDPD).

Según Palacios (2008) el modelo de apoyos establecido en la CDPD parte de la siguiente premisa «la persona no necesita de una medida de protección que le prive del ejercicio de su capacidad jurídica, sino que lo que se requiere es de medidas de promoción destinadas a proporcionar la asistencia necesaria para potenciar el ejercicio de la capacidad jurídica» (p. 28).

Los apoyos se constituyen en mecanismos para facilitar la voluntad de una persona con discapacidad en el marco de un acto con relevancia jurídica. Catalina Devandas, Relatora de las Naciones Unidas para los derechos de personas con discapacidad, citada por Begraglio (2020), precisa que los apoyos sirven para: Obtener y entender información, evaluar posibles alternativas respecto a una decisión y sus consecuencias, expresar y comunicar una decisión y ejecutar una decisión.

heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

Para Pérez y Sordo (2016):

Si bien los sistemas de apoyo pueden conformarse a través de diferentes modalidades (asesoramiento, interpretación, contención, co-decisión, o incluso, en casos excepcionales, representación), el elemento trascendental del modelo de apoyos radica en su filosofía subyacente, que se materializa en el interés jurídico protegido, estos son: la autonomía y el ejercicio de los derechos de la persona. A diferencia del modelo tutelar-sustitutivo, el modelo de apoyos no tiene como principal objetivo la «protección» de la persona, sino «reconocer y garantizar» sus derechos (p. 2)

La noción de apoyos irrumpe en el Derecho a partir de una mirada social de las relaciones humanas, de aquella interdependencia y ayuda que comúnmente los seres humanos necesitamos de los demás para la toma de decisiones, muchas de ellas con eficacia jurídica; así, mientras el modelo clásico de protección se ha centrado en la formalización del acto jurídico considerando a la seguridad jurídica como el máximo bien a tutelar; para el modelo de apoyos, la formalización del acto jurídico es el último escalón de un proceso complejo y humano, en el que el principal bien jurídico a proteger es la autonomía y el ejercicio de los derechos de la persona (Bariffi, 2020).

Cabe afirmar que quien interviene como apoyo, no reemplaza la voluntad de la persona con discapacidad, no la representa, no decide por ella; sino que facilita la toma de decisiones, pero respetando plenamente los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad; así se busca que quien decida sea siempre la persona con discapacidad garantizando su autonomía, independencia y libertad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

3.2. Los apoyos en el Decreto Legislativo 1384 y su Reglamento

En los siguientes artículos se hace referencia a la necesidad de apoyos, su definición y la función que cumplen:

Art. 45. Toda persona con discapacidad que requiera ajustes razonables o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica puede solicitarlos o designarlos de acuerdo a su libre elección.

Art. 659-B. Son formas de asistencia libremente elegidos por una persona mayor de edad para facilitar el ejercicio de sus derechos, incluyendo el apoyo en la comunicación, en la comprensión de los actos jurídicos y de las consecuencias de estos, y la manifestación e interpretación de la voluntad de quien requiere el apoyo.

El apoyo no tiene facultades de representación salvo en los casos en que ello se establezca expresamente por decisión de la persona con necesidad de apoyo o el juez en el caso del artículo 659-E.

Art. 659-C. La propia persona con discapacidad será la que determine la forma, identidad, alcance, duración y cantidad de apoyos.

Art. 659-E. Designación excepcional por el Juez de apoyos necesarios para las personas con discapacidad que no pueden manifestar su voluntad y para quienes se hallen con capacidad de ejercicio restringida, conforme al numeral 9 del artículo 44.

Art. 10 (Reglamento). La persona designada como apoyo puede realizar las siguientes acciones, sin perjuicio de otras que se precise en el documento de designación: a) Facilitar la comunicación de la persona que cuenta con apoyo. b) Facilitar la comprensión de los actos que produzcan efectos jurídicos y sus consecuencias. c) Orientar a la persona que cuenta con apoyo, en la realización de actos que produzcan efectos jurídicos. d) Facilitar la manifestación de voluntad de la persona que cuenta con apoyo.

De acuerdo a las referidas normas, los apoyos se designan para determinados y específicos actos que materializan derechos y cumplen las siguientes funciones: facilitar la comunicación para la celebración de un acto jurídico, comprender el acto jurídico y las consecuencias de su celebración y manifestar la voluntad de quien requiere apoyo; se resalta como función principal del apoyo, la de ayudar a comprender el acto jurídico y sus consecuencias, lo cual implica que el apoyo entable un proceso de diálogo con la persona con discapacidad para ayudarla a comprender los alcances del acto jurídico a realizar y evaluar las posibles consecuencias que surjan (Bregaglio, 2020).

A ello es pertinente agregar, que excepcionalmente los apoyos cumplen funciones de representación, sin que ello signifique sustitución de la voluntad de la persona con discapacidad. Ello se produce en aquellos casos de discapacidad severa en los que la persona no pueda exteriorizar su voluntad sin asistencia de apoyo, generando la necesidad de que el apoyo tome decisiones, pero no en función a lo que en un sentido paternalista, considere mejor para la persona con discapacidad, es decir sustituyéndola, sino, en base a la voluntad y preferencias de ésta. Es una medida que se ha establecido ante una situación de discapacidad severa, pues, el impedir que el apoyo tenga facultades de representación generaría una desprotección a las personas con discapacidad, colocándolas en una situación más grave de vulnerabilidad.

En un modelo de sustitución es el apoyo quien decide en función a lo que resulta más conveniente para la persona con discapacidad, es decir, bajo un sentido paternalista, se basa en el interés superior.

El Comité de Derechos sobre las Personas con Discapacidad en la Observación General n.º 1/14 en su labor interpretativa del art. 12 aclara en el párrafo 24 pto.b): «Todas las formas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica (incluidas las formas de apoyo más intenso) deben estar basadas en la voluntad y las preferencias de la persona, no en lo que se suponga que es su interés superior objetivo (2014).

Por lo tanto, en un modelo de apoyos la decisión debe respetar la voluntad y preferencias de la persona que requiere apoyos, más allá del referido interés superior.

Es preciso resaltar que pueden presentarse situaciones riesgosas para la persona con discapacidad que cuenta con apoyos. Para ello, la CDPD y en la misma línea el Decreto Legislativo 1384 han previsto el establecimiento de las salvaguardias que tienen por objeto proteger a las personas con discapacidad en la prestación de apoyos, lo que no significa impedirles que tomen decisiones ni protegerlas de la posibilidad de asumir riesgos o de equivocarse.

El objetivo principal de las salvaguardias establecidas en el artículo 12.4 de la Convención es garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona:

Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

El Decreto Legislativo 1384 establece en el artículo 659-G:

Las salvaguardias son medidas para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que recibe apoyo, prevenir el abuso y la influencia indebida por parte de quien brinda tales apoyos; así como evitar la afectación o poner en riesgo los derechos de las personas asistidas.

Se trata de medidas amplias que se dan en la determinación de apoyos, establecidas de oficio por el Juez, por el Notario en la escritura pública de designación voluntaria, sirven para proteger la voluntad y los derechos de la persona con discapacidad. Se caracterizan por ser proporcionales y adaptadas a la persona con discapacidad en el caso concreto.

La finalidad de las salvaguardias es impedir el abuso que podría presentarse por la existencia de un conflicto de intereses, el cual se configura cuando un interés personal impide al apoyo cumplir imparcialmente con su deber; o en el supuesto de influencia indebida, la cual se evalúa atendiendo a los criterios de vulnerabilidad de la víctima, autoridad aparente de quien influencia, las acciones y tácticas utilizadas para influenciar y la justicia del resultado.

Como ejemplo de salvaguardias tenemos: prohibiciones de enajenar, restricciones sobre el precio o de contratar con el apoyo y/o determinados familiares, la revisión judicial periódica, la rendición de cuentas, las visitas inopinadas, entrevistas al apoyo y personas cercanas, entre otras; las cuales deben ser incorporadas en la resolución judicial o escritura pública que contiene la designación de apoyos.

IV. Diferencias entre la sustitución y el modelo de apoyos

Históricamente la sustitución ha estado presente en las legislaciones civiles bajo la idea de la «protección» de la persona con discapacidad, incluso de sus propias decisiones. El Código Civil peruano estipuló restricciones a la capacidad de obrar, calificando a las personas con discapacidad mental como incapaces relativos⁽²⁾ o absolutamente incapaces⁽³⁾, según los supuestos de hechos diseñados en la previsión normativa.

Es así, que para el ejercicio de sus derechos necesitaban de un representante legal (curador), el cual era designado mediante el denominado proceso no contencioso de interdicción iniciado a solicitud de los familiares o terceros interesados, cuya principal función era decidir, por tanto, sustituir de manera permanente la voluntad de la persona con discapacidad en todos los actos de su vida civil; con la inminente generación de la muerte civil para las personas con discapacidad mental.

(2) Art. 44, incs. 2 y 3 C.C.: Son relativamente incapaces los retardados mentales, los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.

(3) Art. 43, inc. 2 C.C.: Son absolutamente incapaces los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento.

Martínez (2020), refiriéndose a la legislación española, precisa que «las figuras tradicionales de sustitución en la toma de decisiones, como la tutela, implican retirar a una persona la capacidad de tomar sus propias decisiones, transfiriendo esa capacidad a un tercero» (p. 246).

Este modelo persistió hasta la reforma introducida en el año 2018 por el Decreto Legislativo 1384, la misma que se implementó en el marco del cumplimiento del artículo 12 de la CDPD. La aludida norma establece la presunción de capacidad jurídica de todas las personas⁽⁴⁾, eliminándose la interdicción por motivos asociados a la discapacidad mental⁽⁵⁾, derogándose las normas que recogían supuestos de incapacidad asociados a la discapacidad y considerando el supuesto de capacidad de ejercicio restringida para aquellos casos de personas que se hallen en estado de coma que no hayan designado apoyos de manera previa.

Bariffi (2020) señala que «mientras el sistema tradicional tiende hacia un modelo de *«sustitución»* en la toma de decisiones, el modelo de derechos humanos en el que se basa la CDPC, aboga por un modelo de *«apoyo»* en la toma de decisiones» (p. 4).

La característica resaltante del modelo de apoyos radica en que la voluntad decisoria continúa en la propia persona con discapacidad, a diferencia del modelo tradicional, en el cual, el curador sustituía la voluntad del sujeto, actuando como su representante legal de manera permanente y para todos los actos jurídicos a lo largo de su vida.

Las diferencias entre el modelo de sustitución (interdicción y curatela) y el modelo de apoyos son:

- El modelo de sustitución contempla la muerte civil de las personas con discapacidad mental, para el modelo de apoyos la deficiencia mental no genera muerte civil.
- En el modelo de sustitución se designa curador para el ejercicio de todos los derechos, mientras en el de apoyos, se designa apoyo para actos espe-

(4) Art. 2 Dec. Leg. 1384.: Toda persona tiene capacidad jurídica para el goce y ejercicio de sus derechos. La capacidad de ejercicio solo puede ser restringida por ley. Las personas con discapacidad tienen capacidad de ejercicio en igualdad de condiciones en todos los aspectos de su vida.

(5) Art. 42 Dec. Leg. 1384: Toda persona mayor de dieciocho años tiene plena capacidad de ejercicio. Esto incluye a todas las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás y en todos los aspectos de la vida, independientemente de si usan o requieren de ajustes razonables o apoyos para la manifestación de su voluntad.

cíficos que permitan materializar determinados derechos, conservando su capacidad jurídica, ello permite incluso que la persona con discapacidad impugne los actos del apoyo, lo cual no se permitía en la curatela dada la restricción de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad.

- La curatela, expresión del modelo de sustitución, era determinada en atención a un orden de prelación impuesto normativamente; en el caso de los apoyos, la persona con discapacidad los elige y sólo excepcionalmente se establecen apoyos obligatorios, pero no en base a un orden de prelación, sino, en atención a la relación de convivencia, confianza, amistad, cuidado o parentesco que existía con el apoyo.
- La curatela es de carácter permanente, de por vida; mientras que el apoyo dura el tiempo que lo considere la persona con discapacidad o el que sea necesario para la realización de un determinado acto jurídico.
- El control respecto a la función del curador era meramente decorativo (rendición de cuentas al culminar su función), en el caso de los apoyos, en la resolución de designación, necesariamente deben establecerse salvaguardias que permitan optimizar el adecuado proceder del apoyo, considerándose mecanismos procesales de activación de las mismas.

V. Análisis de Resolución judicial de apoyos y salvaguardias

Se presenta a continuación un auto final emitido en un Proceso de Interdicción, el cual fue adecuado, en el que se analiza su conformidad con los estándares previstos en la Convención.

a) La designación judicial de apoyo excepcional (Exp. 01569-2015-0-0601-JR-FC-01)

Una de las cuestiones principales debatidas en el caso consistió en determinar si se configuraba el supuesto de que la persona con discapacidad no pueda manifestar su voluntad, para que proceda la designación de apoyo de manera excepcional, esto es que el apoyo sea nombrado por un juez.

El solicitante A.S.M.B pide la designación de apoyo y salvaguardia a favor de G.M.M.M, funda su pedido en que la referida señora padece de una enfermedad mental denominada «alzheimer», lo cual corrobora con el informe médico en el que se indica que sufre de un cuadro demencial que la lleva a estar desorientada en tiempo, espacio y persona, a desconocer a sus familiares y conductas inapropiadas, esto la convierte en una persona dependiente; solicitando

que se lo designe como apoyo de su esposa con la finalidad de encargarse de sus necesidades personales y fisiológicas, además de la custodia, administración de bienes u otros beneficios de los que fuera sujeto.

La Juez de Familia concede lo solicitado estableciendo en la consideración NOVENA del Auto final⁽⁶⁾, lo siguiente:

(...) corresponde excepcionalmente otorgar a la persona designada como apoyo, las facultades de representación para el cobro de la pensión de jubilación en el Banco de la Nación, además de custodiar y conservar los bienes muebles e inmuebles de la persona asistida; asimismo, deberá encargarse de las necesidades personales, fisiológicas, alimentación, vestido, tratamiento médico, controles de salud, precisándose que el apoyo será de manera indefinida o hasta cuando no lo requiera.

Asimismo, en la DECIMA consideración determina las siguientes salvaguardias:

(...) corresponde en el presente caso disponer que el designado como apoyo de G.M. M. M, informe anualmente y durante todo el periodo de su designación sobre las gestiones de cobro de pensión por jubilación en el Banco de la Nación, así como sobre la custodia, administración de bienes muebles e inmuebles de la señora u otros beneficios de los que fuera sujeto de derecho; respecto al apoyo para atender sus necesidades básicas se debe ordenar visitas inopinadas por parte de los profesionales del Equipo Multidisciplinario de Familia de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, las cuales se realizarán cada seis meses, es decir, la Asistente Social deberá efectuar un informe sobre las condiciones en las que vive la señora G.M. M. M.

Agregando en la parte resolutive del auto lo siguiente:

(...) Que el Médico adscrito al Equipo Multidisciplinario de Familia de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca emita informe cada seis meses por el periodo de tres años, debiendo incidir en Estado de Salud, estado nutricional, factores de riesgo en la salud, seguimiento y reevaluación (monitoreo o supervisión) de la señora G.M.M.M. Que, **EL APOYO** informe anualmente, el detalle de los gastos en la alimentación, vestido y salud de la señora G.M.M.M.

(6) Resolución N.º 28 del 03/07/2019 emitida en el Exp. N.º 01569-2015-0-0601-JR-FC-01

El presente caso coloca a la Juez frente a la decisión de designar a un apoyo excepcional, el cual procede cuando no se puede conocer la voluntad luego de brindar las medidas de accesibilidad o ajustes razonales en la comunicación, y de haber realizado esfuerzos reales, considerables y pertinentes para obtener una voluntad, y luego de verificar que la designación del apoyo es necesaria para el ejercicio y protección de derechos.

En el caso, quedó establecido que la tutelada, sufre de una enfermedad que le impide expresarse coherentemente y orientarse, encontrándose postrada; lo cual fue corroborado por la Juez con los medios de prueba pertinente; sin embargo queda la duda, respecto a si la Juez realizó los esfuerzos necesarios para obtener la voluntad de la persona con discapacidad, pues no se alude a ninguna entrevista o contacto directo que se haya tenido con la persona a quien se presta apoyo, sino, únicamente se sustenta en la certificación médica y el dicho del solicitante.

La necesidad de la designación de apoyo para el ejercicio y protección de derechos, sí queda acreditada en el caso de autos; pues, había que cobrar una pensión de jubilación en el Banco de la Nación, custodiar y administrar sus bienes y encargarse de la atención de sus necesidades personales y fisiológicas; y así se establece en el auto final; sin embargo considero que debió haberse detallado el patrimonio de la persona con discapacidad; asimismo, respecto a las facultades de representación otorgadas de manera indefinida para todos los actos jurídicos que se requiera para la custodia, conservación y administración de sus bienes muebles e inmuebles, hubiese sido más prudente colocar un plazo determinado y no de manera indefinida a fin de verificar que en adelante no se produzca un conflicto de intereses con el esposo que funge de apoyo; lo contrario implica asumir la representación legal propia del modelo de sustitución, lo cual no es coherente con los estándares de la Convención.

En cuanto a la persona a quien se designa como apoyo, la normatividad exige que se tenga en cuenta la relación de convivencia, confianza, amistad, cuidado o parentesco que exista con el apoyo; ante lo cual, se considera que probado el vínculo conyugal con la partida de matrimonio existe un lazo de familiaridad, por lo que es la persona idónea para actuar como apoyo⁽⁷⁾. Se verifica en consecuencia que la designación de apoyo excepcional recayó sobre una de las personas contempladas en el supuesto normativo.

En lo que se refiere a las salvaguardias establecidas, éstas cumplen con ser medidas que se dan en la determinación de apoyos y su propósito es proteger

(7) Octava consideración del Auto final emitido en el Exp. 01569-2015-0-0601-JR-FC-01

los derechos de la persona con discapacidad, en el caso concreto: el derecho al cobro de su pensión de jubilación, el derecho a custodiar y administrar sus bienes, y el derecho a la salud. Hubiese sido interesante establecer una salvaguardia respecto al destino de los frutos y productos derivados de la administración de los bienes propios y sociales de la señora, a fin de fiscalizar que sean destinados también para su atención o custodiados en alguna entidad financiera.

VI. Conclusiones

- El modelo social establece que la discapacidad no es una cuestión inherente a la persona, sino que se produce por la interacción de la persona con la sociedad, que es la que genera barreras discapacitantes.
- La CDCD se sustenta en el modelo social, que reconoce capacidad jurídica a las personas con discapacidad, su inclusión plena a la sociedad respetando y valorando las diferencias y la necesidad del Estado y la sociedad de remover las barreras discapacitantes.
- El modelo de apoyos tiene como principal objetivo reconocer y garantizar los derechos, la autonomía y la independencia de las personas con discapacidad y está constituido por mecanismos para facilitar la voluntad en el marco de la celebración de actos con relevancia jurídica.
- El modelo de apoyos propugna el respeto por la voluntad y preferencias de la persona que requiere apoyos, más allá del interés superior de éste.
- Las salvaguardias tienen como objeto proteger a las personas con discapacidad en la prestación de apoyos, garantizando el respeto de los derechos, la voluntad y preferencias de las personas con discapacidad, previniendo el conflicto de intereses y la influencia indebida.
- Entre el modelo de apoyos y el de sustitución existen marcadas diferencias, el apoyo no sustituye la voluntad de la persona con discapacidad, a diferencia del modelo de sustitución, en la que el representante (curador) sustituye a la persona con discapacidad, generando su muerte civil, la curatela tiene carácter indefinido y genérico, el modelo de apoyos precisa de un plazo y se establece para actos determinados y específicos.
- El supuesto práctico analizado, nos ha permitido determinar que en el establecimiento de apoyos se están cumpliendo los estándares de la Convención, así como distinguir el modelo de representación basado en la sustitución respecto al modelo de apoyos.

VII. Lista de Referencias

- ALEMANY, Macario (2018). *Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad. (Una crítica a la Observación General N.º 1 (2014) del Comité (UN) de los derechos de las personas con discapacidad)*. En: Anales de la Cátedra Francisco Suárez núm. 52, Alicante-España (pp. 201-222).
- BREGAGLIO, R. y CONSTANTINO R. *Un modelo para armar: La regulación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el Perú a partir del Decreto Legislativo 1384*. En: Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos, Colombia, 2019 (pp. 32-59).
- BARIFFI, Francisco. *El Modelo de toma de decisiones con apoyos: De la Teoría a la práctica*. En: la obra Derechos y Salud Mental dirigida por Alfredo Kraut y publicada por Burbinzal Culzoni en 2020. Tomo II (pp. 241-288).
- BARIFFI, Francisco. *Restricción a la capacidad y la capacidad civil. Tensiones constitucionales y Código Civil y Comercial*. En: Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Vol. 77, Noviembre de 2016 (pp. 41-55).
- COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. (2014). Observación general número 1. Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley. 11 período de sesiones. 31 de marzo a 11 de abril de 2014. CRPD/C/GC/1. Recuperado de https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/1&Lang=en
- MARTÍNEZ PUJALTE, Antonio L. *A propósito de la reforma de la legislación española en materia de capacidad jurídica: la voluntariedad como nota esencial del apoyo*. En: Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, N.º 42. España, 2020.
- Organización de Las Naciones Unidas. (2006). *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*.
- PALACIOS, Agustina. *Modelo Social de la Discapacidad, orígenes, caracterización y su plasmación en la Convención Internacional sobre Derechos de las personas con Discapacidad*. Colección Cerami.es N.º 36, Ediciones Cinca, 1.ª edición, Madrid, octubre de 2008.
- PODER EJECUTIVO (04 de setiembre del 2018). Decreto Legislativo 1384. Lima, Diario Oficial «El Peruano».

Principios de opinión y no discriminación en la justicia juvenil

Principles of opinion and non-discrimination in juvenile justice

PIMENTEL TELLO, Marfa Isabel(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Justicia Juvenil. III. Principios y garantías contemplados en la Convención sobre los Derechos del Niño. IV. Situación de los adolescentes que contravienen la ley penal. V. Breve análisis de los derechos de opinión y no discriminación del que gozan los adolescentes. VI. Abordaje de estos derechos – principio en el ámbito de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. VII. Conclusiones. VIII. Lista de Referencias.

Resumen: La Convención sobre los Derechos del Niño consagra fundamentalmente cuatro principios en relación a tales derechos: a) el de no discriminación, b) interés superior del niño, c) supervivencia y desarrollo y d) de opinión o participación; los cuales se establecen como referencia de aplicación y para orientar e interpretar los derechos de niños, niñas y adolescentes. En el siguiente artículo compartimos algunas reflexiones con el

(*) Abogada por la Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco, Maestra y Doctora en Ciencias por la Universidad Nacional de Cajamarca, Docente de pregrado y posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca. Arbitro y conciliadora extrajudicial, ex Fiscal Adjunta de la Cuarta Fiscalía Provincial Civil y de Familia de Cajamarca.

propósito de analizar dos de estos principios, el de opinión y no discriminación en los adolescentes que entran en conflicto con la ley penal; es decir, en la justicia juvenil. El Código de Responsabilidad Penal Adolescente peruano, ha incorporado explícitamente el de interés superior y el de no discriminación (este último como enfoque), pero, siendo uno de los fundamentales, el principio de participación, no es precisamente un referente en el ámbito de la justicia juvenil, por lo que se analiza la intervención de los adolescentes en conflicto con la ley en los procesos de responsabilidad penal y se proponen posibilidades de intervención en los asuntos que les atañen (lo cual es la razón de ser del principio).

Decantamos nuestro aporte, además del abordaje de los principios específicos de opinión y de no discriminación; haciendo énfasis en delimitar la situación de los adolescentes que contravienen la ley penal, hacemos también un breve análisis del derecho de opinión y no discriminación del que gozan estos adolescentes, y concluimos con la presentación del abordaje de estos derechos – principio en el ámbito de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Palabras clave: Justicia juvenil, Convención sobre los Derechos del Niño, Derecho de Opinión, Derecho de no Discriminación.

Abstract The Children's Rights Convention essentially establishes four principles in relation to such rights: a) that of non-discrimination, b) best interests of the child, c) survival and development and d) of opinion or participation; which are established as a reference for application and to guide and interpret the rights of children and adolescents. In the following article we share some reflections with the purpose of analyzing two of these principles, that of opinion and non-discrimination in adolescents who come into conflict with criminal law; that is, in juvenile justice.

The Peruvian Adolescent Criminal Responsibility Code has explicitly incorporated that of superior interest and that of non-discrimination (the latter as an approach), but, being one of the fundamentals, the principle of participation, it is not exactly a benchmark in the field of juvenile justice, which is why the intervention of adolescents in conflict with the law in criminal responsibility processes is analyzed and possibilities of intervention in matters that concern them are proposed (which is the reason for the principle being).

We express our contribution, in addition to addressing the specific principles of opinion and non-discrimination; Emphasizing on delimiting the situation of adolescents who violate criminal law, we also make a brief analysis of the right of opinion and non-discrimination enjoyed by these adolescents, and we conclude with the presentation of the approach to these rights - a principle in the field of Inter-American Court of Human Rights.

Keywords: Juvenil Justice, Children's Rights Convention, Right of Opinion, Right of Non discrimination.

I. Introducción

En este modesto aporte, pretendemos poner en relieve la importancia que tienen los principios consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño, mismos que enmarcan al Sistema de Protección Integral, en circunstancias límite en las que puede encontrarse un adolescente, puntualmente nos ocupamos de cuando entran en conflicto con la ley, específicamente con la ley penal; esto a propósito de la puesta en vigor del Código de responsabilidad Penal Adolescente y la corriente protectora desplegada a partir de la suscripción de la Convención ya referida por nuestro Estado.

Encontrándonos en una fase de implementación de un nuevo sistema procesal en nuestro país, para el tratamiento de los adolescentes que desobedecen la ley, se hace necesario el establecer ciertas bases para poder orientar el tratamiento de estos considerados «sujetos de derecho privilegiados», recordando la obligación de las autoridades de respetar todos aquellos que se consagran en la Convención y en especial los de no discriminación, interés superior del niño, supervivencia y desarrollo, y de opinión o participación; todos ellos, considerados directa o indirectamente en las normas sobre la materia, pero en muchos casos, poco recurridos en materia de justicia juvenil.

Por tanto, planteamos su abordaje y adecuada aplicación, partiendo de un acercamiento a lo que se entiende por justicia juvenil, a continuación, presentamos los principios y garantías de carácter convencional que se aplican en los casos de adolescentes en conflicto con la ley pena; asimismo evaluamos la situación de los adolescentes que incurren en tal condición. Seguidamente, realizamos un breve análisis de los derechos de opinión y no discriminación de los cuales gozan los adolescentes, para finalmente y antes de las conclusiones, referirnos a algunos casos abordados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los cuales se han tratado estos principios.

Entendiendo estos principios brevemente, como el derecho de expresar su parecer sobre las cuestiones que lo afectan, y el de no ser tratado de manera diferencia en razón a su etnia, religión, edad, condición social y demás formas de exclusión o marginación; nuestro propósito el sensibilizar a los actores estratégicos en materia de justicia juvenil, respecto de la importancia de observar y respetar estos principios, brindándoles la oportunidad a los adolescentes de reorientar sus expectativas y enmendar el rumbo de sus vidas; todo lo cual redundará en la sustancial recomposición personal, familiar, comunitaria y social.

II. Justicia Juvenil

Estaremos de acuerdo en que muy pocas cosas son tan tristes como ver a adolescentes entrar en conflicto con la ley penal, experimentar el contacto con adolescentes que, debido a diversas causas y motivaciones, incurrir en hurtos, robos, violaciones, homicidios y otros delitos o faltas, nos acerca a una realidad en la que también se puede apreciar, el miedo, resentimiento, inseguridad y también las múltiples carencias de las que son víctima estos «sujetos de derecho privilegiados»; y son precisamente estas circunstancias las que nos permiten entender el porqué de la necesidad de un tratamiento diferenciado y especializado para los adolescentes que entran en conflicto con la ley, en especial con la ley penal.

Y es que, son diversas las circunstancias de vida que determinan a un adolescente a cometer delitos o faltas, situaciones particulares que, generalmente se vinculan a los diversos escenarios familiares en los cuales se desenvuelven y que se suman a factores que los afectan irremediamente.

Es así que la justicia juvenil se ha ido adaptando a la realidad y ha ido incorporando modelos que igualmente se han acondicionado a las doctrinas o paradigmas⁽¹⁾ en cuanto a derechos de adolescentes. Actualmente, a consecuencia de la adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante la Convención o CDN), tales modelos se han tenido que adecuar a la noción del adolescente como sujeto pleno de derechos (y de deberes); de esta manera, se han estructurado también los Sistemas de Justicia Juvenil, que, en el caso de los países de América Latina, han sido calificados como fracasados en su mayoría, no distinguiéndose un sistema que sea digno de imitar o de citar como adecuado (Huertas Diaz, 2013); aunque los esfuerzos de algunos países por encaminarse hacia la optimización de sus sistemas, pueden advertirse de cierta manera.

Específicamente, la justicia (penal) juvenil, se entiende como la que se aplica a los adolescentes, garantizando el respeto de sus derechos, adaptándose, asimismo, a las necesidades específicas de los que no han alcanzado la mayoría. Hay que tener en cuenta que la responsabilidad penal se divide dependiendo de la edad del agente, en el caso de los menores de edad, se considera que son inimputables y cuando se trata de mayores de edad, corresponde la imputación de las consecuencias penales de los delitos o faltas cometidos, esto debido prin-

(1) Recuérdese que, en cuanto a derechos de niños, niñas y adolescentes, se ha transitado entre las doctrinas de situación irregular y la de protección integral, siendo esta última la que consagra la Convención sobre los Derechos del Niño y que se ha adoptado por todos los países del orbe a excepción de los Estados Unidos de América.

principalmente a la falta de madurez emocional, psicológica e intelectual, necesarias para asumir los alcances de los actos cometidos.

A los niños, niñas y adolescentes se les considera como sujetos plenos de derecho, lo que sintetiza el cambio paradigmático introducido por la Convención, y a su suscripción, los países del orbe se han comprometido a desarrollar procesos nacionales de reforma legislativa, con la finalidad de adecuar sus legislaciones nacionales al espíritu de la Convención, en aras de su éxito.

Pero pese a este reconocimiento, nuestras sociedades tienden a la estigmatización de los adolescentes que entran en conflicto con la ley penal y muchas veces, con la intervención de los medios de comunicación, tienden a pretender un tratamiento similar al de los adultos, habiendo en algunos casos influido en decisiones legislativas. Socialmente, la percepción es totalmente negativa, lo cual lleva a desconocer la condición de vulnerabilidad de los adolescentes y la imposibilidad de tener la misma mirada respecto de los adultos y adolescentes frente a hechos que revisten criminalidad.

Muchos mitos se han concentrado en el campo de los adolescentes en conflicto con la ley penal, muchos de ellos vinculados primero a la concepción ontológica de que estos (mal llamados delincuentes juveniles) constituyen un problema, independiente a la reacción social formal e informal que la define y controla. En el primer caso, es decir la reacción social formal la entendemos como el conjunto de instituciones y dispositivos legales relativos al subsistema de justicia penal juvenil que abarca definiciones normativas y prácticas de privación de libertad, lo que incluye las acciones de la policía, justicia y hasta los servicios sociales que forman parte del sistema, mientras que por reacción social informal se entiende a la acción de los medios de comunicación, opinión pública y otros, que repercuten en la visión de estos adolescentes, positiva o negativamente.

Por otro lado, desde una perspectiva no ontológica se concibe a la realidad y al delito en el ámbito juvenil no como entes naturales sino como acciones humanas a las que la reacción social formal e informal conceden un sentido determinado, como un carácter co-constitutivo de los diversos tipos de reacciones. (García Mendez, s/f).

Son posturas propias de estas reacciones el retribucionismo hipócrita y el paternalismo ingenuo⁽²⁾; —concebidas como teorías absolutistas— para la pri-

(2) El «retribucionismo hipócrita» es un término, contrario al «paternalismo ingenuo», se vienen empleando para analizar la situación de los adolescentes y su utilización para la comisión de ilícitos, según señala el abogado, profesor y consultor

mera, el derecho penal representa todo, bajo tal postura se sostiene que las sanciones penales son la única forma de resolver los problemas sociales, concibiéndose propuestas irreflexivas e inmedatistas. Bajo esta visión, se adoptan medidas como reducir la edad de responsabilidad, se incrementan las sanciones, se endurecen los tratamientos; evidentemente estos entornos se orientan a la desfasada doctrina de situación irregular en el que el sistema oscilaba entre la impunidad extrema y la arbitrariedad represiva (Meini, 2013).

Como respuesta a esta postura, surge el paternalismo ingenuo, para el que el derecho penal no es nada, el menor de 18 años es incapaz de cometer actos contrarios a la ley penal, no merecen ningún tipo de reproche jurídico, en la medida en que automática e invariablemente estarían denotando tendencias patológicas propias de la edad (Meini, 2013).

En ambos extremos, la respuesta jurídica es evidentemente inapropiada, y si alguna coincidencia tienen ambas posturas es el profundo desprecio por la infancia y el desconocimiento de la concepción del NNA como sujeto de derecho; considerándolos de un lado como objeto de compasión y por el otro de represión.

En torno al comportamiento de los sistemas de justicia penal juvenil, podríamos decir también que, es duro reconocer que actos contrarios a la ley penal como lesiones, violaciones, robos, hurtos, y otros; cuando son cometidos por adolescentes que pertenecen a determinados grupos sociales pueden no provocar consecuencias negativas para sus autores, por tener un soporte familiar y educativo; mientras que para otros, la carencia de estos puede determinar su internación; esto precisamente fue una constante en el Perú, lo cual fue identificado por una investigación realizada por la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito en 2016 (García Huayama, 2016), en la que se determinó que magistrados de nuestro país imponían la medida de internación por la falta de soporte familiar de los adolescentes que entraban en conflicto con la ley penal.

En la vía del autoanálisis igualmente contamos con los informes defensoriales N.º 123 del año 2007 sobre la situación de los adolescentes infractores de la ley penal privados de libertad; Informe de Adjuntía N.º 001-2011/DP/

de UNICEF, João Batista Costa Saraiva, «La participación de los niños en el tráfico de drogas es una de las formas más brutales de explotación del trabajo infantil», él es uno de los más reconocidos especialistas brasileños en el Derecho de la Niñez y la Adolescencia.

ADHPD respecto de la supervisión del Centro de Diagnóstico y Rehabilitación Juvenil de Lima, el Informe Defensorial N.º 157-2012/DP sobre el Sistema Penal Juvenil, y más recientemente el Informe Especial N.º 003-2020-DP⁽³⁾, en el que se efectúa una evaluación de la situación de los adolescentes privados de la libertad que se encuentran albergados en los centros juveniles del país; que, contrastados, revelan los mismos problemas advertidos en sus informes previos desde 2007, es decir: 1) falta de especialización en el equipo interdisciplinario, 2) insuficiencia de personal, 3) hacinamiento de los centros juveniles y 4) la alta incidencia de casos sin sentenciar.

Continuando en el plano crítico, diremos que prácticamente todas las medidas implementadas, no producen ninguna consecuencia real en el aumento de la seguridad ciudadana o disminución de la incidencia de casos de adolescentes en conflicto con la ley penal; por otro lado, tampoco se advierte un efecto preventivo, siendo cada vez es más precoz el ingreso de los adolescentes en los circuitos de la criminalidad adulta.

En el Perú hemos tenido un escenario bastante particular, entre los años 2004, en que se promulga el Código Procesal Penal⁽⁴⁾, con corte garantista acusatorio, aplicable a los adultos, y el 2017 en que se promulga el Código de Responsabilidad Penal Adolescente (en adelante CRPA); período durante el cual los adultos tuvieron normativamente el amparo pleno de sus derechos, mientras que con los adolescentes se caminaba prácticamente a tientas. Es decir, recién en 2017 que se introduce el sesgo garantista para el proceso de adolescentes en conflicto con la ley penal (por lo menos normativamente), dando origen a un proceso propio para ellos, con enfoques innovadores y, sobre todo, bajo la luz de la Convención y la consideración de los adolescentes como sujetos plenos de derechos, pero también de deberes y responsabilidades.

-
- (3) Ha sido y es preocupación de la Defensoría del Pueblo la identificación de los problemas referidos a los centros de diagnóstico y rehabilitación juveniles en nuestro país y ha presentado estos informes desde el año 2007, reflejando, desde entonces, los mismos problemas que se evidenciaron también en 2020, en el informe preparado a propósito de la coyuntura pandémica, buscando minimizar los efectos del COVID-19 en las condiciones de hacinamiento y privación de libertad que sufren adolescentes bajo la forma de internación (que resulta ser un eufemismo, ya que es en efecto la máxima restricción de la libertad).
- (4) Implementado progresivamente en los distritos judiciales del país, significando un cambio paradigmático en la justicia penal para adultos, que desde entonces reviste de plenas garantías al proceso penal.

Es entonces tarea de los Estados revisar la necesidad de producir una justicia juvenil, que centre su atención en el adolescente en conflicto con la ley penal, que también lo haga responsable por sus actos, que lo enfrente a asumir una posición respecto de la víctima y de la propia sociedad; pero además, que establezca la responsabilidad de los actores garantes de los derechos de tales adolescentes; es decir, de los adultos, representados por los padres, la familia y la comunidad, y este escenario lo proporciona precisamente, la justicia juvenil restaurativa⁽⁵⁾. En esta, gracias a la intervención de todos los actores comprometidos, la visión de los actos conflictivos con la ley penal, alcanzan otros ribetes, se posiciona al adolescente en un espacio más garantista, se le proporciona mecanismos para, no solamente resarcir el daño causado, sino, sobre todo, se le da la posibilidad de enmienda del rumbo de su vida, cumpliendo las funciones reeducadora y resocializadora que permite la reinserción del adolescente en los ámbitos escolar, laboral, familiar y social, mediante la aplicación de los abordajes interdisciplinarios que se orientan a recomponer la vida de estos adolescentes, y los promociona con una nueva oportunidad, en la cual sus derechos a la subsistencia y desarrollo integral e interés superior se ponen de manifiesto.

En este camino nos encontramos adelantando hitos en el Perú, la construcción de un sistema penal juvenil de corte garantista se orienta a la reinserción socio familiar de los adolescentes que contravienen la ley penal, cuyos resultados ya se aprecian en la transformación de vidas de muchos adolescentes que, incorporados en programas restaurativos, logran una oportunidad para restablecer sus vínculos educativos, familiares y sociales, reencauzar sus posibilidades hacia un futuro distinto al trazado previamente en mérito a equivocaciones; asimismo, se vienen planteando nuevas propuestas de abordaje de la problemática de estos adolescentes como el enfoque terapéutico, la terapia cognitiva y hasta las neurociencias, que consisten en un acompañamiento terapéutico del adolescente, admitiendo que su conducta contraria a la ley se asocia con algún trastorno o patología mental e implica la intervención profesional con la finalidad de brindar un tratamiento y seguimiento de tales problemas, esto implica también que se incorporen tratamientos farmacológicos u otro tipo de terapia.

(5) El Decreto Legislativo N.º 1348 (que aprueba el Código de Responsabilidad Penal Adolescente en el Perú), incorpora entre sus enfoques el restaurativo, que hace factible tales propósitos.

III. Principios y garantías contemplados en la Convención sobre los Derechos del Niño

Aludimos a la teoría de la argumentación (en cuanto sustenta la distinción entre reglas y principios), citando lo afirmado por Robert Alexy «el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son mandatos de optimización, mientras que las reglas tienen el carácter de mandatos definitivos» (Alexy, 1997). Los principios ordenan y son susceptibles de ponderación (la cual necesitan), tienen precedencia a las reglas, configuran los sistemas jurídicos y expresan el «deber ser» del Derecho.

Se trata de elementos indispensables que, en el caso de NNA representan el espíritu de la Convención. Los pilares fundamentales de este instrumento son: 1. Supervivencia y desarrollo, 2. No discriminación, 3. Interés Superior del Niño y 4 Opinión. De otro lado, respecto de los adolescentes en condición de «infractor», establece un catálogo de garantías, desarrollándose en el artículo 40 un conjunto de pautas que resguardan a quienes transgreden las leyes penales, reconociéndoles mínimamente la presunción de inocencia, la no autoincriminación, la asistencia gratuita, respeto a su vida privada y otros. Además, se precisa que solo corresponde tal condición a aquel adolescente que ha violentado dispositivos jurídicos definidos como delitos, faltas o contravenciones, que les sean atribuidas en calidad de responsable, luego de un proceso imbuido por garantías procesales y de fondo⁽⁶⁾.

(6) Artículo 40

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.
2. Con este fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular:
 - A. Que no se alegue de ningún niño que ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron;
 - B. Que todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:

Asimismo, al referirnos a garantías, las fundamentales están contenidas en el plexo de reglas establecidas por Naciones Unidas que conceden el marco de protección de los derechos, en este caso de los adolescentes en conflicto con la ley penal y se suman a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño:

- a. Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;
 - b. Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa;
 - c. Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación de sus padres o representantes legales;
 - d. Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;
 - e. Si se considerase que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley;
 - f. Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;
 - g. Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento.
3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular:
- A. Al establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales.
 - B. Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.
4. Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional; así como otras posibilidades alternativas al internamiento en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.

1) Las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing), 2) Las de Naciones Unidas para la Protección de los Jóvenes Privados de Libertad (Reglas de Riad), 3) Las Reglas de la Habana y 4) Las Directrices de Riad para la Prevención de la Delincuencia Juvenil; todas basadas en la doctrina de protección integral, que tiene en el ámbito de la justicia juvenil, la característica de reducir el margen de discrecionalidad del juez, haciendo posible la revisión de las decisiones, y la fundamentación de las mismas (Barletta Villarán M. C., 2015). Sin embargo, haciendo un paréntesis, debemos decir que aún se percibe un cierto desconocimiento del carácter positivo de la Convención e instrumentos internacionales relacionados, lo que impide su directa aplicación.

Entonces, el surgimiento de un sistema de responsabilidad juvenil basado en la doctrina de protección integral con enfoque restaurativo, viene permitiendo superar los gravísimos errores y limitaciones advertidas antes, superando el binomio arbitrariedad-impunidad por el de severidad y justicia, con una visión garantista de la administración, caracterizada por:

- 1) Los menores de 18 y mayores de 12 años, no son penalmente imputables, pero sí penalmente responsables.
- 2) La responsabilidad penal significa que se les atribuyen las consecuencias de sus actos (típicos, antijurídicos y culpables), con la diferencia en torno a: a) mecanismos procesales, b) monto de las penas o naturaleza de las sanciones y d) el lugar de cumplimiento de las medidas.
- 3) Los menores de 12 años son a la vez inimputables e irresponsables de los actos que cometan, debiéndose imponerles medidas de protección.
- 4) Solo es «infractor» el adolescente a quien se le ha determinado responsabilidad como autor de una conducta definida criminalmente, habiéndose desarrollado para él un debido proceso y aplicado una medida socioeducativa.
- 5) Un sistema de responsabilidad penal juvenil presupone la existencia de medidas socioeducativas que permitan dar respuesta diferenciadas como la amonestación, la prestación de servicios comunitarios, la libertad asistida, la semilibertad o la internación, siendo esta última la *última ratio*.
- 6) En tal caso se debe establecer que los órganos jurisdiccionales efectúen una interpretación estricta – garantista de los dispositivos jurídicos. Que diseñen y estructuren medidas alternativas de privación de libertad, y
- 7) El aumento de competencias para el ministerio público y la aplicación preferente de la remisión como forma anticipada de extinción del proceso.

IV. Breve análisis de los derechos de opinión y no discriminación del que gozan los adolescentes

Como pilares de los derechos fundamentales de los NNA, ambos principios, junto a los de interés superior y el de sobrevivencia, establecen el marco adecuado para el arquetipo de protección integral que postula la Convención sobre los Derechos del Niño y desarrollo (como se tiene mencionado), en tal medida, les corresponde actuar como pautas interpretativas para tales derechos, siendo, como también dijimos, mandatos de optimización de las normas vinculadas a NNA.

En torno al principio-derecho de opinión, su reconocimiento implica la consideración de la condición de «sujetos de derechos con autonomía y personalidad jurídica propia, al otorgárseles capacidad para impactar en las decisiones que se adopten en relación a ellos y no requerir de sus representantes legales para que opinen en su nombre» (Barletta Villarán, 2018, p. 47). Esto se consagra en el artículo 12 de la CDN, incorporándose bajo la fórmula de «derecho a la opinión», condicionado únicamente a la edad y grado de madurez.

Respecto a esto último, resulta pertinente acotar que, frente a tal exigencia, el Comité de Derechos del Niño ha establecido que no se debe establecer límites en cuanto a la edad de NNA, y que se les debe permitir expresar su opinión (Observación General 12), en este sentido además recomienda a los estados a que no se incorporen tales límites normativamente o en prácticas judiciales, y que más bien se permita la participación de NNA en todos los asuntos que les afecten, sustentados en estudios que han determinado que ellos son capaces de formar opiniones desde muy temprana edad, incluso cuando todavía no puede expresarlas verbalmente (Lansdown, 2005). El propio Comité ha establecido también la estrecha relación existente entre este principio y el de interés superior del niño, determinando que el primero es un «criterio sustancial para darle vigencia» a este último; podríamos además añadir que, mediante el ejercicio de tal principio, se evidencia la atribución de deberes y de responsabilidades a NNA.

Por su parte, el principio de no discriminación, es la esencia de la Convención sobre eliminación de toda forma de discriminación racial de 1965, que además lo define en su artículo 1 como:

toda distinción, exclusión, restricción o preferencia (...) que tenga por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.

De igual forma en la Convención para la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer de 1979, se ha señalado que discriminación denota «... toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer (...) de los derechos humanos y las libertades fundamentales...».

Con tales antecedentes, la Convención ha incorporado en su artículo 2.1. las condiciones que originan discriminación, refiriendo expresamente en su artículo 2.2. que: «los estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación...», lo cual corresponde concordar con lo declarado en el preámbulo de la misma Convención, relativo al reconocimiento de que existen niños en todos los países del mundo que «viven en condiciones excepcionalmente difíciles que necesitan especial consideración» (Barletta Villarán M., 2018)

V. ¿Cómo intervienen los derechos – principio de opinión y de no discriminación en el contexto de la Justicia Juvenil?

Resulta lamentable reconocer que, en el entorno de la justicia juvenil, lo último que se tiene en cuenta es la opinión del adolescente; en nuestro ámbito, consideramos que se perdió una oportunidad valiosa para explicitarlos en el CRPA, como parte de los principios que han sido incorporados, solamente se considera en el artículo 5 que «...respetando los derechos y garantías establecidos en la Constitución Política del Perú, así como en los Tratados Internacionales de Protección de Derechos Humanos, tales como la Convención sobre los Derechos del Niño u otros instrumentos internacionales que el Estado peruano haya suscrito o suscriba...» de cuyo enunciado se puede interpretar la inclusión de los antes mencionados principios y se debe considerar igualmente implícitos dentro de las garantías procesales.

Sin embargo, sostenemos que, (como ya se dijo) siendo estos principios dos de los cuatro pilares fundamentales del sistema de derechos humanos de los NNA, deben considerarse aunque no normativamente, sí en el proceso de responsabilidad penal adolescente, toda vez que, la esencia del principio de participación es precisamente brindarles a los adolescentes la posibilidad de intervenir en toda situación en la que se discutan asuntos relativos a sus intereses; por tanto, debería permitirse a los adolescentes en presunto conflicto con la ley penal, expresar su opinión sobre los asuntos que les atañen.

Consideramos que una oportunidad propicia es cuando se promueve la remisión fiscal, durante la cual es pertinente la participación del adolescente en

la toma de acuerdos, y aun cuando no tendría la posibilidad de asumir responsabilidades de carácter patrimonial, si es posible que asuma las de orden moral y penal, tanto más si lo que se espera de estos acuerdos es fundamentalmente aplicar el enfoque restaurativo, que busca sin duda, armonizar las relaciones entre las partes involucradas, la satisfacción de la víctima mediante el resarcimiento del daño sufrido y la disculpa del adolescente, así como el abordaje interdisciplinario de este, a fin de resocializarlo, reeducarlo y reinsertarlo en los espacios laboral, educativo, familiar y comunitario.

Otra de las observaciones realizadas en los informes defensoriales (desde el del año 2007 hasta el de 2020) a los que aludimos, fue el que los adolescentes son desarraigados de sus entornos, no solo familiares, sino sociales; ya que cuando se dicta la medida de internación, esta solo puede cumplirse en cualquiera de los 10 Centros Juveniles de Diagnóstico y Rehabilitación, por lo que muchos adolescentes que entran en conflicto con la ley penal, tienen que ser trasladados de sus lugares de origen hacia donde existe uno de estos Centros Juveniles, por ejemplo, en el caso de los adolescentes cajamarquinos que son trasladados a los centros de Chiclayo (José Quiñonez Gonzales), de Piura (Miguel Grau)⁽⁷⁾ o el de Trujillo; o en el caso de los adolescentes huanuqueños, son trasladados al Centro Juvenil de Diagnóstico y Rehabilitación de Pucallpa o de Huancaayo (El Tambo), sufriendo, además de la privación de su libertad, el distanciamiento de sus familiares. En estos casos, no se les permite a los adolescentes opinar sobre su condición y la posibilidad de plantear la posibilidad de permanecer en un centro más cercano, para lo cual deberían de permitírseles hacer uso de su derecho de opinión.

Respecto del principio de no discriminación, el antecedente es el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual reconoce este derecho para las minorías. Establece que en los estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a tales minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

Ya en nuestro ámbito, si bien el CRPA ha incorporado la postura de la aplicación de principios y garantías *numerus apertus* en el artículo 5 y se asegura que el proceso de responsabilidad debe desarrollarse observando entre otros el principio de no discriminación, en el Informe Defensorial N.º 003-2020, se advierte que existen casos de adolescentes que cumplen la medida de internación aun cuando

(7) Actualmente se encuentra temporalmente cerrado.

se les podrían haber aplicado medidas alternativas, mientras que en otros casos sí se aplican abordajes restaurativos (Defensoría del Pueblo, 2020). Se identificaron igualmente rasgos discriminatorios en el estudio realizado por la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito en 2016, ya citado líneas arriba, que determinó que se aplicaba la medida de internación a los adolescentes carentes de soporte familiar, mientras que a los que sí lo tenían, les imponían medidas alternativas, esto sin considerar tampoco el carácter residual de aquella.

VI. Tratamiento de los principios de opinión y no discriminación de NNA en el ámbito de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Nos referiremos a algunas decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a adolescentes en conflicto con la ley penal, para la cual es claro que como parte del *corpus iuris* de protección a los derechos de NNA, se incluye al artículo VII de la Declaración Americana, que establece el derecho de recibir «protección, cuidados y ayuda especiales» bajo el rubro de «derecho de protección a la maternidad y a la infancia»; igualmente, se debe recordar que en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, conocido como «Protocolo de San Salvador», que integra también ese *corpus iuris* internacional, se da especial sentido al contenido e interpretación de los derechos de los NNA.

Se trata de sentencias representativas en las que se desarrollan tales derechos, así la del caso del «Instituto de Reeducción del Menor» vs. Paraguay, en la cual se exponen las violaciones de derechos sufridas por los niños internos en el Instituto «Coronel Panchito López» identificadas entre el 14 de agosto de 1996 y el 25 de julio de 2001, como hacinamiento, falta de higiene, desnutrición, falta de servicios médicos, infraestructura deficiente, así como torturas y malos tratos por parte de los guardias encargados de la custodia; problemas a los que se sumaron tres incendios, que tuvieron como resultado dramático el fallecimiento de 9 internos muertos y 42 heridos pronunciándose respecto de la violación de los derechos a la vida, la integridad personal, garantías judiciales, y protección judicial. Entre lo resaltante de esta sentencia, se destaca que la Corte ha dejado, por medio de ella, zanjado que los responsables del cumplimiento de los deberes respecto de la niñez y adolescencia, como lo indica el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, son el Estado, la familia y la sociedad, porque la asistencia especial para los niños privados de su medio familiar, la garantía de la supervivencia y desarrollo del niño, el derecho a un nivel de vida adecuado y

la reinserción social. Consolida su posición la CIDH en relación a la exigencia a los estados para que adopten las medidas de naturaleza positiva como negativa (mediante la abstención de ciertos actos o medidas), para evitar supuestos en los que se vulneren los derechos de los NNA.

Otra sentencia emblemática es la recaída en el caso de los hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú, referida a la detención, tortura y ejecución de dos hermanos adolescentes por agentes de la policía, tras una redada en búsqueda de supuestos terroristas y delincuentes: el tribunal señaló que entre las medidas de protección a favor de los NNA «merecen ser destacadas las referentes a la no discriminación, a la prohibición de la tortura y a las condiciones que deben observarse en casos de privación de la libertad de niños»

La Corte ha tenido importantes pronunciamientos con relación al Interés Superior del Niño en el caso Gonzales y otras contra México (llamado también «campo algodoner»), definiéndolo como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de la infancia y la adolescencia, y lo mencionamos porque en esta sentencia se establece que aquel principio «obliga al estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la convención cuando el caso se refiera a menores de edad». En esta misma sentencia el tribunal interamericano también destacó la especial atención a la protección de las niñas por su condición de mujeres (aplicando el criterio no discriminador)⁽⁸⁾.

Además, el Tribunal se ha referido a la Observación General N.º 11 del Comité de los Derechos del Niño, citándola en el caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala en los siguientes términos, «el ejercicio efectivo de los derechos de los niños indígenas a la cultura, a la religión y al idioma constituyen cimientos esenciales de un estado culturalmente diverso», y que este derecho «constituye un importante reconocimiento de las tradiciones y los valores colectivos de las culturas indígenas».

(8) Se afirma que la mayoría de las mujeres viven las «intersecciones» de dos discriminaciones, por motivos de género y de raza o etnia, o de género y edad, «cuyas complejidades no se resuelven con ponerle atención solo a una de ellas; la realidad muestra, además, el mayor peso de la discriminación de género que encaran las mujeres pertenecientes a minorías o mayorías discriminadas. En muchas sociedades las posibilidades de empleo de las mujeres pertenecientes a minorías –las inmigrantes, las mujeres con alguna discapacidad y las mujeres indígenas–, son limitadas y esas mujeres son las más pobres entre los pobres; muchas de ellas trabajan en zonas de libre comercio, en la economía no estructurada o informal o en sectores irregulares» (Facio, 2016)

En el caso *Servellón García y otros vs. Honduras*, la Corte se pronunció estableciendo la responsabilidad estatal, entre otras razones, por no dar «acceso a servicios y bienes esenciales, de una forma tal que esa falta privó definitivamente a los menores de su posibilidad de emanciparse, desarrollarse y de tornarse adultos que pudieran determinar su propio futuro».

También merece mención la posición del Tribunal respecto de los niños (adolescentes) privados de su libertad, estableciendo el carácter holístico del desarrollo de estos y la obligación de los estados de brindarles salud y educación citando, en el caso *Bulacio vs. Argentina*, las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad y las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de menores (Reglas de Beijing), ha sido preocupación de la Corte igualmente, la pertinencia de atender en forma diferenciada y específica las cuestiones referentes a los niños, y particularmente, las relacionadas con la conducta ilícita, como el establecimiento de órganos jurisdiccionales especializados para el conocimiento de conductas penalmente típicas atribuidas a aquéllos y un procedimiento especial por el cual se conozcan estas infracciones a la ley penal.

VII. Conclusiones

1. A partir del mayor reconocimiento de los derechos humanos de la niñez y adolescencia y del carácter vinculante de las correspondientes obligaciones estatales orientadas al ejercicio efectivo de los mismos, éstos tienen hoy una situación jurídica dirigida a la progresiva consolidación del pleno respeto y garantía de sus derechos respecto del estado, la familia y la sociedad.
2. Los retos pendientes para los estados no son pocos. Las realidades de pobreza, violencia e indiferencia respecto de la niñez y adolescencia se mantienen, en algunos casos, la «evolución» de las sociedades han creado nuevos escenarios negativos para el ejercicio de los derechos de los NNA.
3. Tanto el principio de participación y el de no discriminación, tienen un espacio en la aplicación de la justicia juvenil en la medida de que el adolescente debe ser tratado como sujeto de derecho y en el entorno garantista debe permitírsele un trato digno y expresar su opinión respecto de los asuntos que le atañen.
4. La patologización, psicologización y medicalización de los problemas sociales relativos a adolescentes en conflicto con la ley penal no contribuye a la identificación de las causas concomitantes de la conflictividad penal de los adolescentes.

5. Urge el reforzamiento de un sistema de responsabilidad penal juvenil, que restablezca la armonía social y que de pautas claras en el abordaje de la problemática de los adolescentes en conflicto con la ley penal y de esa manera consolidar el estado convencional y constitucional de derecho.
6. Recordemos que los adultos somos garantes de los derechos humanos de los NNA, somos los padres los principales gestores del futuro de nuestros hijos y sociedades, por tanto, nos corresponde promover buenos ejemplos de vida e imágenes imitables para facilitarles la gestión de sus vidas.

VIII. Lista de Referencias

ALEXY, R. (1997). *Teoría de los derechos fundamentales* (Vol. 34). (E. G. Valdés, Trad.) Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.

ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS.

(1985). *Reglas Mínimas Uniformes de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores. Reglas de Beijing*. Nueva York.

(1985). *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de su libertad*. Nueva York.

(1990). *Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil*. Nueva York.

BARLETTA VILLARÁN, M.

(2018). *Derecho de la Niñez y la Adolescencia* (Vol. 29). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(2015). *La Justicia Penal Juvenil En El Perú: Un aporte para la construcción de un sistema penal garantista y de reinserción sociofamiliar*. Lima: Cometa Perú. Obtenido de file:///C:/Users/MARIA/Desktop/COMPUTADORA%20BLANCA/Art%C3%ADculos/Art%C3%ADculos/Justicia%20Juvenil%20-%20Mar%C3%ADa%20Barleta.pdf

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

(2000). *Código de Niños y Adolescentes*. Lima: El Peruano.

(7 de Enero de 2017). Decreto Legislativo N.º 1348. *Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes*. Lima, Lima, Perú: Diario Oficial «El Peruano».

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

- (28 de Agosto de 2002). Opinión Consultiva OC 17/2002. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. La Haya, Holanda. Obtenido de https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf
- (2015). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N.º 5: Niños, Niñas y Adolescentes* (Vol. 05). (C. I. Humanos, Ed.) San José, San José, Costa Rica. Obtenido de <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo5.pdf>

DEFENSORÍA DEL PUEBLO.

- (2007). *Informe defensorial N.º 123 - Situación de los adolescentes infractores de la ley penal sobre la situación de los adolescentes infractores de la ley penal privados de la libertad*. Lima: Servicios Gráficos JMD. Obtenido de [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/Comisiones/2007/ComRevNinAdo.nsf/34069c3bb71c123b05256f470062fea7/032ED751ABD8BFA705257466006507EE/\\$FILE/AdoloscenInfractor-Informe123Defensoria.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/Comisiones/2007/ComRevNinAdo.nsf/34069c3bb71c123b05256f470062fea7/032ED751ABD8BFA705257466006507EE/$FILE/AdoloscenInfractor-Informe123Defensoria.pdf)
- (2011). *Informe de Adjuntía N.º 001-2011/DP-ADHPD Supervisión del Centro de Diagnóstico y Rehabilitación Juvenil de Lima*. (P. D. DISCAPACIDAD, Ed.) Lima: Defensoría del Pueblo. Obtenido de https://www.defensoria.gob.pe/categorias_informes/informe-de-adjuntia/page/15/
- (2012). *Sistema Penal Juvenil Informe 157-2012*. Lima: Defensoría del Pueblo.
- (2020). *Informe Especial N.º 003-2020-DP - Situación de las personas privadas de libertad a propósito de la declaratoria de emergencia sanitaria*. Lima: Defensoría del Pueblo. Obtenido de <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2020/04/Serie-de-Informes-Especiales-N%C2%BA-003-2020-DP.pdf>
- FACIO, A. (2016). *La responsabilidad estatal frente al derecho humano de la igualdad*. México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. Obtenido de https://piensadh.cd hdf.org.mx/images/publicaciones/otras_publicaciones/2014_la_responsabilidad_estatal.pdf
- GARCÍA HUAYAMA, J. C. (2016). La Internación preventiva en el Perú. *Derecho y Sociedad*, 045, 1-21. Obtenido de https://www.derechoycambiosocial.com/revista045/LA_INTERNACION_PREVENTIVA.pdf

- GARCÍA MENDEZ, E. (s/f). Adolescentes en conflicto con la Ley Penal; Seguridad ciudadana y Derechos Fundamentales. *Serie de Estudios Básicos de Derechos Humanos*, 227 - 249.
- HUERTAS DIAZ, O. (Julio - diciembre de 2013). El sistema de responsabilidad penal para adolescentes: la expansión de la punibilidad en el neopunitivismo colombiano. *Revista Científica Guillermo de Ockham*, 11(2), 68 - 78. Obtenido de <https://www.redalyc.org/pdf/1053/105329737005.pdf>
- LANSDOWN, G. (2005). *The evolving capacities of the child*. (U. /. children, Ed.) Florencia: Centro de Investigaciones Innocenti.
- MEINI, I. (2013). La pena: función y presupuestos. *Derecho PUCP*(71), 141-167. Obtenido de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32497.pdf>

Naturaleza jurídica de las sociedades civiles

Legal nature of civil societies

SALAZAR CHERO, Roció Elizabeth(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Tratamiento legislativo. III. Delimitación de la sociedad civil. IV. La sociedad civil en la Ley General de Sociedades. V. Conclusiones. VI. Lista de Referencias.

Resumen: La legislación comercial en nuestro medio ha sido probablemente una de las que ha sufrido mayor número de modificaciones, ello atendiendo a la naturaleza dinámica y cambiante de las relaciones comerciales en general, en el entendido que la norma no hace sino regular las relaciones sociales en un tiempo y lugar determinado. Ello ha traído como consecuencia ciertas dificultades al determinar la naturaleza jurídica de algunas sociedades mercantiles y las relaciones que surgen dentro de las mismas.

Así tenemos que algunas modalidades societarias, que actualmente se encuentran reguladas en la Ley General de Sociedades, en algún momento fueron recogidas por instrumentos civiles como es el caso de las sociedades civiles; Por otro lado, la propia legislación comercial marcó diferencia entre los tipos societarios, señalando que algunos de ellos tenían ánimo de lucro y otros no. En la actualidad se ha identificado que el objeto de todas las formas societarias es el ejercicio común de actividades económicas, eli-

(*) Magíster en Derecho por la Universidad Nacional de Trujillo, egresada del Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad Nacional de Trujillo, docente invitada en la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca.

minando el ánimo de lucro o especulación mercantil, desde el punto de vista legislativo, lo cual no implica que haya desaparecido.

De lo dicho, surge la necesidad de identificar claramente las notas diferenciadoras entre las diferentes modalidades societarias, específicamente en las sociedades civiles, a ello nos avocaremos.

Palabras clave: Sociedades mercantiles, sociedades civiles, naturaleza contractual, ánimo de lucro, ánimo mercantil.

***Abstract:** Commercial legislation in our environment has probably been one of those that has undergone the greatest number of modifications, taking into account the dynamic and changing nature of commercial relations in general, in the understanding that the norm only regulates social relations a certain time and place. This has resulted in certain difficulties in determining the legal nature of some commercial companies and the relationships that arise within them.*

Thus, we have that some corporate modalities that are currently regulated in the General Law of Companies, at some point were collected by civil instruments such as civil companies. On the other hand, the commercial legislation itself made a difference between the corporate types, noting that some of them were for profit and others were not. At present it has been identified that the object of all corporate forms is the common exercise of economic activities, eliminating the profit motive or commercial speculation, from the legislative point of view, which does not imply that it has disappeared.

From what has been said, the need arises to clearly identify the differentiating notes between the different corporate modalities, specifically in civil societies.

Keywords: Mercantile companies, civil societies, contractual nature, profit spirit.

I. Introducción

En nuestro país, del derecho mercantil, en un primer momento, al igual que en otras legislaciones, se constituyó como un derecho de clase, en el sentido que sus normas sólo eran aplicadas a aquellas personas que según la ley podrían ser calificadas como comerciantes o que, en todo caso, realizaban actos de comercio.

Durante el siglo XIX, los diferentes cuerpos legislativos recogieron esta concepción; así, los códigos civiles inspirados en el Código Civil Francés de 1804 (Código Civil Napoleónico) normaba, conforme a las concepciones de su época, el contrato de sociedad, en tanto que, los códigos de comercio contemporáneos a él, regulaban a las sociedades mercantiles. Cada una de estas ramas del derecho estaban sujetas, según el caso, a la legislación y principios propios, sea del Derecho Civil o Comercial.

En nuestro ordenamiento, hasta 1984, las sociedades civiles fueron tratadas por el Código Civil como una modalidad contractual que tenía por objeto el desarrollo de actividades económicas sin ánimo de lucro. En 1985, por Decreto Legislativo 311, se modificó la denominación de «Ley de Sociedades Mercantiles» por la de «Ley General de Sociedades», en la que se incluyeron las sociedades civiles, pasando a formar parte del ámbito comercial como una modalidad societaria más.

Aún antes de su inclusión como un modelo societario, la naturaleza de la sociedad civil no ha sido un tema pacífico, llegando a cuestionarse su existencia como tal, señalando que sólo deberían existir sociedades comerciales que si tuvieran una diferencia genérica respecto de la asociación, ello en atención a que en su regulación inicial, las sociedades civiles eran concebidas como formas societarias que se conformaban para realizar un fin común preponderantemente económico que no constituya especulación mercantil, característica que fue recogida por la Comisión Redactora del anteproyecto de la Ley General de Sociedades, misma que fue retirada por la Comisión Revisora.

La entrada en vigencia de la Ley N.º 26887, actual Ley General de Sociedades (LGS), implicó importantes modificaciones legislativas y avances en el Derecho Societario, variando la definición común a todas las sociedades, señalando su objeto como «el ejercicio común de actividades económicas», eliminando de plano la característica del ánimo de lucro o de especulación mercantil.

Pero, ello qué significa, ¿es acaso que no existe ya diferencia entre una sociedad civil y una mercantil, al señalarse que ambas tienen un fin económico común? O en todo caso, ¿cuál será el elemento diferenciador sustancial entre ambos, en caso de existir? Son estas interrogantes el punto de partida para el desarrollo del presente artículo.

II. Tratamiento legislativo

El Código de Comercio de 1852 fue dado el 23 de diciembre de dicho año, señalando que «es de vital importancia dar un código de comercio análogo a las necesidades del país, satisfaciendo una de sus más grandes exigencias públicas», dispuso que la República del Perú adoptará el Código de Comercio Español, con las modificaciones que fueran necesarias para adaptarlo a nuestra realidad, el mismo que en su Libro Segundo regulaba los contratos de comercio en general, sus formas y efectos, con evidente influencia española al igual que el Código de Comercio de 1902.

El 27 de julio de 1966 se promulgó la Ley N.º 16123, misma que autoriza al Poder Ejecutivo promulgar la Ley «Libro de Sociedades Mercantiles» del Código de Comercio, conocida como Ley de Sociedades Mercantiles, que significó la derogación del Código de Comercio de 1902 de todas las disposiciones contenidas en su Libro Segundo, para conformar una norma especializada en sociedades mercantiles.

Con el Decreto Legislativo N.º 311, del 12 de noviembre de 1984, se modifica la denominación y estructura de la Ley de Sociedades Mercantiles, de tal modo que ella regule las sociedades mercantiles y las sociedades civiles, como medio técnicamente conveniente para la unificación del Derecho Positivo de Sociedades y, además, porque la regulación de las sociedades civiles se hallaría excluida del nuevo Código Civil promulgado mediante Decreto Legislativo N.º 295. De esta forma, se unifica por primera vez la legislación societaria en nuestro país, siendo las sociedades civiles una modalidad más de forma societaria, entendida como aquella que se constituye para la realización de un bien común preponderantemente económico que no constituya especulación mercantil.

La actual Ley N.º 26887-LGS, vigente desde el primero de enero de 1998, marca un rumbo diferente y hasta precursor en materia societaria, este dispositivo describió a la sociedad civil como aquella que se constituye para un fin común que se realiza mediante el ejercicio personal de una profesión, oficio, pericia, práctica y otro tipo de actividad personal, por alguno, algunos o todos los socios (artículo 295). Como puede observarse, se eliminó la expresión «especulación mercantil», pero no pudo prescindir de hacer referencia a la finalidad económica, ya que si no la tuviera se trataría de otro tipo de persona jurídica como la asociación, fundación o comité.

III. Delimitación de la sociedad civil

El mayor inconveniente al delimitar la naturaleza de la sociedad civil, fue haber sido incluida en el Código Civil de 1936, pese a poseer características propias de una sociedad comercial y luego incluirla como una forma societaria (Dec. Leg. 311), pero aún marcando diferencias.

El Código Civil de 1936, al establecer el concepto de sociedades civiles le atribuía las características siguientes: a) su naturaleza contractual al legislarlas en la Sección de Contratos, b) pluralidad obligatoria de dos o más socios, c) obliga-

ción de los socios de poner en común algún bien o industria, d) la finalidad de los socios de dividirse entre sí las utilidades⁽¹⁾.

Por su parte, la Ley de Sociedades Mercantiles de 1966 señaló como elementos comunes de las cinco formas societarias comerciales: a) su definición como «contrato de sociedad», b) pluralidad obligatoria de dos o más socios y un mínimo de tres en la sociedad anónima, c) aportes de bienes o servicios al patrimonio social, d) ejercicio en común de una actividad económica, e) el fin de los socios de repartirse las utilidades.

Cabe preguntarse si la diferencia entre ambas figuras en estos dos cuerpos legales es sustanciales o formales. Al respecto, el Dec. Leg. N.º 311 señala en el artículo I de su Título Preliminar: «por el contrato de sociedad, quienes la constituyen convienen en aportar bienes o servicios para el ejercicio común de una actividad económica, en cualquiera de sus formas reguladas por la presente ley. La sociedad se constituye por un fin lícito y en beneficio común de los socios. Las sociedades no pueden tener por objeto la representación de intereses colectivos, profesionales o económicos atribuida por ley a otras entidades. Las utilidades netas, si las hubiere, se distribuirán entre todos los socios»; Sin embargo, el artículo 297 de la misma ley prescribía: «la sociedad civil se constituye para la realización de una bien común preponderantemente económico que no constituye especulación mercantil».

Como se observa, aun cuando las sociedades civiles y mercantiles fueron contempladas en un mismo cuerpo legal, no se abandonó la concepción según la cual ambas formas societarias presentaban diferencias conceptuales, indicándose que las sociedades civiles se conformaban para la realización de un fin económico que no significaba especulación mercantil, esto es, que no poseían ánimo de lucro.

Cabe la interrogante: ¿en realidad era el *animus lecrendi* el elemento que marcaba la diferencia entre las sociedades civiles y mercantiles? ¿los médicos o abogados que constituyen una sociedad, para el ejercicio de una profesión no están pensando en obtener utilidades?

No es ajeno al conocimiento general que este tipo de sociedades se forman con el propósito de obtener utilidades o ganancias, lo que implica un ánimo de lu-

(1) Según el Código Civil Peruano de 1936, las sociedades civiles podían ser de responsabilidad limitada o de responsabilidad ulterior de los socios frente a las deudas sociales.

cro, lo que no quedaba claro era la consigna de la ley cuando señalaba que el bien común era económico, pero que no debería constituir especulación mercantil.

Considera Juan Morales Godo (2002), que el problema radicaba en la expresión «lucro», al que de alguna forma «se la consideraba como algo ilícito o en todo caso inmoral, o como algo indigno...».

Nosotros consideramos que toda actividad económica lleva implícita el ánimo de lucro, dado que ninguna sociedad se forma para perder, por ello las sociedades civiles se constituyen con dicha característica. La utilidad debe ser entendida como el resultado del trabajo que, por tanto, tiene un contenido moral y legítimo, por lo que es legítimo que toda sociedad obtenga a través del trabajo ganancias monetarias.

La LGS vigente, adopta el criterio de definir el objeto de todas las sociedades como «el ejercicio en común de actividades económicas», eliminando de plano distinciones tradicionales sobre fines de lucro o especulación mercantil. Conforme al artículo 1 de dicha ley, todas las sociedades tienen un fin económico, y éste es suficiente para dar formación a cualquier clase de sociedad. Con respecto a las sociedades civiles nos plantea en su artículo 295 que «la sociedad civil se constituye para un fin común de carácter económico, se realiza mediante el ejercicio personal de una profesión, oficio, pericia, práctica u otro tipo de actividades personales por alguno, algunos o todos sus socios...». En la definición encontramos tres elementos: a) realización de un fin común, b) fin de carácter económico, c) que la actividad sea el ejercicio personal de una profesión, oficio, pericia, práctica u otro semejante.

Como se observa, al igual que en cualquier otra sociedad, la sociedad civil posee un fin económico, lo que nos lleva a pensar que por ello buscará, al igual que otras sociedades, obtener ganancias dinerarias, utilidades y beneficios. Enrique Elías Laroza, comenta que «las formas societarias son siete y con cualquiera de ellas se pueden perseguir los mismos fines, con cualquier tipo de sociedad que se acoja, se pueden realizar toda clase de actividad económica» (2004, p. 2-3). De igual parecer es Morales Godo, quien sostiene que la diferencia entre una sociedad civil y una mercantil no estaría en el propósito económico o de lucro, característica que es encontrada en ambas figuras, propugnando así la «desaparición» de la distinción entre sociedades civiles y mercantiles; manifiesta que la distinción entre los siete tipos societarios previstos en la ley son meramente formales y no sustanciales, que las denominadas sociedades civiles (ordinaria y de responsabilidad limitada) son sólo tipos adicionales de sociedad con los mismos fines que las demás (2002, p. 110).

La actual legislación comercial está encaminada a la unificación del Derecho Societario, concordando en este sentido con lo manifestado por Guillermo Cabanellas, quien afirma que el Derecho Societario se define por estar constituido por normas dirigidas exclusivamente a dirigir la constitución, organización jurídica y extinción de las sociedades, en contraposición a las que se aplican a tales actos sin agotar en tal función los límites o fines de su existencia jurídica (2013, p. 15).

Encontrar alguna diferencia sustancial en el objeto de las sociedades civiles y mercantiles es tarea imposible, y esto porque, según todo lo expuesto hasta ahora, no existe tal diferencia o, en todo caso, no se trata de una de carácter sustancial.

Georges Ripert, hace varias décadas, trataba de encontrar diferencias en el objeto de las sociedades, el autor en mención, terminó admitiendo que la diferencia era tan imprecisa que existían sociedades de forma civil con objeto mercantil y sociedades de forma comercial con objeto civil (Ripert, 1960). Igual criterio fue compartido por Messineo (1971).

IV. La sociedad civil en la ley general de sociedades

Según el artículo 295 de la LGS vigente, las sociedades civiles se constituyen para un fin común de carácter económico que se realiza mediante el ejercicio personal de una profesión, oficio, pericia, práctica y otro tipo de actividades personales por alguno, algunos o todos los socios. De esta definición se desprenden dos puntos importantes: a) Se guarda concordancia con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley «las sociedades se constituyen para el ejercicio común de actividades económicas», las sociedades civiles no son la excepción, b) la forma cómo deben desarrollar sus actividades económicas, las que constituyen el objeto social de las sociedades civiles, esto es, mediante el ejercicio personal, por parte de alguno, algunos o todos los socios, de una profesión, oficio, pericia, práctica y otro tipo de actividad personal.

De lo indicado debemos señalar como característica esencial de esta forma societaria, el elemento personal frente al elemento capital, constituyéndose como una sociedad de personas⁽²⁾.

(2) Un sector de la doctrina distingue a las sociedades según en ellas haya preponderancia del elemento personal o capital, diferenciándolas así en civiles o comerciales, respectivamente (Taramona, 2003); en tanto que otros autores no comparten ésta postura (Montoya, 2000).

La naturaleza personal de este tipo societario se resalta en su regulación específica: restricciones en la transferencia de participaciones, la posibilidad de establecer que sus votos se computen en razón de las personas y no de las participaciones, la posibilidad de calificar el nombramiento de un administrador como requisito del pacto social, la alternativa de contar con socios industriales, entre otros. De ello se deriva que el contrato de sociedad se celebra *intuitu personae*, por lo que el error en la persona del socio denotaría causal de nulidad del contrato (Ripert, 1960). Las sociedades civiles y mercantiles no poseen diferencias sustanciales, en todo caso formales, relativas al modo de llevar a cabo su objeto social.

V. Conclusiones

Todas las formas societarias presentan condiciones comunes: el ánimo de formar la sociedad, el aporte societario y el beneficio económico, la diferencia entre una sociedad civil y una mercantil no se encuentra en el propósito de lucro, siendo éste un elemento común a ellas.

El objeto de todas las formas societarias previstas en la LGS se refiere al ejercicio común de actividades económicas.

La diferencia entre una sociedad civil y una mercantil, está referida al modo de llevar a cabo el objeto social. En la sociedad civil se logra básicamente con el trabajo personal del socio, a diferencia de la sociedad mercantil en la que la actividad personal del accionista no existe. Esta diferencia determina claramente el tipo de organización tanto interna como externa, al igual que su tratamiento legal.

VI. Lista de Referencias

- MORALES GODÓ, J. (2002). *La Sociedad Civil en la Nueva Ley General de Sociedades - Estudios de la Nueva Ley General de Sociedades*, Lima: Palestra.
- ELÍAS LAROZA, E. (2004). *Derecho Societario Peruano*, Tomo II, Trujillo, Perú: Normas Legales.
- CABANELLAS, G. (2013). *Derecho Societario*, Tomo I, Buenos Aires, Argentina: Heliasta.
- HUGO RICHARD, E. & Muiño Manuel, O. (2000). *Derecho Societario: Sociedades Comerciales, Civiles y Cooperativas*, Buenos Aires, Argentina: Astrez.

MESSINEO, F. (1971). *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Tomo V, traducciones de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires - Argentina: Ediciones Jurídicas, Europa - América.

MONTOYA MANFREDY, U. (2000). *Derecho Comercial*, Tomo I. Lima: Grijley.

RIPERT, G. (1960), Tomo VIII, Contratos Civiles. Buenos Aires, Argentina: La Ley.

TARAMONA HERNÁNDEZ, M. (2003). *Manual de Contratos Civiles y Comerciales*, Tomo I. Lima: Grijley.

Embarazo adolescente en el ámbito rural y urbano de Cajamarca

Adolescent pregnancy in rural and urban Cajamarca

HUAITA ALEGRE, Marcela(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. El embarazo adolescente como una forma de violencia de género. III. Cajamarca: características de la región. IV. Madres adolescentes en Cajamarca. V. Obligaciones del Estado frente a la violencia ejercida contra las adolescentes. VI. Conclusiones. VII. Lista de referencias.

Resumen: El artículo analiza el fenómeno del embarazo en adolescentes en la región Cajamarca. Se presentan datos comparados entre los Censos Nacionales del 2007 y 2017, constatándose que los porcentajes de madres adolescentes aumentan respecto del promedio nacional desde los 15 años siendo la brecha mayor en el grupo de adolescentes que cursan secundaria, lo cual hace ver que el enrolamiento educativo a nivel secundario no ha sido eficaz para la postergación del embarazo entre las adolescentes. A pesar de ello, las políticas públicas en la región no consideran este pro-

(*) Abogada (PUCP). LLM en Estudios Legales Internacionales (American University), y egresada del Doctorado de Derecho (PUCP). Docente PUCP e Investigadora asociada al IDEHPUCP. Ex Ministra de Estado en el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (2015-2016). Ha sido Presidenta de la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM/OEA, 2016) y desde el 2018 es miembro del Comité de Expertas del MESECVI/OEA. ORCID ID: 0000-0002-3720-7406. RENACYT: P0160279

blema como grave y por tanto no se identifican objetivos ni metas para contribuir a su reducción, especialmente aquellas dirigidas al cambio en los patrones socio-culturales que perpetúan diferentes expresiones de la violencia de género, y que van a dar lugar a las altas tasas de maternidad adolescente que hoy se presenta en la región. Todo ello podría estar revelando diversas manifestaciones de la violencia de género contra la mujer.

Palabras claves: Embarazo adolescente, género, violencia de género, patrones socioculturales, políticas públicas.

Abstract: The article analyzes the phenomenon of adolescent pregnancy in Cajamarca region. Data is presented compared between the CENSUS 2007 and 2017, verifying that the percentages of adolescent mothers increase with respect to the national average from the age of 15, being the largest gap in the group of adolescents who attend secondary school. The evidence shows that the educational enrollment to secondary level has not been effective for postponement of pregnancy among adolescent girls. Despite these findings, public policies in the region do not consider this problem as serious and therefore no objectives or goals are identified to contribute to its reduction, especially those aimed at changing socio-cultural patterns that perpetuate different expressions of violence. gender, and that will give rise to the high rates of adolescent maternity that today occurs in the region. All of which could be revealing various manifestations of gender-based violence against women.

Key words: Adolescent pregnancy, gender, gender violence, sociocultural patterns, public policies.

I. Introducción

El artículo analiza el fenómeno del embarazo en adolescentes en la región Cajamarca. Este fenómeno si bien obedece a diferentes circunstancias, algunas de ellas en la esfera directa de decisión de las adolescentes, en la gran mayoría de casos pueden enmarcarse en diversas manifestaciones de la violencia de género contra la mujer. Para contextualizar este fenómeno resulta necesario dar algunas definiciones y elementos que nos permita un mejor acercamiento a la realidad del embarazo adolescente en la región Cajamarca.

II. El embarazo adolescente como una forma de violencia de género

En el Perú, el fenómeno del embarazo adolescente obedece a distintas causas, en muy pocos casos es una decisión libre y consentida tomada por las propias adolescentes, en la gran mayoría de casos estos embarazos se producen en un marco de violencia de género ejercida contra ellas. Esta violencia se manifiesta

en acciones tales como el sexo consentido sin protección, uniones tempranas pactadas sin su consentimiento, búsqueda de aceptación y respeto frente al rechazo de la familia y comunidad, incesto o violación dentro de las familias, violación por terceros desconocidos, entre otras. (HUAITA, 2020)

Para una mejor comprensión debemos tener presente la definición de la violencia de género, la misma que se refiere a:

«Cualquier acción o conducta, basada en el género y agravada por la discriminación proveniente de la coexistencia de diversas identidades (raza, clase, identidad sexual, edad, pertenencia étnica, entre otras), que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a una persona, tanto en el ámbito público como en el privado. Se trata de aquella violencia que ocurre en un contexto de discriminación sistemática contra la mujer y contra aquellos que confrontan el sistema de género, sea al interior de las familias o fuera de ellas, al margen de su sexo, que no se refiere a casos aislados, esporádicos o episódicos de violencia, sino que están referidos al sistema de género imperante, que remite a una situación estructural y a un fenómeno social y cultural enraizado en las costumbres y mentalidades de todas las sociedades y que se apoya en concepciones referentes a la inferioridad y subordinación de las mujeres y la supremacía y poder de los varones» (MIMP. 2016 p. 23).

En tanto esta forma de violencia ocurre en un contexto de discriminación contra la mujer, resulta importante analizar la realidad del embarazo adolescente, que afecta de manera sistemática a las mujeres dentro del ámbito familiar, y se intercepta por distintas condiciones como la racial, educativa, de clase entre otras, y sobre todo por la edad de las adolescentes. Todo ello se demuestra a partir de los considerables porcentajes de embarazo y maternidad en adolescentes ente 12 y 19 años, que a continuación analizaremos.

III. Cajamarca: características de la región

Cajamarca se encuentra al norte del Perú, y es el quinto departamento más poblado del país con una población de 1 341 012 personas (Instituto Nacional de Estadística e Informática [INEI], Censos Nacionales 2017), siendo su población en su mayoría rural (64,6 %) mientras que la urbana es el 35,4 % (INEI, Censos Nacionales 2017).

Cajamarca, cuenta con 13 provincias, pero en sólo 2 de ellas (Cajamarca y Jaén), más del 50 % de la población reside en el área urbana, en las demás provincias más del 70 % vive en el área rural, aunque en general, entre 2007 y 2017,

todas las provincias disminuyeron su población rural. En concordancia con ello, las provincias cuya población alcanza la educación superior son Cajamarca 30,0 %, Jaén 20,5 %, mientras que las provincias con mayores porcentajes de personas sin nivel educativo están en Hualgayoc 24,5 %, Chota 18,6 % y San Pablo 18,0 %. Por ello, la tasa de analfabetismo en Cajamarca (14,8 %) es superior en 9,0 puntos porcentuales respecto del promedio nacional (5,8 %) (INEL, Censos Nacionales 2017).

De otro lado, a pesar de ubicarse en la sierra, en Cajamarca casi no se habla el quechua por cuanto la presencia incaica no estuvo muy arraigada. Históricamente el periodo de sometimiento de las culturas locales al Imperio Incaico fue relativamente corto, culminando con la llegada de los españoles (Córdova 2005, citado por Ruiz Bravo et al., p 25), esto es relevante porque la organización familiar tradicional es la familia nuclear y no la familia extensa (ayllu) como en otras regiones de la Sierra del Perú.

Además de ello, la economía de Cajamarca ha estado marcada por la industria lechera y minera, y un temprano proceso de desintegración de las comunidades, con afirmación de la propiedad individual de la tierra, por lo que el campesinado vende su mano de obra y no está sujeto a la comunidad de la manera en que lo está en la sierra sur (Córdova, 2005, citado por Ruiz Bravo et al., p. 26).

De otro lado, Cajamarca goza de mayores estándares de seguridad frente a actos delictivos que el promedio nacional, debido a la presencia de rondas campesinas y urbanas. Las rondas en Cajamarca tienen su origen en la década del 70, las comunidades pequeñas enfrentaban continuamente robos y abigeatos sin una respuesta efectiva por parte de la justicia estatal. Es entonces que se organizan, primero en las zonas campesinas y luego en las urbanas, logrando un importante respeto en la comunidad. Las rondas van a resolver una serie de conflictos y disputas locales sobre problemas de la vida diaria: conflictos familiares, contiendas entre vecinos, robos menores, etcétera. (Gitlitz, 2005, p. 322).

Sin embargo, este sistema es fuertemente patriarcal, teniendo preeminencia la presencia y liderazgo masculino, ejerciendo una justicia que refleja «las actitudes tradicionales acerca del rol de las mujeres en una sociedad campesina peruana (siendo) frecuentemente discriminatoria hacia las mujeres» (Gitlitz, 2005, p. 331). En los últimos años, las mujeres han comenzado a integrar las rondas y han adquirido un papel protagónico en el estallido social frente a la oposición contra la actividad extractivista minera, auto identificándose como mujeres en defensa de las lagunas, la vida y las generaciones futuras, lo que refuerza valores de una sociedad muy tradicional. El Plan Regional contra la violencia de género de Cajamarca 2018-2030, reconoce que en un contexto de violencia social se da «la exacerbación de la violencia intrafamiliar y el incremento de violencia se-

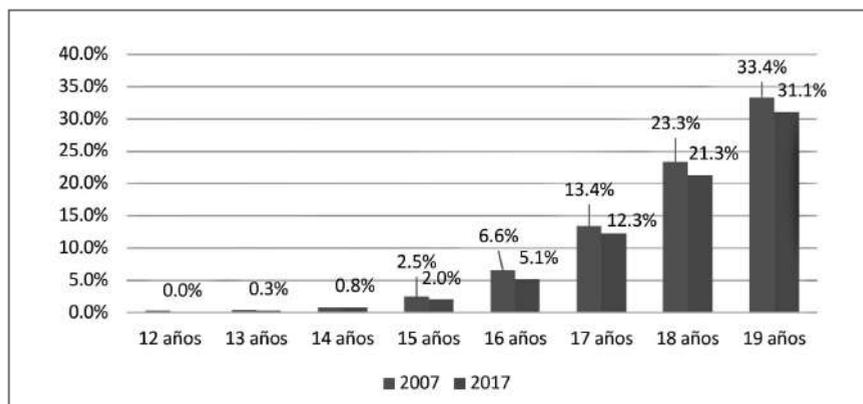
xual, lo que a menudo genera el rechazo por parte de la comunidad» (Gobierno Regional de Cajamarca, 2018, p. 23), lo mismo que parece ser confirmado con los datos que presentan un comportamiento creciente, tanto de aquellas mujeres que declaran haber sido víctimas de violencia física alguna vez en sus vidas, como de aquellas que han sufrido este flagelo en los últimos 12 meses. (Gobierno Regional de Cajamarca, 2018, p. 23).

Es en este contexto, en el que vamos a analizar la situación del embarazo en adolescentes en Cajamarca.⁽¹⁾

IV. Madres adolescentes en Cajamarca

Si comparamos los datos censales se puede identificar que entre el 2007 y el 2017 hay una disminución porcentual de las madres adolescente en todas las edades entre 12 y 19 años. Sin embargo, la disminución de la maternidad adolescente es mayor a medida que aumenta la edad, es decir que la variación del porcentaje de adolescentes madres a los 15 años es de 0.5%, mientras que la diferencia es de más de 1 punto porcentual a los 16 (1.5%) y a los 17 (1,1%), mientras que aumenta a más de 2 puntos porcentuales a partir de la mayoría de edad: 18 (2.2%) y 19 (2.3%).

Gráfico N.º 1
Porcentaje Madres Adolescentes
Cajamarca



Fuente: INEI, CENSOS NACIONALES 2007-2017. Elaboración propia

(1) Un especial agradecimiento a la Licenciada Eco. Patricia Mostajo quien me asesoró en el procesamiento estadístico de los resultados de los Censos Nacionales 2007 y 2017 que se presentan.

Aunque sabemos que el embarazo en adolescentes es un problema multicausal, podríamos pensar que esta correlación de a mayor edad mayor disminución del porcentaje de adolescentes embarazadas puede estar relacionado con: mayores niveles educativos que les permiten mejor acceso a información y educación sobre salud sexual y reproductiva; el hecho de ser mayores de edad puede posibilitarles mayor posibilidad de acceso a métodos modernos de planificación familiar, entre otros. La menor disminución de la brecha en edades menores puede estar relacionado con que el origen del embarazo en un contexto de violencia y abuso sexual.

Veamos ahora como este comportamiento se da en el ámbito urbano y rural de Cajamarca.

- **Madres adolescentes según área de residencia 2007 -2017**

Si hacemos una comparación en relación con las madres adolescentes en el área urbana entre el 2007 y el 2017, vamos a tener que el porcentaje de madres adolescentes disminuye sólo en un 0,3%. Sin embargo, si entramos a analizar en detalle, llama la atención que en los 13 y 14 años el porcentaje aumente (variación del 0,3% y del 0,6% respectivamente), en los 12, 15, y 16 años la variación también es de medio punto porcentual, pero a la baja, mientras que, a los 17 años, la disminución es del 0,8%, siendo las mayores de edad de 18 y 19 años donde hay una disminución del orden del 2,4%.

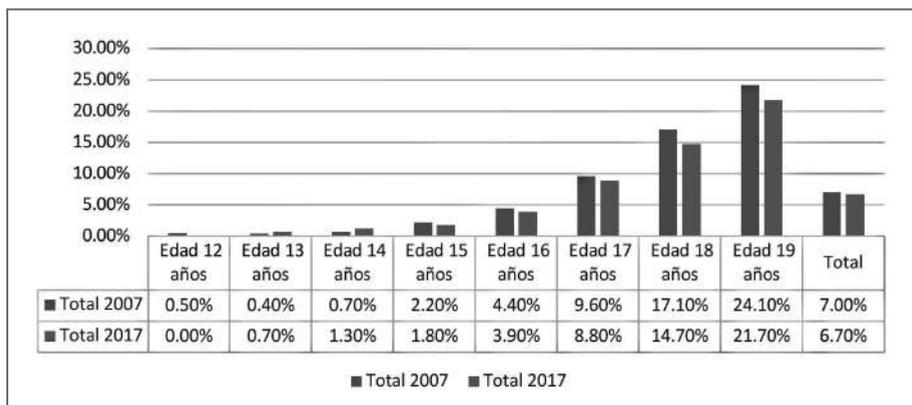
Tabla 1:

Cajamarca Urbano: Porcentaje de Adolescentes y Jóvenes que son Madres según Edad y Año Censal

Cajamarca Urbano	2007	2017	Variación porcentual
Edad 12 años	0,5%	0,0%	-0,5%
Edad 13 años	0,4%	0,7%	0,3%
Edad 14 años	0,7%	1,3%	0,6%
Edad 15 años	2,2%	1,8%	-0,4%
Edad 16 años	4,4%	3,9%	-0,5%
Edad 17 años	9,6%	8,8%	-0,8%
Edad 18 años	17,1%	14,7%	-2,4%
Edad 19 años	24,1%	21,7%	-2,4%
Total	7,0%	6,7%	-0,3%

Fuente: INEI CENSOS 2007-2017. Elaboración propia

Gráfico N.º 2
Porcentaje Madres Adolescentes
Cajamarca Urbano 2007/2017



Fuente: INEI, CENSOS NACIONALES 2007-2017. Elaboración Propia

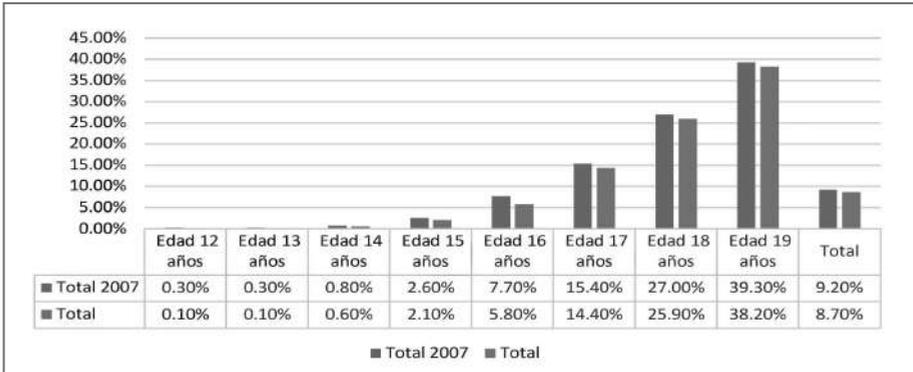
En el caso del área rural, en promedio el porcentaje de madres adolescentes disminuyó en 0,5%, siendo que en todas las edades hay un porcentaje de disminución, en los primeros 12, 13 y 14 años el porcentaje es mínimo de 0,2%; mientras que en las adolescentes de 17, 18 y 19 años disminuye en un 1%; siendo el grupo de edad de 16 años donde se da la disminución más importante de 1,9%.

Tabla 2
Cajamarca Rural: Porcentaje de Adolescentes
y Jóvenes que son Madres según Edad y Año Censal

Cajamarca Rural	Total 2007	Total 2017	Variación porcentual
Edad 12 años	0,3%	0,1%	-0,2%
Edad 13 años	0,3%	0,1%	-0,2%
Edad 14 años	0,8%	0,6%	-0,2%
Edad 15 años	2,6%	2,1%	-0,5%
Edad 16 años	7,7%	5,8%	-1,9%
Edad 17 años	15,4%	14,4%	-1,0%
Edad 18 años	27,0%	25,9%	-1,1%
Edad 19 años	39,3%	38,2%	-1,1%
Total	9,2%	8,7%	-0,5%

Fuente: INEI, CENSOS NACIONALES 2007-2017. Elaboración propia

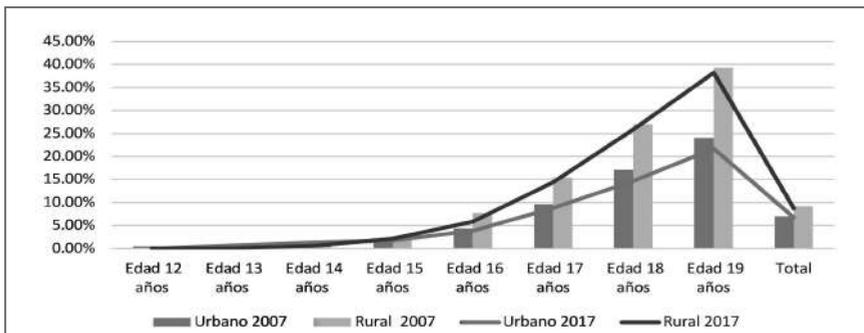
Gráfico N.º 3
Porcentaje Madres Adolescentes - Cajamarca Rural 2007/2017



Fuente: INEI, CENSOS NACIONALES 2007-2017. Elaboración propia

El gráfico nos demuestra que la brecha urbana/rural permanece casi inmodificada en los últimos 10 años. Sin embargo, se constata que los mayores porcentajes disminuyen en las adolescentes mayores (18 y 19), siendo el doble el porcentaje que disminuye en el caso de las adolescentes urbanas (2,4 %), respecto de sus pares rurales (1,1 %), mientras que el porcentaje más importante de disminución de madres adolescentes es en el grupo de 16 años que llega casi al 2 % (1,9 %). Lo que más llama la atención es el aumento de madres adolescentes de 13 y 14 años en el área urbana que aumenta 0,3 % y 0,5 % respectivamente. Al respecto se hace necesario seguir investigando, ya que ello puede estar relacionado con un mayor riesgo al que se ven expuestas las adolescentes en las zonas urbanas, o una mayor exposición a una actividad sexual temprana y sin protección.

Gráfico N.º 4
Porcentaje Madres Adolescentes - Cajamarca Urbano/Rural; 2007/2017



Fuente: INEI, CENSOS NACIONALES 2007-2017. Elaboración Propia

Tabla 3:Cajamarca: Variación entre 2007 y 2017 del
Porcentaje de Adolescentes y Jóvenes que son Madres

Cajamarca	Variación porcentual Urbana 2007-2017	Variación porcentual Rural 2007-2017
Edad 12 años	-0,5%	-0,2%
Edad 13 años	+0,3%	-0,2%
Edad 14 años	+0,5%	-0,2%
Edad 15 años	-0,4%	-0,5%
Edad 16 años	-0,5%	-1,9%
Edad 17 años	-0,8%	-1,0%
Edad 18 años	-2,4%	-1,1%
Edad 19 años	-2,4%	-1,1%
Total	-0,3%	-0,5%

Fuente: INEI, CENSOS NACIONALES 2007-2017. Elaboración propia

- **Madres adolescentes según nivel educativo 2007 -2017**

Si comparamos el porcentaje de madres adolescentes en Cajamarca en el 2007 respecto del promedio nacional, en general estaba por debajo de este promedio, siendo sus porcentajes ligeramente más altos que el promedio nacional en adolescentes de 18 y 19 años con educación secundaria, con más de un punto porcentual de diferencia, y con educación superior con medio punto porcentual de diferencia, como se muestra en la tabla 4.

Tabla 4:Porcentaje de Adolescentes y Jóvenes que son Madres
según Edad y Nivel Educativo: País y Cajamarca 2007

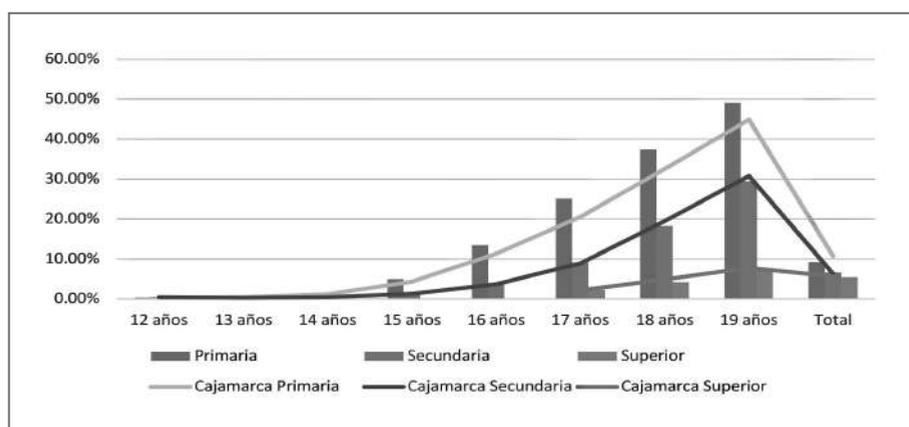
CENSO 2007	Primaria	Cajamarca Primaria	Secundaria	Cajamarca Secundaria	Superior	Cajamarca Superior	Total	Cajamarca Total
12 años	0,3%	0,3%	0,4%	0,4%			0,3%	0,3%
13 años	0,5%	0,4%	0,4%	0,3%			0,4%	0,4%
14 años	1,5%	1,2%	0,6%	0,4%			0,8%	0,8%
15 años	5,0%	4,4%	1,4%	1,3%			2,0%	2,5%

16 años	13,5%	11,3%	3,7%	3,7%			5,3%	6,6%
17 años	25,1%	20,6%	9,1%	8,9%	2,3%	2,2%	10,5%	13,4%
18 años	37,4%	32,5%	18,3%	19,5%	4,3%	4,9%	17,2%	23,3%
19 años	49,2%	44,9%	29,5%	30,8%	7,7%	7,8%	24,7%	33,4%
Total	9,3%	10,8%	6,7%	6,3%	5,4%	5,7%	7,3%	8,5%

Fuente: INEI, CENSOS NACIONALES 2007. Elaboración propia

Gráfico N.º 5

Porcentaje madres adolescentes Nacional/Cajamarca
Censo 2007



Fuente: INEI, CENSOS NACIONALES 2007-2017. Elaboración propia

Si analizamos el CENSO 2017, vamos a encontrar importantes cambios. Los porcentajes de madres adolescentes en Cajamarca aumentan respecto del promedio nacional desde los 15 años, siendo especialmente altos en las adolescentes de 17, 18 y 19 años. En el caso de las adolescentes sólo con educación primaria y que ya son madres, la diferencia es de 1 o 2 puntos porcentuales respecto del promedio nacional (17 años 2,5%; 18 años 1,9%; 19 años 0,7%). Sin embargo, es en el grupo de adolescentes que cursan secundaria en donde la brecha es mayor, llegando a 7,5% de diferencia respecto del promedio nacional en el caso de las adolescentes de 19 años, y de 4,6% en el caso de las adolescentes de 18 años, y de 2,3% en el caso de las de 17 años.

Tabla 5

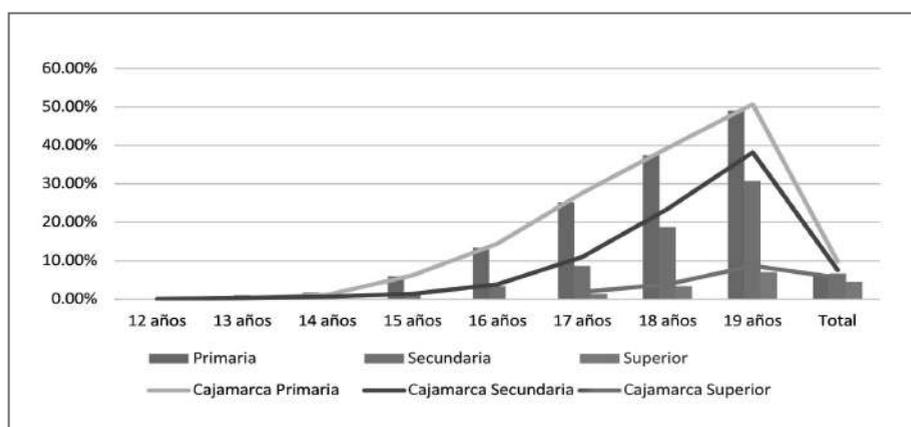
Porcentaje de Adolescentes y Jóvenes que son Madres según Edad y Nivel Educativo: País y Cajamarca 2017

CENSO 2017	Primaria	Cajamarca Primaria	Secundaria	Cajamarca Secundaria	Superior	Cajamarca Superior	Total	Cajamarca Total
12 años	0,1%	0,1%	0,0%	0,0%			0,1%	0,0%
13 años	0,3%	0,2%	1,0%	0,3%			0,8%	0,3%
14 años	1,7%	1,1%	1,1%	0,7%			1,1%	0,8%
15 años	6,0%	6,2%	1,8%	1,4%			2,1%	2,0%
16 años	13,4%	14,4%	3,4%	3,8%			4,1%	5,1%
17 años	25,2%	27,7%	8,7%	11,0%	1,4%	1,9%	8,3%	12,3%
18 años	37,4%	39,3%	18,8%	23,4%	3,4%	3,9%	14,6%	21,3%
19 años	49,0%	50,7%	30,7%	38,2%	7,0%	8,7%	21,5%	31,1%
Total	6,6%	9,8%	6,7%	7,6%	4,6%	5,6%	6,4%	8,0%

Fuente: INEI, CENSOS NACIONALES 2017. Elaboración propia

Gráfico N.º 6

Porcentaje madres adolescentes Nacional/Cajamarca - Censo 2017



Fuente: INEI, CENSOS NACIONALES 2017. Elaboración propia

En este caso nos podríamos preguntar, por qué los mayores niveles educativos que en general han alcanzado las adolescentes no ha significado una mayor incidencia en la postergación del embarazo sino que más bien sus valores están por encima del promedio nacional. Si esto lo relacionamos con la información anterior en donde se veía que la mayor disminución de embarazos en adolescentes se había dado en el ámbito urbano, pareciera entonces que es en el ámbito rural en donde las adolescentes han incrementado su nivel educativo, pero esto no ha significado una postergación de la maternidad, y por ello los porcentajes de madres adolescentes superan al promedio nacional.

Si comparamos el porcentaje de madres adolescentes en Cajamarca entre el 2007 y el 2017, encontramos que hay un aumento en casi todas las edades, acentuándose claramente en el grupo con sólo educación primaria a partir de los 17 años, y en el caso de educación secundaria a partir de los 18 años. Es decir, en Cajamarca, ha aumentado el porcentaje de madres adolescente en el tramo entre 17 y 19 años, a pesar de los mayores estándares educativos, ello se ve especialmente, aunque no exclusivamente en la zona rural.

Tabla 6:

Porcentaje de Adolescentes y Jóvenes que son Madres según Edad y Nivel Educativo: 2007 y 2017

Cajamarca	Primaria 2007	Primaria 2017	Secundaria 2007	Secundaria 2017	Superior 2007	Superior 2017	Total 2007	Total 2017
12 años	0,3%	0,1%	0,4%	0,0%			0,3%	0,0%
13 años	0,4%	0,2%	0,3%	0,3%			0,4%	0,3%
14 años	1,2%	1,1%	0,4%	0,7%			0,8%	0,8%
15 años	4,4%	6,2%	1,3%	1,4%			2,5%	2,0%
16 años	11,3%	14,4%	3,7%	3,8%			6,6%	5,1%
17 años	20,6%	27,7%	8,9%	11,0%	2,2%	1,9%	13,4%	12,3%
18 años	32,5%	39,3%	19,5%	23,4%	4,9%	3,9%	23,3%	21,3%
19 años	44,9%	50,7%	30,8%	38,2%	7,8%	8,7%	33,4%	31,1%
Total	10,8%	9,8%	6,3%	7,6%	5,7%	5,6%	8,5%	8,0%

Fuente: INEI, CENSOS NACIONALES 2007-2017. Elaboración propia

Tabla 7

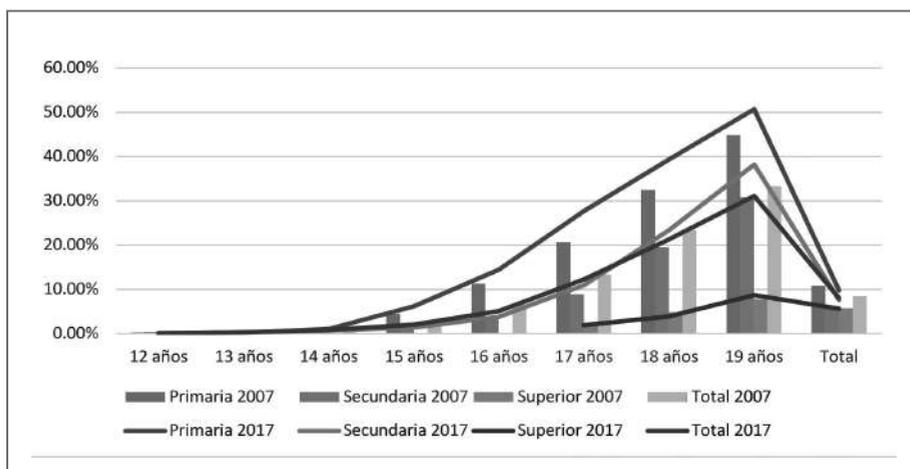
Variación entre 2007 y 2017 del Porcentaje de Adolescentes y Jóvenes que son Madres según Nivel Educativo

Cajamarca Diferencial 2007/2017	Primaria	Secundaria	Superior	Total
12 años	-0,2%	-0,3%		-0,3%
13 años	-0,2%	0,1%		-0,1%
14 años	-0,2%	0,3%		0,0%
15 años	1,8%	0,1%		-0,5%
16 años	3,1%	0,2%		-1,4%
17 años	7,1%	2,0%	-0,3%	-1,1%
18 años	6,8%	3,9%	-1,0%	-2,0%
19 años	5,9%	7,4%	0,9%	-2,3%
Total	-1,0%	1,2%	-0,1%	-0,5%

Fuente: INEI, CENSOS NACIONALES 2007-2017. Elaboración propia

Gráfico N.º 7

Porcentaje madres adolescentes Nacional/Cajamarca - Censo 2017



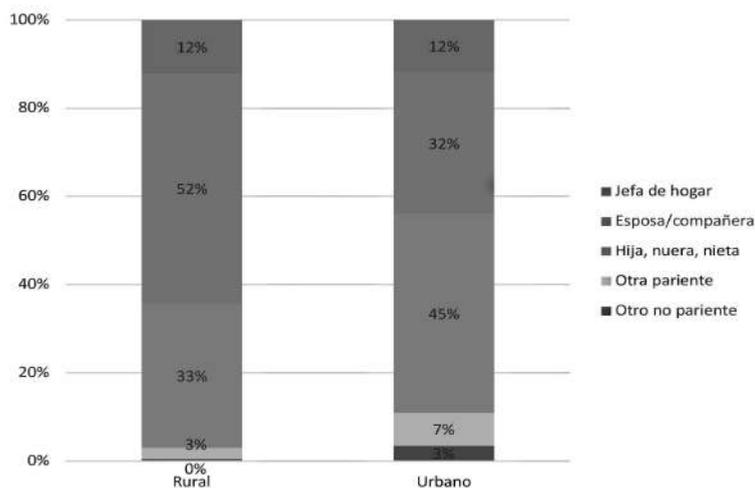
Fuente: INEI, CENSOS NACIONALES 2007-2017. Elaboración propia

Un tema sobre el que resulta importante reflexionar es en relación con los cambios culturales y del patrón de comportamiento entre adolescentes rurales y urbanas. Cajamarca al tener una importante población rural podríamos pensar que hay una continuidad de patrones tradicionales en donde se acepta y hasta se promueve las uniones conyugales tempranas. Mientras que, en las zonas urbanas, las mayores oportunidades de educación deberían significar un aumento en la postergación del embarazo, vemos como a pesar de que sí ha habido disminución, ello no se ha dado de forma pronunciada como en otras regiones del país, siendo que al CENSO 2017 Cajamarca aparece con valores mayores al promedio nacional. En cualquier caso, nos parece importante profundizar en las investigaciones para poder desarrollar intervenciones más exitosas.

• Rol que asumen en el hogar las adolescentes y jóvenes madres

Resulta significativo ver el posicionamiento familiar que asumen las adolescentes y jóvenes madres, y sus roles diferenciados en el ámbito urbano respecto del rural. Así, en el área rural, las madres adolescentes y jóvenes pasan a ser esposas y convivientes (52%) en mayor medida que en el área urbana (32%), donde son principalmente hijas y nueras (45%). Es decir, hay 20 puntos porcentuales de diferencia en los roles que asumen estas jóvenes mujeres en sus familias.

Gráfico N.º 8
Adolescentes y Jóvenes Madres según posición en el Hogar
Cajamarca 2017



Fuente: INEI, CENSOS NACIONALES 2017. Elaboración propia

Las madres adolescentes y jóvenes en el ámbito rural al identificarse como esposas o convivientes parecen asumir de manera más directa las responsabilidades familiares derivadas de su rol; mientras que en el caso de sus pares urbanas asumen un rol secundario de hijas o nueras, es decir dependientes de otra unidad familiar, sea la de origen (hija) o sea la del esposo o compañero (nuera). Ello nos lleva a pensar que, en el ámbito urbano, ellas no han constituido hogares independientes, sino que viven en el marco de una familia extendida, de la que son dependientes. Al respecto surgen preguntas que ameritarían una mayor investigación, por ejemplo, si estas familias extendidas le puedan dar soporte para la continuidad de sus estudios; o si por el contrario pasan a ser dependientes y subordinadas de otra familia, a la que deben servir a cambio de su manutención y el de su bebé.

V. Obligaciones del Estado frente a la violencia ejercida contra las adolescentes

Como ha sido analizado (Huaita, 2020) el embarazo adolescente en la gran mayoría de casos está entrelazado con manifestaciones diversas de violencia de género contra la mujer, en este caso la mujer adolescente, situaciones que están previstas en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, más conocida como «Convención de Belém do Pará», como se presenta en el siguiente gráfico:

Gráfico N.º 9

Formas de violencia de género contra la mujer relacionadas con el embarazo adolescente



Violencia en la familia	<ul style="list-style-type: none"> • Incesto • Violación sexual por miembro del grupo familiar • Rechazo y estigmatización de la adolescente lesbiana
Violencia en la comunidad	<ul style="list-style-type: none"> • Uniones tempranas consentidas o fomentadas en el grupo social • Violación sexual por parte de vecinos o personas ajenas a la familia
Violencia permitida o tolerada por el Estado	<ul style="list-style-type: none"> • Falta de información, educación y habilidades de negociación como parte de la educación sexual integral • Falta de acceso a métodos anticonceptivos como parte de los servicios de salud para adolescentes

Fuente: Huaita, 2020, p. 120.

Es importante reconocer que, frente a cada una de estas manifestaciones de violencia de género, el Estado Peruano ha adoptado políticas públicas ad hoc. A pesar de ello, la implementación de estas políticas resulta sumamente complicado, máxime si las mismas no tienen un correlato en el marco regional. Así en el análisis realizado, no hemos identificado ningún objetivo de política que esté dirigido al cambio de patrones culturales en la Región de Cajamarca. El Plan de Desarrollo Regional Concertado 2021 (Gobierno Regional de Cajamarca, 2010, p. 91), por ejemplo ubica la línea de acción de «Salud sexual y reproductiva bajo el Objetivo 2: Incrementar el acceso a servicios integrales de salud con calidad y enfoque intercultural, y este a su vez bajo la Política 1: Disminución de la desnutrición infantil, evidenciando así que el embarazo en adolescentes no parece ser un punto de preocupación de este nivel de gobierno sino que la salud sexual y reproductiva de las mujeres en general está en función del bienestar de sus hijos e hijas. Asimismo, el Plan Cuatrienal de Educación 2015-2018. (Gobierno Regional de Cajamarca, 2016) no identifica el riesgo del embarazo como un problema que debe ser previsto para evitar el abandono educativo por parte de las adolescentes.

De otro lado, un plan más reciente como el Plan regional de lucha contra la violencia de género 2018-2030, si bien establece en su visión «la necesidad de un cambio en los patrones socio-culturales que perpetúan la violencia de género» (Gobierno Regional de Cajamarca, 2018, p. 57), se olvida desarrollarlo como un objetivo en sí mismo; estableciendo 2 objetivos centrados en la intervención directa en la prevención de la agresión —como las diversas formas de violencia sexual—, y en garantizar acceso a servicios para las víctimas:

- *«Objetivo Estratégico N.º 01: Prevenir la violencia de género en todas sus modalidades (violencia en la relación de pareja, feminicidio, trata con fines de explotación sexual, acoso sexual en espacios públicos, violencia obstétrica esterilizaciones forzadas, hostigamiento sexual, acoso político, violencia en conflictos socio-ambientales, violencia mediante el uso de las TIC, por orientación sexual e identidad de género, por discapacidad) contra las mujeres, varones y aquellas poblaciones que confrontan el sistema tradicional de género, en sus diferentes etapas de vida y en su diversidad.*
- *Objetivo Estratégico N.º 02: Garantizar el acceso, mejora y ampliación de la cobertura de los servicios de atención, protección, recuperación, rehabilitación y reparación de la persona víctima y la sanción y reeducación de la persona agresora de violencia de género en todas las modalidades reconocidas y en cumplimiento de las normas y políticas nacionales para el ejercicio de una vida libre de violencia.»*

(Gobierno Regional de Cajamarca, 2018, p. 61)

Esta falta de identificación de la problemática del embarazo adolescente, y de las raíces del mismo en las políticas del gobierno regional de Cajamarca es preocupante, por decir lo menos y ameritaría una reflexión de sus actores políticos regionales.

VI. Conclusiones

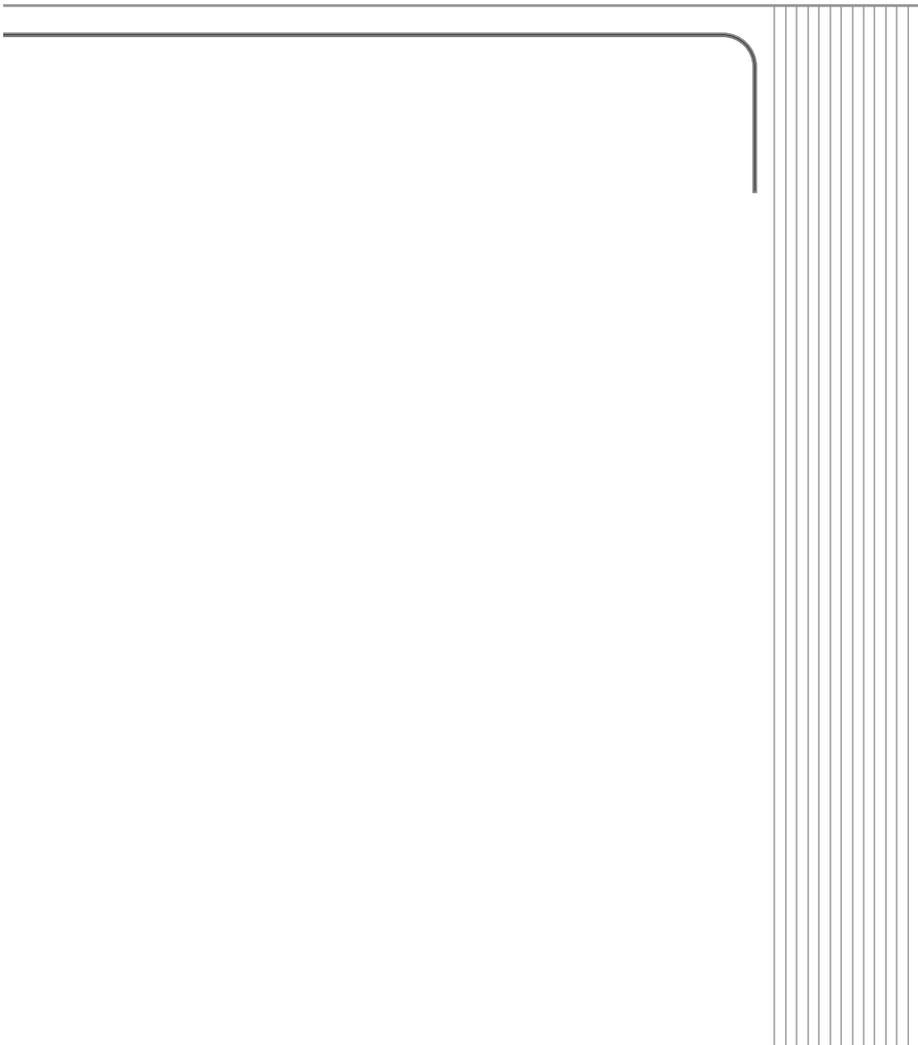
- La población de Cajamarca es mayoritariamente rural, por lo que resulta importante analizar su dinámica familiar desde una perspectiva intercultural, para poder visibilizar las diferentes maneras de ser, sentir, vivir y saber de sus pobladores, así como jerarquías y lógicas de poder que pueden darse tanto en el ámbito urbano como rural.
- En Cajamarca, entre el 2007 y el 2017 se constata una disminución porcentual de las madres adolescentes en todas las edades entre 12 y 19 años. Sin embargo, la brecha urbana/rural permanece casi inmodificada en los últimos 10 años, constatándose que los mayores porcentajes disminuyen en las jóvenes madres urbanas de 18 y 19 años (2,4 %).
- De acuerdo al CENSO 2017 los porcentajes de madres adolescentes en Cajamarca aumentan respecto del promedio nacional desde los 15 años siendo la brecha mayor en el grupo de adolescentes que cursan secundaria (7,5 % en el caso de las jóvenes de 19 años, 4,6% para adolescentes de 18 años, y de 2.3 % en el caso de las de 17 años); lo cual hace ver que el enrolamiento educativo a nivel secundario no ha sido eficaz para la postergación del embarazo entre las adolescentes.
- En relación al rol familiar que asumen las adolescentes y jóvenes madres, en el área rural, las madres adolescentes y jóvenes pasan a ser esposas y convivientes (52 %) en mayor medida que en el área urbana (32 %), donde son principalmente hijas y nueras (45 %). Ello nos lleva a pensar que, en el ámbito urbano, ellas no han constituido hogares independientes, sino que viven en el marco de una familia extendida y de la que son dependientes, mientras que sus pares en el ámbito rural parecen asumir de manera más directa las responsabilidades familiares derivadas de su rol.
- El embarazo adolescente, tanto a nivel nacional como en la región Cajamarca, es producto de manifestaciones diversas de violencia de género contra la mujer, por lo que su erradicación es responsabilidad del Estado. Para ello, el Perú viene desarrollando diversas políticas públicas. Sin embargo, las políticas públicas en la región Cajamarca no consideran este problema

como grave y por tanto no se identifican objetivos ni metas para contribuir a su reducción. Políticas que apunten especialmente a un cambio en los patrones socio-culturales que perpetúan diferentes expresiones de la violencia de género, y que van a dar lugar a las altas tasas de maternidad adolescente que hoy se presenta en la región.

VII. Lista de Referencias

- GITLITZ, J. (2005). *Justicia rondera y Derechos Humanos en Cajamarca Entendiendo la resolución de conflictos en las rondas del norte del Perú*. En: *Ius et veritas* 31, 322- 333.
- GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA. (2010, 12 de noviembre). Ordenanza Regional N.º 016-2010-GRCAJ-GR. Plan de Desarrollo Regional Concertado 2021, 220.
- GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA.(2016, enero). *Plan Cuatrienal de Educación 2015-2018*, 78.
- GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA. (2018). Resolución Gerencia Regional N.º 86-2017 GR/CAJ/GGR. Plan Regional Contra la Violencia de Género de Cajamarca 2018-2030, 104.
- HUAITA, M. (2020). *Embarazo adolescente como manifestación de la violencia de género*. En: *La violencia contra niños, niñas y adolescentes en colectivos vulnerables*, (pp. 109-127). Huygens Editorial.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA – INEI. (2007). Sistema de Consultas de Cuadros Estadístico – Censos Nacionales 2007: XI de Población y VI de Vivienda. <http://censos.inei.gob.pe/cpv2007/tabulados/>
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA – INEI. (2017). Sistema de Consultas de Base de Datos - Censos Nacionales 2017: XII de Población, VII de Vivienda y III de Comunidades Indígenas. <http://censos2017.inei.gob.pe/redatam/>
- MIMP/MINISTERIO DE LA MUJER Y POBLACIONES VULNERABLES. (2016). *Violencia Basada en el género. Marco conceptual para las políticas públicas y la acción del estado*.
- RUIZ-BRAVO, P., ROSALES, J. Y CORZO A. (2007). *Género e interculturalidad: construyendo las bases para políticas públicas respetuosas de la diversidad*. Fundación Carolina Ce ALCI, 105.

Derecho Penal y Procesal Penal



Aplicación del principio de confianza en los delitos de colusión

Application of the trust principle in crimes of collusion

Muñoz Oyarce, Bruce Eugenio(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Delito de colusión análisis dogmático. III. Imputación objetiva. IV. Principio de confianza. V. Pronunciamiento de la Corte Suprema «Casación N.º23-2016, Ica». VI. Análisis de caso y la aplicación del principio de confianza. VII. Nuestra posición. VIII. Conclusiones. IX. Lista de referencias.

Resumen: El presente trabajo desarrolla aspectos fundamentales de la aplicación del principio de confianza en el delito de colusión; tal es así, que, nos proponemos desglosar desde un aspecto dogmático el delito de colusión que se encuentra regulado en el artículo 384º del Código Penal. Asimismo, analizamos la aplicación de la imputación objetiva y el principio de confianza en los aspectos de aplicación del delito de colusión.

(*) 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 Pos Grado de la Universidad Nacional de Cajamarca. Mención Derecho Penal y Criminología. Ponente en eventos académicos, abogado litigante.

Para solventar el análisis en la presente investigación se cita y analiza el pronunciamiento de la Corte Suprema de la República recaída en la CASACIÓN N.º23-2016. ICA, el mismo que nos sirve para explicar la aplicación del principio de confianza en el delito de colusión en un caso en concreto. Asimismo, se utilizan los métodos dogmático, hermenéutico, deductivo e inductivo para el desarrollo del presente trabajo. Finalmente, planteamos opinión a la problemática esbozada, y establecemos conclusiones que engloban la presente investigación.

Palabras Claves: Imputación objetiva. Principio de confianza. División horizontal de funciones. División vertical de funciones.

Abstract: This work develops fundamental aspects of the application of the principle of trust in the crime of collusion; so much so that, we propose to break down from a dogmatic aspect the crime of collusion that is regulated in article 384 of the Penal Code. Likewise, we analyze the application of objective imputation and the principle of trust in the application aspects of the crime of collusion.

To solve the analysis in this investigation, the ruling of the Supreme Court of the Republic relapsed in Cassation N.º 23-2016. Ica, is cited and analyzed, the same that helps us to explain the application of the principle of trust in the crime of collusion in a specific case.

Finally, we finish the present work by raising an opinion on the problem raised, and we establish conclusions that encompass the present investigation.

Key words: Objective imputation. Trust principle. Horizontal division of functions. Vertical division of functions.

I. Introducción

El presente trabajo tiene como objetivo abordar la aplicación del principio de confianza en los delitos contra la Administración Pública, en específico en el delito de colusión, para ello se ha desarrollado de manera indiciaria alcances del delito de colusión para posteriormente desglosar la imputación objetiva y la aplicación del principio de confianza como un límite que determinará la tipicidad.

Tal es así que el delito de colusión está regulado en el Código Penal en el artículo 384º, que establece: el funcionario o servidor público que, interviene directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contrataciones públicas de bienes, obrar o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concierta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley será reprimido (...), esta prescripción tiene como finalidad el normal y correcto funcionamiento de la Administración Pública, castigando la corrup-

ción y persiguiendo hechos punibles; el sujeto agente para este tipo de hecho delictivo mantiene una condición especial, no en cualquier persona recae la conducta antes prescrita, a la vez debe evaluarse el daño al bien jurídico que el sistema penal protege.

Se incide en la conducta prescrita desde el ámbito dogmático, para con posterioridad aterrizar dicho contenido teórico en un caso concreto, en el cual se podrá analizar que el Ministerio Público imputa el hecho delictivo de colusión a varios imputados, entre ellos al encargado de la Dirección Regional de Administración de un Gobierno Regional, el mismo que es acusado de haber realizado actos colusorios para defraudar al Estado, y su participación estaría sustentada en haber devuelto la Carta Fianza que se encontraba en recaudo para garantizar el perfil del proyecto de pre inversión para la construcción de una trocha carrozable.

Lo hasta acá informado se coteja con la conducta desplegada por este funcionario público, y acotando desde la línea de defensa técnica sugerimos plantear excepción de improcedencia de acción, teniendo como fundamento el principio de confianza con referencia a lo emitido por la Corte Suprema de la República en la CASACIÓN 23-2016. ICA.

Por último, se presenta la opinión del autor y lo que se espera prospere en una futura excepción de improcedencia de acción que tiene como fundamento la aplicación del principio de confianza horizontal en una sociedad de cumplimiento de roles, estrategia que pretende anular el juicio de tipicidad.

II. Delito de colusión análisis dogmático

En la dogmática penal se distingue según los planteamientos del profesor Claus Roxin los deberes de función, estableciendo las características que existen y lo alejan de los deberes comunes, para ello se determina que en los delitos de infracción de deber, encontramos como núcleo el deber especial de autor, entendiendo que no se refiere al deber general de respeto a la norma; sino más bien, al imperativo categórico que afecta a todas las personas y a circunstancias que se encuentran fuera del alcance del derecho penal, «el derecho penal, como todo el ordenamiento jurídico, tiene una función eminentemente protectora de bienes jurídicos» (Muñoz Conde, 1975, p. 108); encontrándose estas como alternas al tipo penal, digámoslo de otra manera, «se trata siempre de deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma del derecho penal» (Rojas Mori, 2017).

Entonces, tenemos como sujeto activo de la comisión de un hecho delictivo de colusión a un sujeto con características especiales en el ámbito del derecho, no pudiendo ser cualquier persona, por esta razón el sujeto tiene un deber especial en relación con el derecho; asimismo, debe entenderse que la colusión es un perjuicio patrimonial al Estado, este perjuicio debe ser real, no superlativo ni mucho menos encontrarse en el ámbito de la suposición, para que la conducta sea típica, no es relevante que el sujeto agente haya tenido un provecho patrimonial, sino que, se consuma con el acto de haber pactado defraudar al Estado y esta defraudación se pueda evidenciar en los daños causados al mismo.

Finalmente diremos que se entiende como delito de colusión al convenio o contrato hecho entre dos o más personas en forma clandestina (ilegal), con el objeto de defraudar o perjudicar al Estado, para la verificación del tipo penal en relación a la identificación de los elementos objetivos y subjetivos estos deben responder al daño causado al Estado, entendiendo que el bien jurídico que se protege de manera general es el normal y correcto funcionamiento de la Administración Pública.

2.2. Tipo penal

El tipo penal de colusión exige que el sujeto activo del delito tenga una categoría especial, es decir, que la persona sea funcionario o servidor público con capacidad de incidir en el proceso de contratación; sin embargo, no es necesario que tenga facultades para suscribir el contrato o pertenezca al comité de selección.

Véase, que, para la realización del tipo penal objetivo, debe darse en el deber ser la concertación en el acuerdo ilícito entre el funcionario público y el particular interesado, dicho acuerdo se lleva a cabo de forma dolosa y posee un carácter ilícito y está dirigido a defraudar al Estado, tal como se ha desarrollado en la Casación N.º 661-2016, Piura, la misma que prescribe que el delito de colusión agravada requiere un perjuicio al patrimonio del Estado.

La contratación que realiza el Estado se encuentra en el marco de la Ley de Contrataciones con el Estado, respetando el marco de cualquier tipo de operación, contrato administrativo o civil que tenga naturaleza económica con participación estatal; toda vez que nos encontramos frente a un delito de resultado lesivo, en donde el desvalor de la acción (concertación) no es suficiente para configurar el delito, pues se exige el perjuicio al patrimonio estatal.

Para ello, debemos considerar la responsabilidad penal del particular (representantes de empresas - los que contratan con el Estado) que se colude con

el funcionario público, el comportamiento de este particular tiene sanción para el derecho penal, de por sí, se debe valorar la participación de extraños —*extraneus*— en los delitos funcionariales.

III. Imputación objetiva

La valoración de la imputación jurídico penal tiene su comienzo en la definición de la conducta que puede ésta llegar a ser ilícita, «lo ilícito será subjetivo, más el juicio de ilicitud es objetivo» (Cancio Meliá, 1998, p. 16) es sabido que el análisis consiste en determinar que el tipo subjetivo va a la par con el tipo objetivo; contrario sensu, no van separados, sino que, dependen conceptualmente uno del otro.

En la doctrina jurídico penal, entre los que admiten a teoría de la imputación objetiva, la discusión se suscita en torno a los criterios propuestos por el profesor Claus Roxin, teniendo como principio general la acción humana que haya producido un riesgo desaprobado legalmente, el cual además debe haberse realizado en el resultado debe encontrarse protegido por el fin de protección de la norma. (Roxin Claus, 1994, p. 21).

Como criterios de imputación objetiva tenemos: La disminución del riesgo, creación de un riesgo jurídicamente relevante, aumento del riesgo, ámbito de aplicación de la norma, realización del plan, esfera de responsabilidad de la víctima.

La teoría de la imputación objetiva no solamente ha encontrado aplicación en los delitos dolosos de comisión, sino que también en los delitos de comisión por omisión, empero, no olvidemos que la imputación objetiva implica la admisión en la tipicidad de un elemento de valoración; siendo esta no incompatible con la comprensión moderna de tipicidad, pues se ha reconocido a ésta, ampliamente un carácter de proceso de atribución valorativa. (Roxin Claus, 1994, p. 21).

Entiéndase que la imputación objetiva es la atribución de una acción a un posible resultado, cuando esa acción crea un peligro no permitido o jurídicamente desaprobado, siendo dicho resultado correlato lógico del riesgo creado; es decir, de la concreción de dicho peligro. En virtud de ello, sólo puede imputarse objetivamente un resultado delictivo a una acción que crea un riesgo que se encuentra al menos potencialmente dentro de la esfera de la acción realizada.

Se tiene en cuenta, que, para efectos procesales, en el ámbito de los mecanismos de defensa que ofrece el código procesal penal, encontramos la excepción de improcedencia de acción, teniendo como objeto atacar la acción

penal, ello esta prescrito en el artículo 6º, apartado 1, literal b, del Código Procesal Penal, que establece su aplicación cuando el hecho no constituye delito y el hecho no es justiciable penalmente.

Entonces, del análisis del tipo penal se debe verificar el cumplimiento de todos los elementos tanto objetivos como subjetivos, arrojando como resultado que la acción encuadra en el tipo penal por haberse verificado los elementos de la tipicidad objetiva y de la tipicidad subjetiva. La Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en la Ejecutoria de fecha 25 de julio de 2009, expresada en el Recurso de Nulidad 257-2009, sostiene que el principio de legalidad eleva a categoría constitucional la teoría del delito, que permite, conforme se plantea en esta objeción a la acusación, determinar en qué momento el hecho es o no un injusto penal.

3.1. Principio de confianza

El principio de confianza cada vez más recurrido en el Derecho penal, viene a ser una herramienta dogmática para delimitar la responsabilidad penal en los delitos cometidos; este principio permite determinar a los sujetos penalmente responsables cuando varias personas han coincidido en una misma actividad, con atribuciones similares o diferentes, como lo que sucede mediante la distribución de funciones.

El principio de confianza viene a ser la autorización o aceptación de que la persona confíe en el comportamiento correcto de los otros, dentro del desarrollo de una actividad riesgosa socialmente aceptada, que se ejecuta de forma colectiva u organizada. Para ello se precisa que la responsabilidad jurídico penal siempre tiene como fundamento el quebrantamiento de un rol, entre los roles se puede diferenciar los que una determinada persona tiene, porque debe configurar junto con otras personas un mundo común, más o menos complejo; los titulares de roles como manifiesta el profesor Jakobs generalmente responden a título de autores, ya que están obligados de manera directa frente a la víctima a mantener un ámbito común. (Jakobs Gunter, 1996, pp: 71-72).

Sin embargo, en la sociedad formada por sistemas y en pos de mejorar su funcionamiento y efectividad progresiva cada sujeto de derecho cumple una función determinada, guiada dicha actitud bajo el principio de mejor desempeño en la labor que desarrolla, teniendo en cuenta para que el sistema impone una confianza en las labores realizadas por cada individuo, llamándole a éste, principio de confianza, con el cual el Estado mismo deposita su confianza en sus representantes, autoridades, funcionarios y servidores públicos.

El sujeto de derecho responde por sus propias acciones y no por las demás, teniendo como considerando primigenio el cumplimiento de un rol dentro de la sociedad, y esperando siempre que cada ciudadano cumpla de la mejor manera su labor, para esto el Estado no pueden ejercer control particular sobre cada individuo, es oportuno confiar en que la individualidad cumpla de la mejor manera su función, sin vulnerar el orden jurídico y sometido al bien común.

Es así que, la imputación objetiva tiene como fundamento general que el sujeto solamente responderá por conductas que se encuentran dentro del ámbito de competencia personal, pero esto no forma parte del rol de controlar todos los posibles peligros que se puedan originar en el comportamiento de terceras personas.

El sujeto agente para el análisis de imputación objetiva siempre es garante, para ello, el principio de confianza limita el deber de garantía; es así que, aun cuando el sujeto tenga un alto cargo en las Instituciones Públicas, éste no responde por el riesgo al bien jurídico, correcto funcionamiento de la Administración Pública, generado por las decisiones o autorizaciones que las diferentes gerencias desarrollan en el ámbito de sus funciones.

Es importante destacar las labores que se desarrollen en el aparato Estatal, cumpliendo el principio de confianza frente a la licitud de la conducta de terceros, es así, que, si el Gobierno Regional a través de su Gerencia de Infraestructura, otorga el visto bueno para la elaboración de un proyecto de preinversión, de haber ilicitudes en éste, no podría responder el encargado de la Dirección Regional de Administración por poner un ejemplo. Es necesario mencionar las dos vertientes del principio de confianza:

a. *División horizontal de funciones*

En este supuesto, el reparto de roles se da a nivel de especialistas, en la que, cada uno se ocupa de su ámbito de especialización, para este considerando el principio de confianza permite desarrollar actividades, organizar el propio ámbito de competencia en la creencia que cada especialista cumplirá con su rol no es de exigibilidad realizar un control.

b. *División vertical de funciones*

Para este supuesto el reparto de roles se da a nivel de superiores y subordinados, en estas circunstancias el principio de confianza permite suponer que las instrucciones dadas por el superior serán desarrolladas correctamente y viceversa al subordinado, que las actividades emprendidas son correctas; empero, existe acá un deber de control de labores entre el superior y el subordinado.

El principio de confianza se comporta como un filtro a la imputación objetiva, con ello excluimos la tipicidad del hecho, generando que el examen a la teoría del delito no prospere a la antijuricidad y culpabilidad, criterios que se han podido evidenciar en senda jurisprudencia publicada por la Corte Suprema de la República en los Recursos de Nulidad 538-2004 ausencia de dolo: actuación dentro de los riesgos permitidos y en ámbito de confianza.

IV. Pronunciamiento de la Corte Suprema «Casación N.º 23-2016, ICA»

La Sala Penal de Apelaciones al analizar la imputación por delito de negociación incompatible, parte de la premisa de que la declaración de situación de emergencia es inexistente, al indicar que los defectos administrativos, en el proceso de exoneración y contratación de maquinaria configuran ilícito penal.

«La exigencia del deber de supervisión al titular de una institución, sin más fundamento que por ser el titular de la misma, podría menoscabar el desempeño de las funciones de la institución, pues dedicaría más tiempo a controlar al resto de funcionarios que a desempeñar sus propias funciones. Esta postura haría ineficaz la división del trabajo, sobre todo en órganos donde existen personas especializadas en dicha función (...)».

Con lo presentado por la Corte Suprema ha establecido una solución a este conflicto en la aplicación del principio de confianza, en este sentido por ejemplo, un encargado del área de Administración no cuenta con la especialización de contrataciones con el Estado para verificar lo debido o indebido de un perfil de proyecto de preinversión; sumando a ello que, para tal labor se necesita justamente de las observaciones técnicas de las Gerencias a cargo, así lo estableció la Corte Suprema en líneas generales.

Este pronunciamiento por parte de la Corte Suprema, lleva a la defensa técnica a realizar un planteamiento en base a la imputación objetiva, teniendo como filtro el principio de confianza, con ello el debate se ubicará en investigación preparatoria o etapa intermedia al plantearse excepción de improcedencia de acción, oportuno entonces para no esperar hasta la etapa de juzgamiento y desplegar el debate probatorio; pudiendo realizarse el respectivo análisis en etapas posteriores ya que se trata de un tema de tipicidad.

V. Análisis de casos y la aplicación del principio de confianza

Con el afán de concretizar criterios dogmáticos, se presenta el análisis en un caso concreto, en el cual la fiscalía especializada en delitos de corrupción de funcionarios, dispone formalizar investigación preparatoria, atribuyendo conductas a varios investigados por el delito contra la Administración Pública — delitos cometidos por funcionarios públicos, en la modalidad de Colusión Agravada, previsto en el segundo párrafo del artículo 384º del Código Penal, en agravio del Estado.

De la investigación se desprende que en el año 2012 aproximadamente, se habría suscrito un Convenio Específico de Cooperación Interinstitucional entre un Gobierno Regional y una Empresa de Servicios Industriales, con el objetivo de realizar la elaboración de un expediente técnico (mejoramiento de una trocha carrozable), teniendo en cuenta la valorización y el plazo en la elaboración para dicho expediente técnico.

Es oportuno señalar las áreas dentro del Gobierno Regional y las Empresas participantes, con la finalidad de a posteriori ubicar las funciones de cada una de ellas; bajo estas consideraciones, tenemos: Gerencia Regional de Infraestructura, Sub Gerencia de Estudios, Sub Gerencia de Supervisión y Liquidación, Dirección Regional de Administración, la Empresa encargada de la elaboración del expediente técnico, la Empresa supervisora del expediente técnico, Gerencia Regional de Planeamiento y Acondicionamiento Territorial, presentamos este resumen con la intención de ubicarnos en el contexto que nos lleva a analizar el principio de confianza horizontal propia de la teoría de la imputación objetiva.

Es así que a uno de los investigados se le imputa haber ordenado la devolución de las cartas fianzas «garantías», pese a que el proyecto no cumplía con la finalidad para el cual fue elaborado entendiéndose que para el presente caso el investigado laboraba en la Dirección Regional de Administración del Gobierno Regional (en calidad de encargado); veamos entonces que el Ministerio Público atribuye la conducta de colusión agravada entre otros a la persona que había ordenado la devolución de las cartas fianza. Entendiéndose que, para llegar a tal circunstancia previamente se cumplió con el protocolo estipulado en la Ley de Contrataciones con el Estado.

De lo antes señalado, podemos advertir que a uno de los investigados se le imputa haberse coludido para defraudar al Estado, toda vez que ordenó la

devolución de la carta fianza, que se encontraba custodiada en la Dirección de Tesorería (bajo responsabilidad), en tal sentido analizamos el principio de confianza y la división de funciones. Para ello debemos considerar que el investigado ha dado trámite a un oficio en el cual le solicitan la devolución de la carta fianza por el Gerente de Infraestructura y de la misma manera por el Sub gerente de Estudios, requiriendo este también la devolución de la Carta Fianza de fiel cumplimiento y adelanto directo, en atención al consentimiento de la Resolución de liquidación emitida por la Gerencia de Infraestructura, en donde se indica que debería devolverse a carta fianza.

Consideremos que, entre las atribuciones del investigado se encuentran las reguladas en la Directiva N.º07-2009-GR.CAJ-GRPPAT/SGDI «Norma de control y custodia de cartas fianzas en la entidades y dependencias del Gobierno Regional de Cajamarca», que para efectos de entender el presente caso prescribe en su considerado 5.4.5:

«El responsable de la custodia de Cartas Fianza, dará cumplimiento a la devolución en los siguientes casos: (...) Las cartas de fiel cumplimiento, será devueltas a solicitud de la Sub Gerencia de Supervisión y Liquidación, luego de haberse liquidado la obra. Se hará con oficio suscrito por la Dirección Regional de Administración, o el que haga sus veces».

Con estas consideraciones entendemos que la elaboración del expediente técnico «Mejoramiento de Trocha Carrozable» estuvo a cargo la Empresa «A» y a la vez para la supervisión del expediente Técnico del Proyecto se encontraba a cargo la Empresa «B», que a la vez contaba con la supervisión de la Gerencia de Infraestructura y sus Sub Gerencias de Estudios, Supervisión y Liquidación, encargados directos.

En este contexto la conducta desplegada por el investigado conlleva un cumplimiento de función en el estricto respeto al principio de confianza, tengase presente que el encausado cumplía como Jefe de Área de la Dirección Regional de Administración teniendo como funciones entre otras el trasladar la documentación que son solicitadas a las áreas técnicas correspondientes y de la custodia de la Carta Fianza que se encontraba a cargo la Dirección de Tesorería; más no la de supervisar, elaborar, suscribir Convenio Específico de Cooperación Interinstitucional y/o verificar que el expediente Técnico del Proyecto fuera o no viable, estas labores específicas corresponden a la Empresa «A» y «B» y a la Gerencia de Infraestructura.

La participación del investigado para el presente caso deviene en el estricto cumplimiento de sus funciones como lo establece la directiva que líneas supra se menciona, entendamos que éste no es el encargado de verificar que el Expediente Técnico del Proyecto sea viable, más aún cuando para dicha labor existen ingenieros especializados en dicha materia.

Entonces, recordamos que la jerarquía del Estado se caracteriza por algunas peculiaridades, tales como la división de funciones del trabajo en el plano horizontal y la jerarquía en el plano vertical; en el plano horizontal se encuentran la Gerencia Regional de Infraestructura y la Dirección Regional de Administración, teniendo la Gerencia de Infraestructura la obligación de verificar que el expediente técnico cumpla con los requisitos establecidos por ley, coordinar con el Consorcio Proyectista, verificar que, las observaciones realizadas sean levantadas.

En este sentido se habría emitido una Resolución de Liquidación, la misa que tenía el respaldo de asesoría legal, véase entonces que la Dirección Regional de Administración depende jerárquica y administrativamente del Gerente General Regional y tiene como órgano técnico de apoyo a la Dirección de Personal, Dirección de Patrimonio, Dirección de Tesorería, Dirección de Abastecimiento, Dirección de Contabilidad; cómo se puede evidenciar, el principio de confianza se da a nivel horizontal; contribuyendo con el cumplimiento de las funciones que el cargo amerita.

A nivel procesal y bajo los considerandos de la CASACIÓN 23-2016. ICA, la línea de la defensa técnica opta por plantear excepción de improcedencia de la acción, en base a la ausencia de criterios de imputación objetiva, encontrándose el comportamiento del investigado (encargado de la Dirección Regional de Administración) envuelto en el cumplimiento de su rol y sustentado en el principio de confianza horizontal entre la Gerencia de Infraestructura de este Gobierno Regional y la Empresa Contratista «A» ejecutora del perfil del proyecto de pre inversión y la Empresa «B» encargada de supervisar las labores de la Empresa contratista «A».

VI. Opinión

Cuando el comportamiento de los seres humanos se entrelaza, no forma parte del rol del ciudadano controlar de manera permanente a todos los demás; de otro modo, no sería posible la división del trabajo. Existe el principio de confianza, también se puede vincular el principio de confianza a la idea de protección de bienes jurídicos. Quien permanente está controlando a otros no

puede concentrarse plenamente en su propia tarea y de ahí que, en la mayoría de las ocasiones pierda más respecto de la realización de la propia tarea de lo que obtiene a través del control de los demás.

El principio de confianza, puede presentarse bajo dos modalidades, por ello en primer lugar, se trata de que alguien, actuando como tercero, genera una situación que es inocua siempre y cuando el autor que actúe a continuación cumpla con sus deberes. En este caso, la confianza se dirige a que el autor realizará su comportamiento de modo correcto; en segundo lugar, la confianza se dirige a que una determinada situación existente haya sido preparada de modo correcto por parte de un tercero, de manera que, quien haga uso de ella, el potencial autor, si cumple con sus deberes, no ocasiona daño alguno. El principio de confianza, está destinado a hacer posible la división del trabajo; por consiguiente, concluye cuando el reparto de trabajo pierde su sentido.

Bernardo José Feijoo Sánchez, profesor español de la Universidad Autónoma de Madrid, recuerda que en la doctrina moderna solo se puede imputar el resultado típico, a la persona que ha creado o no ha evitado como garante un riesgo jurídico penalmente desaprobado; pues existen casos en los que el riesgo jurídico no está penalmente desaprobado, sino, permitido por el derecho, por distintas razones: porque era imprevisible, porque era tolerado por la sociedad, «por estar cubierto por el principio de confianza» o porque era de competencia exclusiva de la víctima.

Como se evidencia, la conducta desplegada se desencadena a raíz de lo requerido por la Gerencia de Infraestructura y Sub Gerencia de Estudios, luego de haberse liquidado; actuando el investigado al amparo del principio de confianza, se autoriza o se acepta que la persona confíe en el comportamiento correcto de los otros dentro del desarrollo de una actividad riesgosa socialmente aceptada, que se ejecuta de forma colectiva u organizada.

Se evidencia, entonces, que, se presente el despliegue de confianza en las labores desarrolladas, en este caso, por la Gerencia Regional de Infraestructura, la Sub Gerencia de Estudios, la Sub Gerencia de Supervisión y Liquidación, quienes fueron los encargados directos y luego el Consorcio Proyectistas Evaluador del Expediente Técnico del Proyecto y la Empresa «A», cumpla con la correcta elaboración del Expediente Técnica del Proyecto: «Mejoramiento de vía carrozable», entonces es importante definir el deber que mantiene el Director Regional de Administración del Gobierno Regional, que se manifiesta no con la revisión del contenido de los informes que van a sustentar su decisión, sino, con la verificación de su existencia, ya que, para la verificación del contenido existe áreas especializadas.

El derecho procesal nos permite plantear mecanismo de defensa entre ellos, la excepción, para ello como se desprende del presente trabajo la Corte Suprema de la República en la CASACIÓN 23-2016. ICA, ha reconocido que la excepción a ese principio de confianza se da cuando el titular de la institución es quien quiebra su deber institucional y organiza los deberes de sus subordinados para ello, es así que, por lógica un director regional de Administración no cuente con la especialización de contrataciones con el Estado o profesión de ingeniero, para verificar lo debido o indebido de la resolución que requiere su aprobación.

Por esta razón se necesitaría de los informes técnicos especializados que brindarán el respaldo necesario; tal es así que, para la devolución de la Carta Fianza de Fiel cumplimiento y Adelanto Directo existió la Resolución de Liquidación de la Gerencia de Infraestructura que se menciona en el ítem anterior, la misma que había quedado consentida, la función del Director Regional de Administración ha sido la de asegurar la existencia de dicha resolución y proceder de acuerdo a sus funciones y a la directiva interna de la entidad, toda vez que no recae en él el deber de supervisión del expediente técnico; por cuanto, tomarse esa atribución podría menoscabar el desempeño de las funciones de la institución pues dedicaría más tiempo a controlar al resto de funcionarios que a desempeñar sus propias funciones.

Esta postura haría ineficaz la división del trabajo, sobre todo en órganos donde existen personas especializadas en dicha función.

VII. Conclusiones

- El tipo penal de colusión, tiene como finalidad general la protección de la correcta Administración Pública en la cual el sujeto agente tiene una condición específica, no pudiendo ser cualquier persona.
- Los sujetos de derecho cumplen una función en la sociedad (roles), para que ésta se desarrolle en base a principios, ente ellos la confianza, lo cual permite a su vez la división del trabajo.
- La Corte Suprema de la República se ha pronunciado en la Casación 23-2016 Ica, estableciendo el principio de confianza en base a evitar dedicar tiempo supervisando las labores de los trabajadores.
- En el caso presentado, el encargado de la Dirección de Administración en base al principio de confianza y en mérito a las solicitudes requeridas devuelve la carta fianza al haberse concluido con el perfil de proyecto de preinversión.

- No es necesario llegar a la etapa de juicio oral para desplegar material probatorio que determine el principio de confianza, en tanto, ha quedado sentado que se trata de un juicio de tipicidad que bien puede debatirse con una excepción de improcedencia de acción en etapa de investigación formalizada o etapa intermedia.

VIII. Lista de referencias

- CANCIO MELIÁ Manuel; FERRATE Marcelo; SANCINETTI Marcelo. (1998). *Estudios sobre la Teoría del Imputación Objetiva*. 1.^a edición. Buenos Aires- Argentina: Editorial Ad-Hoc.
- JAKOBS, Gunter. (1996). *La imputación objetiva en el Derecho Penal*. 1.^a edición. Editorial Ad-Hoc.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. (1975). *Introducción al Derecho Penal*. 2.^a edición. Buenos Aires-Argentina: Editorial Montevideo
- ROJAS MORI, Johnny Silvino. (2017). *Los Delitos de corrupción de funcionarios co-lusión artículo 384^º del Código Penal y el Estado de Derecho en el Perú*. Tesis en Derecho. Universidad César Vallejo. Perú.
- ROXIN, Claus. (1994). *La imputación objetiva en el Derecho Penal*. Lima: Editorial Idemsa

La invalidez material del delito de tráfico de influencias

The material invalidity of the offence of influence peddling

VILLEGAS SALAZAR, Saúl Alexander(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Principios del derecho penal. III. El delito de tráfico de influencias. IV. Análisis dogmático del delito de tráfico de influencias. V. Invalidez material del delito de tráfico de influencias. VI. Conclusiones. VII. Lista de Referencias.

Resumen: Uno de los principales problemas en todo ordenamiento jurídico es la hiperinflación legislativa, sobre todo cuando se trata de regular conductas delictivas, lo que puede incluso atentar contra los principios que legitiman y limitan el *ius puniendi* estatal como el principio de legalidad, mínima intervención, lesividad, proporcionalidad, lo que puede generar que el ciudadano vea cada vez más limitada su libertad. Por ello, el objetivo perseguido es determinar la invalidez material del delito de

(*) Abogado egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca; Maestro en Ciencias con mención en Derecho Penal y Criminología; estudios concluidos de Doctorado en Derecho por la Universidad Nacional de Cajamarca. Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, docente de la Facultad de derecho de la Universidad Privada del Norte. Socio y director del área Penal del Estudio Mejía, Céspedes & Villegas – Abogados. Correo electrónico: svillegas@mejiasaucedo.com

tráfico de influencias y su inaplicación, más aún, si respecto al delito de tráfico de influencias la doctrina no es unánime al determinar cuál es el bien jurídico protegido que se pretende tutelar, ni la obligatoriedad de su regulación por parte del Estado.

Palabras Clave: Bien jurídico, administración pública, validez de la norma jurídica, tráfico de influencias.

Abstract: One of the main problems in any legal system is legislative hyperinflation, especially when it comes to regulating criminal conduct, which can even violate the principles that legitimize and limit state ius puniendi such as the principle of legality, minimal intervention, harmfulness, proportionality, which can cause citizens to see their freedom increasingly limited. For this reason, the objective pursued is to determine the material invalidity of the crime of influence peddling and its inapplicability, even more so, if regarding the crime of influence peddling the doctrine is not unanimous when determining which is the protected legal asset that is intended to protect, nor the obligation of its regulation by the State.

Key words: Legal good, public administration, validity of the legal norm, influence peddling.

I. Introducción

Nuestro Código Penal regula en el artículo 400 el delito de tráfico de influencias como una modalidad de delito en contra de la administración pública; sin embargo, dicha regulación genera ciertos problemas desde su ubicación sistemática al encontrarse ubicado dentro del Capítulo II —delitos cometidos por funcionarios públicos— del Título XVIII —delitos contra la administración pública— del Código Penal, así también, a nivel doctrinario se ha generado discrepancia al establecer si efectivamente se protege el correcto funcionamiento de la administración pública como bien jurídico tutelado, puesto que desde un análisis del mismo no se aprecia lesión o puesta en peligro alguno que nos permita encontrar utilidad por parte del Derecho Penal.

En este sentido, cabe preguntarnos si el simple hecho de que una norma se encuentre positivizada siguiendo los parámetros establecidos para su creación es indicador suficiente para su aplicación, o si, por el contrario, es necesario que esta se encuentre amparada por los principios que limitan y legitiman el *ius puniendi*, así pues, siguiendo la línea del pensamiento del garantismo penal debemos señalar que toda norma debe ser sometida a un control de estricta legalidad, en la cual se busque el respaldo de los principios que han cimentado nuestro ordenamiento penal; a partir de ello, lo que se busca es establecer que una norma no solo tenga una validez formal, sino que también, esta encuentre

una validez material dentro del ordenamiento, respetando los principios de legalidad, necesidad, lesividad y proporcionalidad, sin perder de vista que la principal función del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos.

II. Principios del Derecho Penal

Conforme apunta Mir Puig (2004) la función punitiva del Estado social y democrático de derecho se origina en su soberanía a fin de determinar y catalogar que conductas son consideradas como lesivas para el ordenamiento jurídico y por tanto merecen ser sancionadas, en estricta atribución del *ius puniendi* (Derecho Penal Subjetivo); sin embargo, como consecuencia de la Revolución Francesa y el pensamiento de la ilustración del siglo XVIII, se gestó la idea de que esta facultad sancionadora del Estado debería ser limitado y encontrar límites. Así pues, esta función limitadora del poder sancionador del Estado se encuentra fundamentada y justificada en la Constitución Política⁽¹⁾, como en tratados internacionales, de los que se desprende que, «políticamente el Estado es su único titular y pueden diferenciarse matices en el ejercicio del poder penal: función legislativa, judicial y ejecutiva» (Villavicencio Terreros, 2006, p. 87).

La discusión se genera en cuanto a que principios legitimarían el poder sancionador del Estado, así, su legitimación extrínseca proviene de la Constitución y los tratados internacionales; pero su legitimación intrínseca se basa en una serie de principios específicos. Aun así, todos son igualmente importantes en la configuración de un Derecho Penal respetuoso con la dignidad y libertad humana, meta y límite del Estado social y democrático de Derecho y, por tanto, de todo su ordenamiento jurídico (Muñoz Conde y García Arán, 2002). Así pues, estos límites al poder penal van a tener incidencia tanto en la creación de las normas penales (criminalización primaria) como en su aplicación (criminalización secundaria) los que se suelen clasificar en límites materiales (garantías penales) y límites formales (garantías procesales).

A. Principio de legalidad

Conforme explicábamos precedentemente, uno de los principales límites a la facultad sancionatoria del Estado (*ius puniendi*) es el principio de legalidad. Este es el principal límite de la violencia que el sistema penal del Estado ejerce, se trata de un límite típico de un Estado de Derecho (Villavicencio, 2006, p. 90).

(1) En la constitución política de 1993: artículo 43, artículo 44, artículo 45, artículo 108, artículo 139, artículo 139 numeral 22.

Este principio es conocido por la expresión latina acuñada por Paul Johann Anselm Von Feuerbach en su libro *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts* (Tratado del Derecho Penal común vigente en Alemania) publicado en 1801, aunque este principio tuvo su Genesis en el pensamiento liberal plasmado en el libro de «*Dei delitti e delle pene*» («De los Delitos y las Penas») escrito por Cesare Bonesana, Marqués de Beccaría.

Así pues, Alberto Binder (2004), ha referido acerca de este principio que se clarifica y fortalece a través del tipo penal, el mismo que constituye una fórmula sintética que expresa el conjunto de límites que surgen del principio de legalidad para circunscribir con absoluta precisión la conducta prohibida o mandada respecto de la cual está enlazado el ejercicio del poder punitivo (p. 133).

Así pues, el principio de legalidad ha sido plasmado normativamente en el artículo 2 numeral 24 inciso d de la Constitución, el cual prescribe: «nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley».

De igual forma, y al ser el principio de legalidad un pilar fundamental sobre el que se cimienta el Derecho Penal se ha establecido en el artículo II del Código Penal Peruano lo siguiente: «nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentre establecidas en ella».

Por el principio de legalidad tenemos que, la principal fuente del Derecho Penal es la ley, la cual debe cumplir con tres requisitos: *Nullum crimen sine lege scripta* (Debe ser escrita), *Nullum crimen sine lege previa* (Debe ser previa) *Nullum crimen sine lege certa* (Debe ser estricta).

B. Principio de culpabilidad

Este principio incide en la obligación de establecer la responsabilidad o culpabilidad del autor, debiendo este haber actuado ya sea por dolo o por culpa, a fin de poder establecer la imposición de una pena, apartando de esta manera la responsabilidad objetiva en cuanto a la comisión de delitos.

Así pues, sobre este principio Gimbernat (1981) sostiene que,

Hay que llamar la atención sobre el doble significado del principio de la culpabilidad, entendiendo al segundo como exclusión de la responsabilidad por el resultado, o sea, «la exclusión de la punibilidad cuando el resultado típico causado por el autor no era previsible» (p. 108)

Este principio se encuentra consagrado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal, el cual establece que «La Pena requiere de la responsabilidad penal del autor, queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva». Por ello, a este principio se lo conoce por la máxima «*nulla poena sine culpa*».

Recuérdese que algunos prefieren usar el término «*responsabilidad*» al de «*culpabilidad*» cualquier vinculación con el criterio retributivo, aun cuando otros consideran innecesario esto, pues la culpabilidad se puede fundar en criterios preventivos.

C. Principio de lesividad

De acuerdo con el principio de lesividad, para que una conducta sea considerada ilícita no sólo requiere una realización formal, sino que además es necesario que dicha conducta haya puesto en peligro o lesionado a un bien jurídico determinado.

Se le identifica con la máxima «*nullum crimen sine iniuria*», la misma que fue empleada por Ferrajoli al señalar los diez axiomas del Derecho Penal, en nuestro ordenamiento encontramos a este principio en el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal el cual declara que «*la pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley*».

D. Principio de mínima intervención

El Estado sólo puede emplear la pena cuando está en situación de explicar su necesidad para la convivencia social (Gimbernat Ordeig, 1981, p. 122). Es decir, si bien el Derecho Penal es una forma de control social formal, que va a permitir proteger bienes jurídicos indispensables para el desarrollo de las personas en la sociedad, es necesario precisar que esta intervención por parte del Estado, encuentra legitimidad sólo cuando la intervención es útil, pues la utilización del Derecho Penal como instrumento de violencia del Estado ante todo evento, genera afectación a la idea de un Estado Constitucional de Derecho.

Así pues, Quintero Oliva (2000) refiere que este principio,

De la necesidad de la intervención estatal es, pues, un límite importante, porque permite evitar las tendencias autoritarias. La ley no se transforma en un instrumento al servicio de los que tienen el poder penal, sino que las leyes penales, dentro de un Estado social y democrático de Derecho sólo se justifican en la tutela de un valor que necesita de la protección penal. (p. 93)

E. Principio de subsidiariedad (*ultima ratio*)

Se trata de *ultima ratio* o *extrema ratio* en el sentido que sólo debe recurrirse al Derecho Penal cuando han fallado todos los demás controles sociales (García-Pablos de Molina, 2000).

En este sentido, al lesionarse o ponerse en peligro con la sanción punitiva derechos fundamentales como la libertad, por el carácter sancionador del Derecho Penal debe ser el último recurso que utilice el Estado, debiendo, por ende, emplear otras ramas del Derecho cuando el ataque a los bienes jurídicos seas leves.

F. Principio de fragmentariedad

El carácter fragmentario del Derecho Penal consiste en que no se le puede utilizar para prohibir todas las conductas. El Derecho punitivo no castiga todas las conductas lesivas de bienes jurídicos sino las que revisten mayor entidad (Velásquez Velásquez, 2002, p. 42).

Este principio, conforme señala Roxin (1999) es una directriz político-criminal, ya que determina en el legislador hasta qué punto puede transformar determinados hechos punibles en infracciones o no hacerlo, por lo tanto, muy útil para la criminalización primaria (p. 67).

Para determinar la fragmentariedad de la selección penal, Muñoz Conde y García Arán (2002) señalan que, se puede partir de los siguientes fundamentos,

Primero, defendiendo al bien jurídico sólo contra aquellos ataques que impliquen una especial gravedad, exigiendo, además, determinadas circunstancias y elementos subjetivos, segundo, tipificando sólo una parte de lo que en las demás ramas del ordenamiento jurídico se estima como antijurídico. Tercero, dejando, en principio, sin castigo las acciones meramente inmorales (p. 80).

III. El delito de Tráfico de influencias

El antecedente más claro se presenta en el derecho romano donde el tráfico de influencias era conocido como la venta de humo tal como nos narra Rojas Vargas (2007): «El derecho romano no desarrolló legislativamente el tema, no obstante que ya en tiempo de Alejandro severo, este mando quemar vivo a un sujeto que había vendido favores e influencias a su nombre» (p. 774). Así fue como se castigó el perjuicio hecho en nombre del príncipe que quedaría grabado como la «venta de humo romana», frase metafórica que

implica recibir dinero para influenciar ante los magistrados con el objeto de favorecer intereses particulares.

Así, la venta de humo romana fue la base de la noción francesa del «*Du trafic d'influence*», la misma que consistía durante la época revolucionaria en el hecho de recibir dinero a cambio de influenciar ante los magistrados a fin de que favorezcan un proceso judicial que venían conociendo, lo que vendría a ser una ofensa contra ellos (Delahaye, 1947, p. 388).

Por otro lado, referente a la definición podemos señalar que,

Esta vieja figura es obra de los prácticos y de los glosadores; habiendo sido en el derecho intermedio clasificado entre la injuria y la corrupción y limitado a los intereses judiciales. Era reprimido entre los romanos, y cuya conducta consistía en jactarse de obtener favores y beneficios, de las autoridades engañando de esa forma a diversas personas. *Venditio fumi* era el nombre empleado, indicándose con ello la acción del delincuente, que no pasaba de «fumar» jactancia, mixtificación, etc. Los italianos denominaron el delito *millanto crédito* que equivale en idioma español la influencia jactanciosa. (Hugo Álvarez y Huarcaya Ramos, 2018, p. 445)

Para muchos el tipo legal de tráfico de influencias es llamado comúnmente como la «venta de humo». En la legislación peruana el tráfico de influencias ha sufrido considerables cambios en su desarrollo legislativo, así pues, este delito fue integrado al catálogo penal de 1924 en su artículo 353-A, mediante Decreto Legislativo N.º 121 del 12 de junio de 1981, que señalaba lo siguiente,

C.P. de 1924, art.353-A: «El que invocando influencias reales o simuladas reciba, o haga dar, o prometer para sí o para un tercero, un donativo, o una promesa, o cualquier otra ventaja, con el fin de interceder ante un funcionario o servidor público, que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con prisión no mayor de 2 años y multa de la renta de 20 a 40 días.

Si el agente fuere funcionario público, será reprimido además con inhabilitación conforme a los incisos 1,2 y 3 del artículo 27, por doble tiempo de la condena».

Pues anterior a esta fecha no se encontraba tipificado en nuestra legislación; dicha incorporación no sufrió modificación alguna hasta la reforma total del Código Penal dada en el año 1991.

Posteriormente, el Código Penal de 1991 tipificó en su artículo 400 el delito de tráfico de influencias, no obstante, su contenido inicial ha sido objeto de modificación por el artículo 1 de la Ley 28355, luego fue modificado por Ley 29703 (excluye del catálogo a la figura simulada), la que fue derogada en parte por la Ley 29758. Esta Ley volvió al texto impuesto por la Ley 28355. Finalmente, modificada por Ley 30111 de fecha 26 de noviembre de 2013, que adicionó como sanción la pena de multa en delitos contra la Administración Pública, incluido el tráfico de influencia (Moreno, 2018, p. 2). Así pues, mediante Ley 29703 se descriminaliza la figura de tráfico de influencias simulada, no obstante, ante la oposición unánime de la opinión pública, a través de la Ley 29758 se volvió a criminalizar el comportamiento denominado «Venta de Humo».

En esta línea de razonamiento, el propósito de la reforma a través de la Ley N.º 29703 de corta vigencia estuvo orientado a promover una interpretación restrictiva de los delitos contra la Administración Pública en oposición a la interpretación extensiva de los supuestos prohibidos contenidos en el tipo penal. El legislador buscó a través del empleo de una mejor técnica legislativa un nuevo tipo bajo parámetros de racionalidad; signo material de un garantismo fuerte. No obstante, amplios sectores de opinión pública susceptibles e influenciados por el enorme poder mediático de los medios de comunicación social hicieron retroceder tales propósitos de reformulación en varios aspectos del delito de tráfico de influencias construido sobre las bases del garantismo liberal. (Hugo Álvarez y Huarcaya Ramos, 2018, p. 442)

Sin embargo, en la exposición de motivos de la Ley 29758, proyecto Ley N.º 4187/2017-PJ del Poder Judicial, se sostiene que el hecho punible debe mantenerse, ya que no se considera oportuno destipificar la venta de humo, pues desde una perspectiva de prevención general positiva, esta modalidad fraudulenta de tráfico mantiene importancia en el ámbito social.

IV. Análisis dogmático del delito de tráfico de influencias

Como se mencionó, en cuanto al delito de tráfico de influencias en la legislación peruana, es recién tipificado en el Código de 1924 cuando el 12 de junio de 1981 se introdujo el artículo 353-A mediante D.Leg. N.º 121 con fuerte influjo de la regulación colombiana de esa forma lo describe Abanto (SF),

«Pero ya en ese momento el modelo peruano, al cambiar la terminología del texto que empleaban sus fuentes (por ejemplo, en cuanto a la fuente colombiana, «invocar» en vez de «aparentar» o «con el ofrecimiento de interceder en lugar de «con el fin de obtener cualquier beneficio», «do-

nativo, promesa o ventaja» en vez de «dinero o dadas») había generado a su vez, una nueva versión de la figura penal. En efecto, a diferencia de la fuente colombiana, el tipo peruano siempre fue un delito común, pues no exigía que el sujeto activo tuviera la condición de funcionario público (o «servidor público» en la fuente colombiana), pareciéndose en esto más a la fuente italiana del *millantato crédito* (...) (p. 95)

Ese «*millantato crédito*» es en el modelo italiano a como se llama a la fanfaronería que suele hacer el sujeto que ofrece influencias simuladas.

Ahora en el Código Penal peruano de 1991, en relación con el anterior código derogado, simplemente sustituyó el tiempo futuro de los verbos típicos complementarios «reciba, o haga dar» por verbos construidos en tiempo presente «recibe, hace dar» reemplazando además la frase «con el fin de», por la de «con el ofrecimiento de», manteniendo inalterables los demás componentes.

A. Bien jurídico protegido

Por su parte Hassemer (1984) señala que «para declarar una conducta como delito, no debería bastar que suponga una infracción de una norma ética o divina, es necesario ante todo la prueba de que lesiona intereses materiales de otras personas, es decir, de que lesiona bienes jurídicos» (p. 37). Por su parte, Zaffaroni (1989) señala que «bien jurídico penalmente tutelado es la relación de disponibilidad de un individuo con un objeto, protegida por el Estado, que revela su interés mediante la tipificación penal de conductas que le afectan» (p. 289).

El bien jurídico en general viene a ser el normal desarrollo de la administración pública, que solo puede desenvolverse en el marco de la confianza de los administrados para con los representantes de la administración de justicia, esto último viene a ser el bien jurídico protegido específico.

El tráfico de influencias afecta a la imparcialidad de la administración condicionando sus decisiones en beneficio de quien posea la influencia. El agente hace creer a los particulares que la administración se mueve por medio de intrigas, protecciones y dinero.

Nos encontramos ante actos de que implican un tráfico real o simulado de influencias que tiene como objeto la función pública. Muchas veces, los funcionarios desconocen que el sujeto activo del delito está sacando provecho de una influencia irreal en las decisiones o ejecuciones que conllevan la realización de actos administrativos (Frisancho Aparicio y Peña Cabrera, 2002).

Para algunos doctrinarios el bien jurídico protegido ofrece algún nivel de debate para llegar a un consenso sobre cuál sería este, ya que lo que se castiga no es un entendimiento pecuniario e intelectual entre los funcionarios y el traficante, pues de darse esta situación los actos de este último serían absorbidos por el cohecho del primero, y por lo mismo la tipicidad de tráfico de influencias en el del cohecho pasivo, supuesto en el cual es fácil ingerir que será el principio de imparcialidad del vulnerado. Esta peculiar configuración normativa del artículo 400 del Código Penal Peruano llega incluso a colisionar con la ubicación de tráfico de influencias dentro del capítulo de «Los Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos».

Sin embargo, respecto al bien jurídico específico, señala Manuel Abanto Vásquez (2003) que,

Aquí, más bien, también existe un atentado, aunque lejano, contra la *imparcialidad* del funcionario, el *carácter público* de la función; y, en el supuesto de la «influencia simulada», el «patrimonio individual». por cierto, que, en relación con los dos primeros «objetos» el tipo penal peruano presupone, en realidad, un «peligro» (que según el caso puede ser abstracto o concreto); mientras que en el caso del «patrimonio individual» (en la modalidad de «influencia simulada») podría existir una «lesión» en la modalidad de «recibir» o «hacer dar», y un peligro en la modalidad de «hacer prometer». (p. 415)

De ello podemos afirmar que, es especialmente complicado definir cuál sería el interés tutelado en este delito, y las posturas en la doctrina también se presentan bastante debatibles, podemos esbozar de manera general que el bien jurídico en este delito es por su sistemática una afectación a la administración pública, y la confianza que tiene el administrado en específico y el ciudadano en general, de la imparcialidad en la toma de decisiones. No obstante, a la hora de verificar una afección al bien jurídico protegido es difícil relacionarlo con el correcto funcionamiento de la administración pública.

No se podría armar el bien jurídico tutelado sobre la base de proteger el honor de la administración pública, en los casos en el que se simulan traficar influencias, ya que la defensa de este supuesto honor iría en contra de los principios que sostienen este Estado de Derecho, en específico del hecho de que no cabe hablar de honor y prestigio de la administración pública, si no que su correcto funcionamiento está sujeto a la legalidad.

Así lo explica de la siguiente manera Abanto (SOF),

Si se centra la atención penal en el *pacto injusto entre privados*, cuyo contenido (el futuro ejercicio de influencia equivale a una compra de la función pública, es explicable cuál es el objeto que en última instancia y en todos los supuestos debe ser realmente lesionando: el carácter público de la función. A través de esto resalta el peligro para la *imparcialidad* y, eventualmente, la legalidad del ejercicio funcional.

B. Sujeto activo

El sujeto activo es el particular que solicita influencias reales o simuladas, también el que recibe hace dar o promete para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario público.

C. Sujeto pasivo

Es el Estado como el titular del bien jurídico en su imparcialidad y objetividad, aunque es cuestionable percibirlo de este modo, ya que en este delito no hay una injerencia en estricto en las labores administrativas.

También es muy cuestionado el hecho de que el que solicita las influencias podría ser víctima, cuando la actividad funcional está bajo una red de corrupción fuerte atribuyéndole adecuación social, que, a nuestro parecer, no podría ser sustentable ya que se utilizarían argumentos muy rebuscados para justificar conductas bastante repetitivas pero que siguen afectando bienes jurídicos.

D. Comportamientos típicos

Es un delito compuesto por varios actos que se inician o parten de los actos de invocar influencias. Recibir, hacer dar, hacer prometer son verbos rectores que, configurando modalidades delictivas y pese a su enorme importancia, pues definen la consumación del delito, no expresan sin embargo la singularidad del ilícito penal de tráfico de influencias, ya que son comunes a otros tipos penales de infracción de deber, la diferencia radica en la redacción «invocando influencias con el ofrecimiento de interceder» lo que hace un delito más de dominio que de infracción.

Sobre la base de ello podemos guiarnos en el «*Iter Criminis*»,

- a. Acto preparatorio: Atribuirse poseer influencias ante un funcionario o servidor público.

- b. Actos ejecutivos: tráfico de la propia mediación, es decir el efecto de interceder a nivel de ofrecimiento.
- c. Acto consumativo: Recepción del dinero, utilidad o promesa.

En cuanto a las modalidades típicas, especial problema se general al resolver la siguiente interrogante ¿A que nos referimos con invocar influencias reales o simuladas?, Para Rojas Vargas (2007): «Es la capacidad-posibilidad de orientar la conducta ajena en una dirección determinada, utilizando ascendientes de distinto origen y naturaleza sobre el influenciado. (p. 788)

El contenido de esta influencia está referido a la influencia o sugestión que se puede tener sobre una tercera persona en cuya voluntad se incidirá para parcializarla y obtener un curso decisorio distinto o modificado al que debería ser correcto. Estas influencias pueden basarse en nexos familiares o amicales con el funcionario o servidor, en relación de trabajo o favores debidos por dichos sujetos especiales al agente del delito, situación de prestigio o autoridad del sujeto activo del delito.

La influencia real o simulada invocada se constituye así en el objeto del delito que vincula en su estructura ideal a un sujeto que la posee con otro que la requiere para dirigirla o destinarla sobre un tercero *intraneus* a la administración pública, sobre el cual se pretende inducir o ganar su voluntad hacia el ámbito de decisiones deseables para el interesado.

Como ya íbamos mencionando sobre la intercesión puede concretar también con el empleo de terceras personas, quienes se hallan en situación de cercanía para influir sobre el funcionario o servidor público, lo que incluso a la luz de este tipo podría generar una cadena enorme de traficantes de influencias que constituirá una posible asociación ilícita.

Otro tema que vale la pena mencionar es sobre la influencia justa o que se mueve dentro de lo lícito, que incluso en la doctrina se puede resolver desde la imputación objetiva, como el uso de la categoría jurídica del fin de protección de la norma, en la que entra un pedido justo que no daña la correcta función de la administración pública. Aparte es necesario que el funcionario o servidor público sobre quien trate de influenciarse este en contacto con casos judiciales en su sentido amplio que también incluiría el procedimiento administrativo y el fuero militar,

- a. Recibir: es obtener y tomar lo uno lo que se le entrega, cobrar, tomar posesión, aprender.

- b. Hacer dar: es la acción de logra que se entregue algo a cambio de una supuesta influencia. Es decir, es lograr que se le entregue donativo o cualquier otra ventaja, a cambio de interceder ante un funcionario público para los fines descritos en el tipo.
- c. Prometer: es la acción de la voluntad de dar o hacer en el futuro. Es el ofrecimiento o propósito de hacer o dar algún donativo o cualquier otra ventaja.

Este donativo promesa o cualquier otra ventaja debe hacer, dar, recibir o prometer algo para sí o par a un tercero como precio de la mediación ante el funcionario o servidor público que está conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo con un ofrecimiento de interceder. La última frase haya conocido un caso judicial no dificulta a la hora de interpretar ya que es difícil en la práctica poder concebir una sugestión en la decisión en un funcionario público sobre un caso en el que ya se resolvió

E. Tipo subjetivo

El tipo penal exige por lo menos dolo directo, creemos que un elemento adicional al dolo en este caso ánimo de lucro debería ser interpretado como un provecho en sentido amplio ya que quien pide u ofrece las influencias lo hace con el objetivo de generar alguna ventaja. Difícil es formular un error de tipo en este delito, ya no podríamos aceptar que una persona crea que el tráfico de influencias no está prohibido.

F. Consumación y tentativa

Habría diferentes escenarios de consumación,

- a. Al hacer dar para sí o para un tercero un donativo o cualquier otra ventaja.
- b. Al recibir directamente el donativo.
- c. Al hacer prometer para sí o para un tercero un donativo o cualquier otra ventaja

Se trata pues de un tipo compuesto, de consumación instantánea y de puesta en peligro al bien jurídico Administración Pública, que difícilmente admitiría la omisión como realización típica.

V. Invalidez material del tráfico de influencias

Partiendo de la filosofía analítica del derecho desde la óptica del garantismo penal, la concepción del Derecho Penal abandonado una concepción de teoría pura o formal del derecho, en la cual únicamente se entendía a la norma como una institución social, que presupone que solo las normas promulgadas o elaboradas dentro de tal institución son verdaderas, toda vez que, con posterioridad a la segunda guerra mundial nos encontramos frente a un nuevo paradigma de estricta legalidad, la cual señala que se tiene que limitar la amenaza de los derechos de los individuos, especialmente el derecho a la libertad, por lo que únicamente se tiene que limitar lo estrictamente necesario, ello en base al respeto de los principios que fundamentan el Derecho Penal y limitan el *ius piniendi* estatal.

Así pues, conforme señala Ferrajoli (2011) referente a la validez formal y validez material, aun suponiendo ambas la vigencia, son independientes entre sí: una decisión válida formalmente puede no serlo materialmente y viceversa (p. 506), a partir de ello, se desprende que, para que una norma sea válida necesita una congruencia entre la validez formal y material.

Partiendo ello, se analiza si la configuración normativa prescrita en el artículo 400 del Código Penal, es acorde con los principios fundamentales sobre los cuales se cimienta nuestro sistema penal, específicamente el Principio de Lesividad (que tiene sustento constitucional en el artículo 2 inciso 24, literales b y d; Principio de Mínima intervención, Principio de Proporcionalidad (artículo 200 numeral 6 de la Constitución Política).

Así pues, *prima facie* la disposición normativa del artículo 400 del Código Penal es válida desde el punto de vista formal ya que ha sido dada por el órgano legislativo competente cumpliendo las formalidades establecidas para la elaboración y promulgación de una norma, sin embargo, existe discordancia conforme a lo establecido en la norma superior y desde el pensamiento del neopositivismo garantista, pues en la ejecución de este delito no se afecta o se pone en peligro el bien jurídico protegido Administración Pública.

Conforme se ha señalado la corriente positivista neoconstitucional desde la óptica de la filosofía del derecho y crítica de la política, el garantismo

Designa una filosofía política que impone al Derecho y al Estado la carga de la justificación externa conforme a los bienes e intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente la finalidad de ambos. En este último sentido, el garantismo presupone la doctrina laica de la separación entre

derecho y moral, entre validez y justicia, entre punto de vista interno y punto de vista externo en la valoración del ordenamiento, es decir, entre «ser» y «deber ser» del derecho. Y equivale a la asunción de un punto de vista únicamente externo a los fines de la legitimación y deslegitimación ético-política del derecho y del Estado. (Ferrajoli, 2015, p. 853)

A partir de ello, se establece si el delito de tráfico de influencias contenido en la disposición normativa del artículo 400 del Código Penal peruano sea legitimado o deslegitimado desde el punto de vista ético-político del derecho.

VI. Conclusiones

- El delito de tráfico de influencias conforme a su estructura típica adolece de invalidez material, en cuanto entra en conflicto con los principios que limitan y legitiman el *ius puniendi* estatal, específicamente el principio de legalidad, mínima intervención, lesividad y proporcionalidad, los mismos que sirven de directrices al momento de crear las conductas delictivas, asimismo, estos principios fundan el Derecho Penal liberal y pensamiento garantista.
- Al realizar el análisis dogmático del tipo penal descrito en la disposición normativa del artículo 400 del C.P., se logró demostrar que con el delito de tráfico de influencias no se lesiona, ni pone en peligro del bien jurídica administración pública, toda vez que no se afecta el correcto funcionamiento de esta, aunado a ello, no se puede apreciar de manera objetiva cual es el bien jurídico específico que se lesionaría.

VII. Lista de Referencias

- ABANTO VÁSQUEZ, M. (2003). *Los Delitos Contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. Lima: Palestra Editores S.R.L.
- BINDER, A. M. (2004). *Introducción al derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- BRAMONT - ARIAS TORRES, L. M. (2005). *Manual de Derecho Penal. Parte General* (3.^a ed.). Lima: Eddili.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. (1997). *El delito de tráfico del influencias*, en Delitos Contra la administración pública. Bilbao: instituto Vasco de Administración Pública.
- DONNA, Alberto (2002). *Delitos Contra la Administración Pública*. Buenos Aires.

- FERRAJOLI, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. (P. A. Ibáñez, Trad.) Madrid, España: Trotta S.A.
- (2004). *Derechos y grantias. La ley del más debil*. (P. A. Ibáñez, Trad.) Madrid, España: Trotta.
- (2016). *El paradigma garantista. Filosofía crítica del derecho penal*. Nápoles: Editorial Trotta S.A.
- FRISANCHO APARICIO, M., & PEÑA CABRERA, R. (2002). *Delitos Contra la Administración Pública*. Lima: Fecat.
- HASSEMER, Winfried. (1984). *Fundamentos del Derecho Penal*. Barcelona: Editorial Bosch.
- Hugo ÁLVAREZ, J. B., & HUARCAYA RAMOS, B. S. (2018). *Delitos Contra la Administración Pública Análisis Dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- MIR PUIG, S. (2004). *Derecho Penal. Parte General*. (J. C. Faira, Ed.) Buenos Aires, Argentina: Editorial B de f.
- MUÑOZ CONDE, F. Y. (2000). *Derecho Penal, Parte General*. Barcelona: Tirant.
- MUÑOZ CONDE, F., & García Arán, M. (2002). *Derecho Penal. Parte General*.
- QUINTERO OLIVA, G. (2000). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Navarra: Aranzadi.
- ROJAS VARGAS, F. (2007). *Delitos Contra la Administración Pública*. Lima: Editorial Jurídica Grijley E.I.R.L.
- ROXIN, C. (1999). *Derecho Penal. Parte General*. (2.^a ed., Vol. T. I). (D. M. Luzón Peña, Trad.) Madrid: Civitas.
- SALINAS SICCHA, Ramiro. (2016). *Delitos Contra la Administración Pública*. 4.^a ed., Lima: Grijley.
- VILLAVICENCIO TERREROS, F. (2006). *Derecho Penal. Parte General*. Lima: Editora Jurídica Grijley.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. (1989). *Manual de Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar.

Allanamientos y registros ilegales: una mirada a la jurisprudencia nacional

Illegal searches and searches: a look at national case law

CHÁVEZ RAMÍREZ, Javier(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. El caso. III. Allanamiento y la real intervención. IV. Requisitos de la flagrancia delictiva. V. Comprensión de quien autoriza el ingreso a su domicilio. VI. Prohibición de allanamientos en delitos permanentes. VII. Allanamiento sin presencia del representante del Ministerio Público o del abogado defensor. VIII. Ilegalidad de la prueba obtenida. IX. Conclusiones. X. Lista de Referencias.

Resumen: En el presente trabajo se pretende dilucidar, si los allanamientos y registros domiciliarios realizados por los miembros de la Policía Nacional del Perú ante la comisión de delitos, cumplen o no, con lo señalado por el Tribunal Constitucional y la Suprema Corte de la República; además de ello, se establecerá ante qué tipos de delitos es procedente este tipo de intervenciones; finalmente, si es imperativa o no la orden judicial, así como la presencia del representante del Ministerio Público en el lugar de los hechos.

Palabras clave: Allanamiento, registros domiciliarios, Policía Nacional, delitos

(*) Abogado. Maestro en Derecho Penal y Criminología.

Abstract: *In this paper is intended to elucidate, whether the raids and house searches carried out by members of the National Police of Peru before the commission of crimes, comply or not, with what is indicated by the Constitutional Court and the Supreme Court of the Republic; in addition, it will be established what types of crimes this type of intervention is appropriate; finally, whether or not the court order is mandatory, as well as the presence of the representative of the Public Prosecutor's Office at the scene of the incident*

Keywords: *Search, house searches, National Police, crimes.*

I. Introducción

En los allanamientos y registros domiciliarios que realizan los miembros de la Policía Nacional del Perú, —*en especial en los casos de drogas*—, se advierte que estas se vienen realizando violando derechos fundamentales, lo que las tornan en ilegales; esto sucede por el desconocimiento del personal policial interviniente, puesto que se encuentran en el incorrecto entendido, que están frente a la comisión de un delito flagrante y la urgente necesidad de su intervención, lo cual no es correcto, sumado a ello la falta de la dirección jurídica del representante de la legalidad.

II. El caso

Para un mejor entendimiento de lo que se va a desarrollar, se expondrá un caso hipotético a modo de ilustración: El departamento especializado antidrogas de la PNP (DEPANDRO), recibe una llamada telefónica anónima, donde se indica que en el interior de una casa existe droga, por lo que personal PNP, decide constituirse hasta el lugar, allanando e ingresando al domicilio, manifestando que se encuentran en un supuesto de flagrancia; en el inmueble encuentran dos bolsas conteniendo marihuana con un peso bruto de dos kilogramos. Los propietarios del inmueble son detenidos y conducidos a la dependencia policial, dicha actuación es comunicada al fiscal, quien avala la intervención y dispone la detención de los intervenidos hasta por quince días.

Como se evidencia en el ejemplo, los policías intervienen el lugar bajo el erróneo conocimiento que se encuentran amparados por el art. 259 del Código Procesal Penal, es decir, los intervenidos se encontraban en flagrancia delictiva, además, que estas actuaciones policiales son actos urgentes e inaplazables. Como veremos más adelante, esta actuación es ilegal y violatoria de derechos fundamentales.

III. Allanamiento y la real intervención

El allanamiento y registro domiciliario, pueden realizarse sin mandato previo judicial en los casos de flagrante delito o inminente peligro de su perpetración art. 214 del Código Procesal Penal.

En el plano real, las intervenciones policiales se inician a mérito de una supesta llamada telefónica, lo que en realidad es una delación —en palabras del reconocido profesor Giammpol Taboada Pilco— personal policial acude al lugar donde se encuentra el ilícito producto, violenta la puerta de ingreso, reduce a las personas que allí se encuentran, se incautan los bienes encontrados y se elabora el acta de intervención policial donde se señala, que el ingreso a dicho recinto ha sido con autorización expresa de los intervenidos. Seguidamente se da cuenta al fiscal vía telefónica, quien, en el mejor de los casos, se constituye al lugar o se traslada a la unidad especializada donde se encuentran los detenidos y los bienes incautados.

IV. Requisitos de la flagrancia delictiva

Ahora bien, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en la casación 533-2018 Lambayeque, ha establecido los requisitos de la flagrancia:

- **Inmediatez temporal:** la acción delictiva se está desarrollando o acabe de desarrollarse en el momento de su percepción o intervención.
- **Inmediatez corporal:** el delincuente se encuentre en el lugar del hecho en situación o en relación con aspectos del delito que proclamen su directa intervención en el mismo.
- **Percepción directa y efectiva del hecho por el efectivo policial:** visto directamente o percibido de otro modo por material fotográfico o fílmico.
- **Necesidad urgente de la intervención policial.**

En el caso a modo de ejemplo, se evidencia que al momento del allanamiento no se estaba frente a un supuesto de flagrancia, en primer lugar, porque no existe inmediatez delictiva y segundo y, más importante, no existía la necesidad urgente de allanamiento, siendo este el requisito más importante para la configuración de la flagrancia; por tanto, podían los policías solicitar al fiscal que requiera el allanamiento al juez, lo cual claramente no sucedió.

Además, en la casación señalada, se estableció que el allanamiento y registro domiciliario «solo es posible en los casos de **flagrancia estricta y de cuasi flagrancia**, esta última entendida como el momento en el que se persigue al im-

putado sin solución de continuidad y se advierte su presencia en el predio donde estaba o, de donde salía tras su fuga».

En el ilustrativo caso, los efectivos policiales no se encontraban frente a ninguna de estas dos modalidades, por lo que no existió justificación para el allanamiento y registro domiciliario que se realizó.

V. Comprensión de quien autoriza el ingreso a su domicilio

El Tribunal Constitucional, en el Exp. 03691-2009-PHC/TC Cajamarca, caso «Luz Emérita Sánchez Chávez y otro», fs.jj. 13 y 14 indica, que quien autoriza el ingreso a un recinto, debe tener pleno conocimiento del motivo de la intromisión y esta debe ser entendida claramente por el titular del derecho, de no darse esta situación, no se podría realizar el allanamiento; sin embargo, nos encontramos muchas veces con intervenciones donde supuestamente ha mediado el consentimiento expreso para su ingreso; empero, se advierte que existen daños en las puertas, ventanas y/o lugares de acceso al recinto, donde se habría producido el «voluntario allanamiento».

VI. Prohibición de allanamientos en delitos permanentes

Los allanamientos y registros en flagrancia delictiva, únicamente se pueden realizar **cuando se está frente a la comisión de delitos de consumación instantánea**, puesto que, en los **delitos permanentes**, no se configuraría el principio de situación de urgencia, que impida recabar la autorización judicial [1]

Además, el supremo interprete de la Constitución, ha señalado lo siguiente:

En los delitos de: tenencia ilegal de armas, **drogas**, contrabando, cuya posición continuada se indica como almacenada al interior de un domicilio, se requerirá la previa autorización judicial. Pues aún, cuando puedan presentarse de manera concurrente los requisitos de flagrancia delictiva, en los delitos permanentes se presenta el decaimiento del supuesto de la extrema urgencia.

VII. Allanamiento sin presencia del representante del Ministerio Público o del abogado defensor

En el RN 2735-2014-Puno, caso «Wilfredo Hanco Cayllahua», se ha determinado que las diligencias policiales sin participación del representante del Ministerio Público, no tienen solvencia probatoria para determinar las responsabilidades del justiciable.

En esa misma línea, el RN 2874-2013 - Del Santa, caso «José Roberto Cáceres Quezada» señala, para que sea válido el acto del consentimiento a la entrada del domicilio, se debe exigir la presencia del fiscal o del abogado defensor del detenido, para de esa forma se pueda garantizar la diligencia, de lo contrario, el allanamiento sería inconstitucional.

VII. Ilegalidad de la prueba obtenida

Finalmente, las pruebas obtenidas vulnerando derechos fundamentales, se tornan en ilícitas y no podrían ser utilizadas en el proceso penal; mucho menos, como fundamento que sustente una sentencia condenatoria.

Trayendo nuevamente a colación el ejemplo, se evidencia que, desde la toma de información, el desarrollo del allanamiento y término de la diligencia, se actuó vulnerando el derecho a la inviolabilidad del domicilio [2], al debido proceso [3], y a la dignidad de las personas [4].

VIII. Conclusiones

En las diligencias de allanamiento, el requisito más importante es la necesidad urgente de intervención; sin embargo, en la gran mayoría de allanamientos bajo la errónea creencia de estar frente a situación de flagrancia, se procede sin darle la importancia que esta merece; es decir, no se analiza si es urgente o no la intromisión de la fuerza pública.

Por lo tanto, el llamado para determinar ante que tipo de flagrancia se encuentra el personal policial, es el director jurídico de la investigación, quien además señalará que tipo de presunto delito se está cometiendo y, si en este, existe una necesidad urgente para su allanamiento.

En el plano de los hechos, la policía al momento de un allanamiento da cuenta al fiscal, quien se limita a responder que se le consigne en el acta, la misma que firmará en la dependencia policial una vez concluida la diligencia, es más, la presencia de un abogado defensor en dicho procedimiento, es una utopía.

Nuestros valerosos policías, en aras de investigar y combatir el delito, como finalidad fundamental, realizan allanamientos y registros domiciliarios con violación de derechos fundamentales, lo cual torna en ilegal la prueba y genera un ambiente de impunidad. Pero esto sucede por falta de apoyo para capacitarse en métodos de intervención ajustados a las normas vigentes, se propone que el ejecutivo ponga énfasis en capacitar a las unidades policiales especializadas, para que sus intervenciones de desarrollen conforme a Ley.

X. Lista de referencias

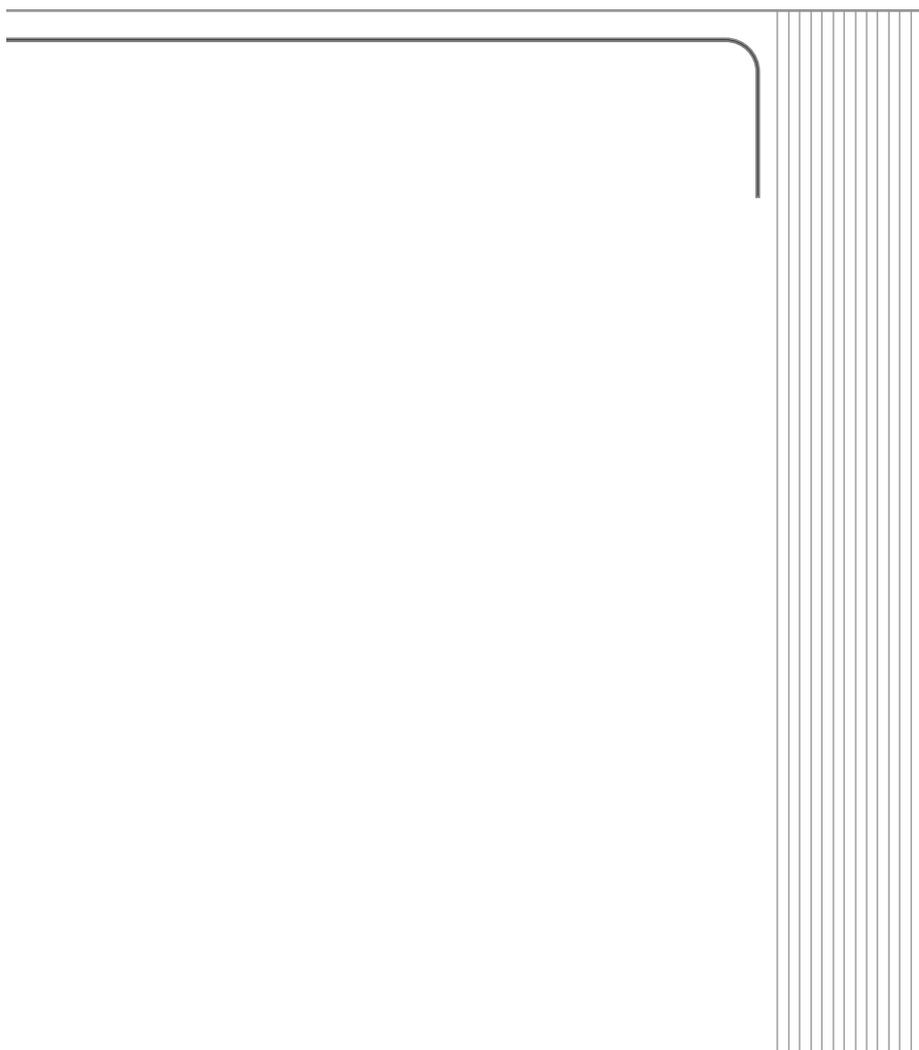
STC EXP. 03691-2009-PHC/TC Cajamarca, Caso Luz Emérita Sánchez Chávez y otro.

Constitución Política del Perú, art. 2 numeral 9.

Constitución Política del Perú, art. 139 numeral 3.

CIDH, art. 11.

Derecho Arbitral



La obligatoriedad del arbitraje aún ante la omisión de incluir el convenio arbitral, en los contratos administrativos suscritos bajo los alcances de la normativa de contrataciones del Estado

The obligation of arbitration even in the face of the failure to include the arbitration agreement in the administrative contracts signed under the scope of the state's procurement regulations

GARCÍA MENDOZA, Nilton Paco(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Los mecanismos de solución de controversias en la ejecución contractual de las contrataciones del Estado. III. El arbitraje. IV. Regulación del arbitraje en el Perú. V. El arbitraje en las Contrataciones del Estado y su obligatoriedad en la ejecución contractual. VI. Conclusiones. VII. Lista de referencias.

(*) Abogado, por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca. Maestrante, con mención en Derecho Penal y Criminología, por la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca. Con estudios de Especialización en Arbitraje en Contrataciones con el Estado; y Derecho Administrativo para Árbitros, por la Universidad Católica del Perú. Docente de pregrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca. Correo electrónico: ngarciam@unc.edu.pe

Resumen: Una de las principales dudas que se ha generado en las contrataciones del Estado, está representado por la obligatoriedad del arbitraje, en los contratos de bienes, servicios y obras, y como tal, si existe la posibilidad de poder rehuir a este, quizá por su onerosidad, y poder recurrir ante el poder judicial, en busca de la solución a las controversias, que puedan surgir durante la ejecución contractual de los mencionados contratos, de bienes, servicios y obras, suscritos al amparo de la ley de contrataciones del Estado, y su reglamento.

Palabras clave: Mecanismos de solución de controversias, cláusula de solución de controversias, arbitraje, la obligatoriedad del arbitraje, arbitraje institucional.

Abstract: One of the main doubts that has been generated in state procurement is represented by the obligation of arbitration, in contracts for goods, services and works, and as such, if there is the possibility of being able to shun this, perhaps because of its onerousness, and to be able to appeal to the judiciary, in search of a solution to disputes, which may arise during the contractual execution of the aforementioned contracts, of goods, services and works, signed under the law on State procurement, and its regulations

Key words: Dispute resolution mechanisms, dispute resolution clause, arbitration, compulsory arbitration, institutional arbitration.

I. Introducción

Nuestra Ley actual de Contrataciones del Estado, Ley 30225, adelante Ley de Contrataciones del Estado, modificada por los Decretos Legislativo Ns. 1341 y 1444, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N.º 344-2028-EF, modificado por los Decretos Supremos N.ºs 377-2019-EF, 168-2020-EF, 250-2020-EF y 162-2021-EF, con la finalidad de que las partes contratantes, representadas por una entidad del Estado, y un privado (proveedor), ante el surgimiento de discrepancias en la etapa de ejecución contractual, puedan recurrir en busca de una solución, a la conciliación y/o al arbitraje, agregándose en el caso de ejecución de obra, a la junta de resolución de disputas; sin embargo, aún quedan dudas, a la obligatoriedad del arbitraje como medio de solución de controversias, ante la ausencia de la inclusión en los contratos de bienes, servicios u obras, de un convenio arbitral, el cual, debiera estar contenido en la cláusula de solución de controversias, que se regula a partir del artículo 138 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

En ocasiones reiteradas, ante la ausencia de la inclusión de un convenio arbitral, podría llevar a pensar que esta omisión administrativo, puede llevar a

considerar que las partes, ante ausencia de un convenio arbitral, pueden obviar recurrir al arbitraje, y por ende, recurrir a la jurisdicción ordinaria, en busca de la solución de las controversias; no obstante, la propia normativa de contrataciones del Estado, nos ayuda a confirmar, de la obligatoriedad del arbitraje, en los contratos administrativos, de bienes, servicios y obras, suscritos al amparo de la ley de contrataciones del Estado, y su reglamento, que representan la base normativa del régimen general de las contrataciones del Estado.

II. Los mecanismos de solución de controversias en la ejecución contractual de las contrataciones del Estado

El proceso de contratación pública, de bienes servicios y obras, bajo el régimen general de las contrataciones del Estado, regulado por la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, se constituye de tres etapas bien definidas; la primera, representada por la etapa de actos preparatorios, en la cual, se planifica o programa aquello que el Estado, se va a proveer del sector privado; la segunda etapa, está representada por la etapa de selección, la cual iniciará pues, desde la convocatoria del procedimiento de selección, hasta el otorgamiento de la buena pro (es un proceso administrativo concurrencial, en el cual, no media controversias entre los concurrentes que aspiran el otorgamiento de la buena pro); y finalmente, tenemos a la etapa de ejecución contractual, la cual, se inicia, para bienes y servicios, con la suscripción del contrato entre el proveedor ganador de la buena pro, y la entidad estatal convocante, o en el caso de obras, cuando se cumplan todas las condiciones exigidas por la normativa de contrataciones del Estado.

Ahora bien, como no siempre existe la satisfacción de ambas partes contratantes en la ejecución de sus prestaciones contractuales (en la etapa de ejecución contractual), la normativa de contrataciones del Estado, ha previsto los mecanismos a través de los cuales, estas, pueden solucionar sus discrepancias, y para ello, estableció la inclusión, de la cláusula de solución de controversias, y ello, ocurre, incluso, desde la Ley 26850- Ley de contrataciones y adquisiciones del Estado, que representa la primera ley de contrataciones del Estado en nuestro país, y a partir de la cual, en su artículo 41, literal b) estableció lo siguiente:

(...)

Artículo 41.- Los contratos de obras, de adquisición de bienes o contratación de servicios incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a:

(...)

b) Cláusula de Solución de Controversias: Cuando en la ejecución o interpretación del contrato surja entre las partes una discrepancia, ésta será definida mediante el procedimiento de conciliación extrajudicial o arbitraje, según lo acuerden las partes.

A ello, debemos agregar, que la inclusión en los contratos administrativos, al amparo de la normativa de contrataciones del Estado, a pesar de haber transcurrido ya, más de veinte años de la entrada en vigencia de la primera ley de contrataciones del Estado, y de haber sido bastante cambiante la regulación de la normativa de contrataciones del Estado, aún se mantiene la incorporación de esta cláusula de solución de controversias.

Y lo mencionado, se puede corroborar, porque hoy en día, la ley actual de contrataciones del Estado, así lo ha regulado.

Así pues, el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y sus modificatorias, a partir de su artículo 138, numeral 138.2, regula el contenido del contrato, de la siguiente manera:

Artículo 138. Contenido del Contrato

(...)

138.2. El contrato incluye, bajo responsabilidad, cláusulas referidas a: i) Garantías, ii) Anticorrupción, iii) Solución de controversias y iv) Resolución por incumplimiento.

Ahora bien, los mecanismos de solución de controversias, que deben estar contenidos en la cláusula de solución de controversias, se encuentran regulados en el artículo 45, numerales 45.1 y 45.3 del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por D.S 082-2019-EF, de la siguiente manera:

45.1 Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven, mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes. En el reglamento se definen los supuestos para recurrir al arbitraje Ad hoc. Las controversias sobre la nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.

(...)

45.3 Las partes pueden recurrir a la Junta de Resolución de Disputas en las contrataciones de obras, de acuerdo al valor referencial y demás condiciones previstas en el reglamento, siendo sus decisiones vinculantes.

Como podemos advertir, las partes contratantes (una entidad del estado, y un privado), ante el surgimiento de controversias durante la ejecución contractual, pueden recurrir con la finalidad de solucionar estas controversias, a la conciliación y/o al arbitraje; y en el caso de obras, incluso, pueden recurrir a través de una Junta de Resolución de Disputas (JRD), de acuerdo al valor referencial de la obra.

Respecto de la Junta de Resolución de Disputas, como mecanismos de solución de controversias, en los contratos de obras públicas, cuyos montos superan los S/ 20 000 000.00 (Veinte Millones con 00/100 Soles), debemos precisar, que su inclusión, es obligatoria en la cláusula de solución de controversias, de conformidad con el numeral 243.4⁽¹⁾ del artículo 243 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; y procede según los supuestos regulados en el reglamento de la ley de contrataciones del Estado, pero recordemos, que este mecanismo, no aplica para los contratos de bienes y servicios, y tampoco resulta obligatorio, para los contratos de ejecución de obras públicas, cuyo valor referencial, no supera los S/ 20 000 000.00 (Veinte Millones con 00/100 Soles).

En ese sentido, conociendo ya los mecanismos de solución de controversias en la ejecución de los contratos de bienes, servicios y obras, bajo el amparo del régimen general de las contrataciones del Estado, hemos podido advertir, que uno de los mecanismos de solución de controversias, que tanto como la conciliación y la junta de resolución de disputas (conforme a las condiciones descritas en el párrafo precedente), el arbitraje, también puede resultar útil para las partes contratantes, que buscan solucionar sus controversias en la etapa de ejecución de los contratos administrativos, suscritos bajo el amparo de la normativa de las contrataciones del Estado.

Ahora bien, una vez identificado al arbitraje como uno de los mecanismos de solución de controversias en las contrataciones del Estado, nos realizamos la siguiente pregunta:

¿El arbitraje en las contrataciones del Estado es obligatorio o es voluntario?

Previamente a emitir respuesta a la interrogante propuesta, debemos precisar, qué es el arbitraje.

(1) 243.4: «De no haber sido pactado en el contrato original, las partes pueden acordar incorporar a la cláusula de solución de controversias del contrato que las soluciones de estas estén a cargo de una Junta de Resolución de Disputas en aquellos contratos de obra cuyos montos sean inferiores o iguales a veinte millones con 00/100 Soles (S/ 20 000 000,00), siendo esta incorporación obligatoria para contratos cuyos montos sean superiores. Las decisiones emitidas por la Junta de Resolución de Disputas son vinculantes para las partes»

III. El arbitraje

En cuanto al arbitraje, como mecanismos de solución de controversias, debemos precisar, que históricamente, este no tuvo su génesis, como sólo una alternativa a la facultad jurisdiccional del Estado moderno de derecho; pues contrariamente a ello, su génesis se encuentra muchos años antes que esta; es más el arbitraje constituye, un antecedente de la facultad jurisdiccional del Estado.

En conexidad a lo precedentemente mencionado, refiriéndose al arbitraje, el profesor Quiroga (2017), afirma que este:

Nace como una fase anterior al desarrollo del proceso jurisdiccional. Éste se volvió una tarea exclusiva y excluyente del Estado-nación o Estado derecho a fines del siglo XVIII, de modo que el Estado se convirtió en el exclusivo *arbiter* de los conflictos sociales e individuales de sus ciudadanos. (p. 69)

Como podemos advertir, el arbitraje, como mecanismo de resolución de conflictos, es anterior a la justicia administrada por los Estados, representando incluso, un antecedente de esta.

Ahora bien, el arbitraje, en palabras de Varona Vilar, citada por Navas (2017) se define de la siguiente manera:

El arbitraje es el medio hetero compositivo en virtud del cual las partes, haciendo ejercicio de su libertad, deciden someter su contienda a los árbitros, quienes están sometidos a la norma arbitral. Los árbitros cuya actuación está dirigida por las partes a través de su autonomía que se va a ver condicionada por las normas imperativas o de *ius cogens*, van a decidir mediante laudo, imponiendo la decisión a las partes, por medio del instrumento que es el proceso arbitral. (p. 31)

De la definición antes mencionada, podemos indicar, que el arbitraje, es un mecanismo o medio de solución de controversias, heterocompositivo, el cual tiene su origen en la voluntad privada de las partes que han suscrito un contrato, y quienes de manera voluntaria, han decidido, que sean los árbitros, más no, los jueces de la jurisdicción ordinaria, quienes resuelvan sus controversias, a través de una decisión contenida en un laudo arbitral.

IV. Regulación del arbitraje en el Perú

Hoy en día, en nuestro país, el arbitraje, se encuentra regulado en la actual Ley de Arbitraje, D. Leg. N.º 1071, dictado en el marco de la implementación del

acuerdo de promoción comercial Perú - Estados Unidos, y a través de la cual, a diferencia de las anteriores leyes, Ley N.º 25935 y Ley N.º 26572, reguló sin discriminación, tanto al arbitraje internacional, como también al arbitraje nacional o doméstico, de manera conjunta.

Asimismo, el arbitraje, en nuestro país, ha sido reconocido como una jurisdicción especial, regulado con tal, en la Constitución Política de 1993, a partir del Inc. 1 del artículo 139, de la manera siguiente:

Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia

Son principios y derechos de la función jurisdiccional.

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.

Como podemos advertir, en nuestro país, se considera que la naturaleza del arbitraje, es jurisdiccional, y no contractual, tal es así, que el Tribunal Constitucional, a partir de la sentencia recaída en el Exp. N.º 6167-2005-PHC/TC, en el fundamento 12, ha precisado lo siguiente:

El reconocimiento de la jurisdicción arbitral comporta la aplicación a los tribunales arbitrales de las normas constitucionales y, en particular, de las prescripciones del artículo 139 de la Constitución, relacionadas a los principios y derechos de la función jurisdiccional. Por ello, el Tribunal considera y reitera la protección de la jurisdicción arbitral, en el ámbito de sus competencias, por el principio de «no interferencia» referido en el inciso 2) del artículo constitucional antes citado, que prevé que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional, ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Los tribunales arbitrales, por consiguiente, dentro del ámbito de su competencia, se encuentran facultados para desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros —incluida autoridades administrativas y/o judiciales— destinada a avocarse a materias sometidas a arbitraje, en mérito a la existencia de un acuerdo arbitral y la decisión voluntaria de las partes.

En ese sentido, se tiene que el Tribunal Constitucional, la naturaleza jurídica del arbitraje es jurisdiccional, y no contractual, o ecléctica, como se ha tratado de explicar en doctrina, por varios autores. Siendo así, no nos vamos a detener a realizar este análisis, más aún, si el objetivo del presente trabajo, es determinar la obligatoriedad del arbitraje en las contrataciones del Estado, y no deternos a realizar el análisis de la naturaleza jurídica del arbitraje.

V. El arbitraje en las Contrataciones del Estado y su obligatoriedad en la ejecución contractual

Como lo hemos indicado, a pesar de la dinámica cambiante de la normativa de contrataciones del Estado, durante estos últimos más de veinte años, se ha conservado la inclusión del arbitraje, como mecanismos de solución de controversias en la ejecución de los contratos del Estado, de bienes, servicios y obras; y, por lo tanto, de haber gozado, hasta hoy en día, no sólo de respaldo legal, sino también constitucional.

Así pues, corroborando lo precisado, el tercer párrafo del artículo 63 de la Constitución Política del Perú, ha regulado lo siguiente:

Artículo 63:

(...)

El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley.

Ahora bien, como ya lo hemos mencionado precedentemente, en el TUO de la Ley de Contrataciones del Estado, específicamente en su artículo 45, numerales 45.1 y 45.3 se ha reconocido al arbitraje, como uno de los mecanismos de solución de controversias, al cual pueden recurrir las partes contratantes; sin embargo, lo que muchas veces genera incertidumbre en los contratantes del Estado, es conocer, si existe la obligatoriedad del arbitraje, de su inclusión, en los contratos de bienes, servicios y ejecución de obras, suscritos al amparo de la normativa de contrataciones del Estado, o es que, resulta ser voluntario, y las partes pueden omitir en el contrato, la inclusión del convenio arbitral que lo contenga, y por ejemplo, recurrir al poder judicial a solucionar sus controversias, dejando de lado la jurisdicción arbitral.

Desde mi perspectiva, coadyuvando a esclarecer esta incertidumbre, es que el arbitraje en la ejecución de los contratos, de bienes, servicios y obras, suscritos al amparo de la normativa aplicable al régimen general de las contrataciones del Estado, es que este es «obligatorio», claro está, como mecanismo de solución de controversias, incluido como tal, en los contratos suscritos al amparo de la ley de contrataciones del Estado, y su reglamento (aplicándose incluso, para los casos

de vicios ocultos, y excluyéndose a los supuestos que establece el artículo 45, numeral 45.4⁽²⁾ del TUO de la Ley de contrataciones del Estado).

Y ello, se puede explicar, a partir de la regulación de cláusulas exorbitantes, obligatorias, que deben incluirse en los contratos administrativos, suscritos al amparo de la normativa de contrataciones del Estado, incluida la denominada cláusula obligatoria de «solución de controversias» que lo hace distinto a un contrato privado.

Ahora bien, en la cláusula de solución de controversias, se debe regular, los mecanismos de solución de controversias que ha establecido la Ley de Contrataciones del Estado, y su Reglamento, incluido la indicación del arbitraje como uno de los mecanismos de solución de controversias. Es más, ello no es reciente, toda vez que el arbitraje, como medio de resolución de conflictos en los contratos del Estado, incluso, ha sido regulado como tal, a partir de la Ley N.º 26850, y a través de la cual, en su artículo 41, literal b⁽³⁾, reconoció su inclusión, dentro de la cláusula de solución de controversias, la misma que conforme a la primera ley de contrataciones del Estado, era obligatoria; y esta línea regulación, se ha mantenido, hasta hoy en día, regulándose en la actual Ley de Contrataciones del Estado y sus modificatorias, la inclusión, bajo responsabilidad, de la cláusula de solución de controversias.

-
- (2) 45.4 La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no puede ser sometida a conciliación, ni arbitraje ni a la Junta de Resolución de Disputas. Las pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o indebido, pago de indemnizaciones o cualquier otra que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de estas, por parte de la Entidad o de la Contraloría General de la República, según corresponda, no pueden ser sometidas a conciliación, arbitraje, ni a otros medios de solución de controversias establecidos en la presente norma o el reglamento, correspondiendo en su caso, ser conocidas por el Poder Judicial. Todo pacto en contrario es nulo.
- (3) Artículo 41.- Los contratos de obras, de adquisición de bienes o contratación de servicios incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a:
- (...)
- b) Cláusula de Solución de Controversias: Cuando en la ejecución o interpretación del contrato surja entre las partes una discrepancia, ésta será definida mediante el procedimiento de conciliación extrajudicial o arbitraje, según lo acuerden las partes.

Así pues, el TUO de la Ley de Contrataciones del Estado, a partir del artículo 32, numeral 32.3, establece:

Artículo 32. El contrato

(...)

32.3 Los contratos regulados por la presente norma incluyen necesariamente y bajo responsabilidad las cláusulas referidas a: a) Garantías, b) Anticorrupción, c) Solución de controversias (...).

En congruente con lo establecido en su Reglamento, que en su artículo 138, numeral 138.2 establece que:

138.2. El contrato incluye, bajo responsabilidad, cláusulas referidas a:

i) Garantías, ii) Anticorrupción, iii) Solución de controversias (...).

En ese sentido, se tiene que la cláusula de solución de controversias, en los contratos administrativos al amparo de la ley de contrataciones del Estado, es obligatorio, y por ende, la inclusión dentro de esta, del arbitraje, pues como ya lo hemos indicado precedentemente, la ley de contrataciones del Estado, a partir del artículo 45, numeral 45.1⁽⁴⁾ del TUO de la Ley de Contrataciones del Estado, ha determinado, que el arbitraje, conjuntamente como la conciliación, representan los mecanismos de solución de controversias en la ejecución contractual.

Asimismo, la obligatoriedad de su inclusión en los contratos del Estado, radica, en que las partes contratantes, no tienen la «opción» de recurrir a la jurisdicción ordinaria, y demandar ante un juzgado del poder judicial, la impartición de justicia, ante una controversia, derivada de la ejecución de un contrato, de bienes, servicios u obras, suscritos al amparo de la ley de contrataciones del Estado, claro está, salvo en aquellos supuestos excluidos de su aplicación (regulados en el numeral 45.4 del TUO de la Ley de Contrataciones del Estado); consecuentemente, si un proveedor del Estado, en la medida que haya decidido participar en algún procedimiento de selección convocado por una entidad del Estado, y que se encuentra bajo el listado de los alcances del artículo 3 del TUO de la Ley de Contrataciones del Estado, sabrá pues, que en caso sea beneficiado

(4) 45.1 Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven, mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes. En el reglamento se definen los supuestos para recurrir al arbitraje Ad hoc. Las controversias sobre la nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.

con la buena pro, y posteriormente, suscriba el contrato, derivado del referido procedimiento de selección, asumirá la obligatoriedad de someterse a las reglas contempladas en la normativa de contrataciones del Estado, y por ende, asumir la obligatoriedad de la inclusión en el contrato, de la cláusula de solución de controversias, la cual a su vez, contiene entre uno de los mecanismos de solución de controversias, al arbitraje.

Ahora bien, qué sucedería, si a pesar de regularse la inclusión del arbitraje, bajo responsabilidad (del funcionario público encargado, o del titular de la entidad convocante), no se le incluyó al arbitraje, por error administrativo, del funcionario responsable de la suscripción del contrato, como uno de los mecanismos de solución de controversias, en el contrato de bienes, servicios, u obras. La respuesta, la encontramos en el artículo 226, numeral 226.2, literal a), que establece lo siguiente:

Artículo 226. Convenio arbitral

226.2. En los siguientes supuestos, el arbitraje es iniciado ante cualquier institución arbitral:

a) Cuando no se ha incorporado un convenio arbitral expreso en el contrato.

Es decir, ante la no inclusión de convenio arbitral en el contrato administrativo de bienes, servicios u obras, se entenderá, que la parte interesada, debe recurrir a una institución arbitral, esto es, deberá recurrir al arbitral institucional, administrado por una institución arbitral; y por ende, descartando, aún sin existir un convenio arbitral, en la cláusula de solución de controversias, que alguna de las partes, pueda recurrir ante los juzgados de la jurisdicción ordinaria.

Castillo Freyre y Rita Sabroso (2011), respecto de la incorporación de pleno derecho del convenio arbitral, argumentan los siguiente:

A nuestro entender, el considerar incorporado de pleno derecho dicho convenio arbitral permitirá garantizar la plena vigencia del arbitraje en las contrataciones con el Estado, aunque las partes no lo hubieran pactado formalmente en el contrato. Es decir, nos encontramos ante una cláusula arbitral que podríamos denominar como residual. (p. 149)

En ese sentido, debe entenderse, que la inclusión de pleno derecho del convenio arbitral, representa pues, la vigencia, pero también, la obligatoriedad del arbitraje, en las contrataciones del Estado, al amparo de la ley de contrataciones del Estado, y su reglamento.

VI. Conclusiones:

- El arbitraje en los contratos administrativos, suscritos por el Estado, bajo el amparo de la Ley de Contrataciones del Estado, y su Reglamento, es obligatorio.
- Aún ante la omisión de la inclusión del convenio arbitral, en los contratos administrativos, suscritos por el Estado, bajo el amparo de la Ley de Contrataciones del Estado, y su reglamento, el convenio arbitral, se entiende por incorporado, de pleno derecho, y la parte interesada, que quiera someter las controversias a arbitraje, derivadas de la ejecución contractual, deberá recurrir, al arbitraje de tipo institucional, y no ad hoc.
- La cláusula de solución de controversias, es obligatoria, e incluso, así lo reguló, la primera Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Ley 26850.

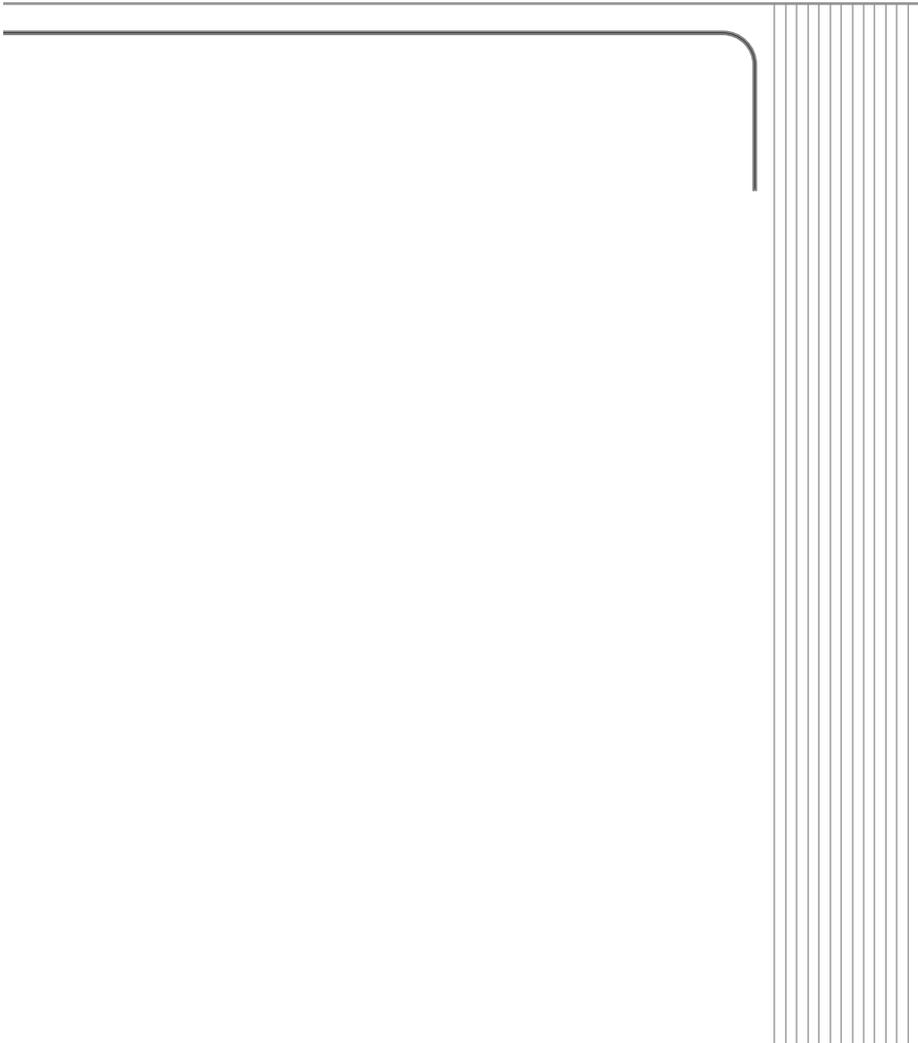
VII. Lista de referencias

- QUIROGA LEÓN, A. (2017). *La naturaleza procesal del arbitraje*. Lima: CARC PUCP. Bioblioteca de Arbitraje.
- NAVAS RONDÓN, C. (2017). *El Arbitraje en las contrataciones del Estado*. Lima: Editora y Distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L
- CASTILLO FREYRE, M., & Sabroso Minaya, R., (2011). *El Arbitraje del Estado Peruano*. Lima: Revista Ius et Veritas.

Normas legales citadas:

- Constitución Política del Perú. 1993. Consulta 01 de agosto del 2021.
<http://www.pcm.gob.pe/wp-content/uploads/2013/09/Constitucion-Pol%C3%ADtica-del-Peru-1993.pdf>
- Ley 30225. Ley de contrataciones del Estado. 2014. Consulta 01 de agosto del 2021.
<https://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/ley/Ley%2030225%20Ley%20de%20contrataciones-julio2014.pdf>
- Ley 26850. Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Consulta 01 de agosto del 2021.
[https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/FEE39C48546B8E0505257D0800540662/\\$FILE/Ley_26850_Contrataci%C3%B3n_y_Adquisiciones_del_Estado.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/FEE39C48546B8E0505257D0800540662/$FILE/Ley_26850_Contrataci%C3%B3n_y_Adquisiciones_del_Estado.pdf)

Argumentación jurídica y filosofía



Relevancia de la interpretación jurídica en la labor jurisdiccional

Relevance of legal interpretation in judicial work

Castillo Montoya, Nixon Javier(*)

SUMARIO. I. Introducción. II. La tarea interpretativa desde la concepción constitucional. III. Trascendencia de la interpretación en la labor jurisdiccional. IV. La interpretación jurídica a partir de los tratados de derechos humanos. V. Conclusiones. VI. Lista de Referencias.

Resumen: En el presente trabajo se aborda la importancia que representa la interpretación en la labor jurisdiccional, para lo cual se requiere que el operador jurídico no solo distinga con claridad la naturaleza y funcionamiento de las distintas categorías normativas conformantes del Ordenamiento Jurídico, sino que necesita conocer el fundamento de las teorías de la interpretación, además de diferenciar los métodos de interpretación de la Constitución respecto de los utilizados para el resto de las normas infraconstitucionales.

Palabras clave: Interpretación, labor jurisdiccional, teorías de la interpretación, métodos de interpretación.

(*) Docente Ordinario de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNC. Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Cajamarca, Juez superior titular de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca

Abstract: *This paper addresses the importance of interpretation in the judicial work, for which it is required that the legal operator not only clearly distinguishes the nature and functioning of the different normative categories that make up the Legal System, but also needs to know the basis of the theories of interpretation, in addition to differentiating the methods of interpretation of the Constitution from those used for the rest of the norm as infraconstitutional.*

Key words: *Interpretation, jurisdictional work, theories of interpretation, methods of interpretation.*

I. Introducción

La vigencia efectiva del Estado Constitucional de Derecho no solo implica el reconocimiento de la existencia de una Constitución Política como Norma Suprema en el sistema de fuentes⁽¹⁾; sino, básicamente en la comprensión y materialización de los presupuestos que lo caracterizan como paradigma jurídico⁽²⁾, lo cual conlleva a asumir pacíficamente la existencia de 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» (Ferrajoli, 2006, p. 28); y —en general están— vinculas con el cumplimiento de las distintas categorías normativas (normas-regla, normas-principio, directrices programáticas y valores) que prevé la propia Carta Magna.

Desde la perspectiva de las garantías positivas⁽³⁾, se tiene al artículo 138 de la Constitución vigente, el cual señala 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

(1) El Tribunal Constitucional peruano, en la sentencia emitida en el Exp. 0047-2004-AI/TC, ha señalado que «La Constitución es la norma jurídica suprema del Estado, tanto desde un punto de vista objetivo-estructural (artículo 51°), como desde el subjetivo-institucional (artículos 38° y 45°).

(2) Según Ricardo GUASTINI, éstos 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).

(3) El artículo 38 de la Constitución señala que: «Todos los peruanos tienen el deber de (...) de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación».

jueces en sus distintas categorías, resolver los conflictos jurídicamente relevantes, mediante un mecanismo institucionalizado llamado Proceso Judicial, todo ello en el marco de una serie de garantías procesales previstas en el artículo 139 de la misma Constitución. En tal sentido, el Tribunal Constitucional, en la sentencia emitida en el expediente N.º 04811-2009-PA/TC, ha indicado 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» (F.J. 4); de lo cual se deriva que el Juez está sometido, de manera absoluta, tanto a la Constitución como al Bloque de Convencionalidad; y, de manera relativa, a las normas legales, dado que —incluso— podría inaplicarlas en caso de incompatibilidad interpretativa constitucional⁽⁴⁾; y ello es así, por cuanto, según Jiménez Cano (2008), los jueces «están subordinados al respeto de los valores y derechos que se presentan como contenidos básicos del ordenamiento jurídico» (p. 102), a partir de cuya interpretación deben adoptar decisiones no solo arregladas a Derecho, sino —sobre todo— justas, porque es la justicia el valor que le interesa al justiciable y a la comunidad jurídicamente organizada; de ahí la importancia de la teoría y práctica interpretativa que le corresponde realizar al Tribunal Constitucional, pero también a los jueces del Poder Judicial; pues, en la sentencia emitida en el Exp. N.º 03191-2011-PA/TC, el máximo intérprete de la Constitución ha precisado que «El primer nivel de protección de los derechos fundamentales, le corresponde a los jueces del Poder Judicial a través de procesos judiciales ordinarios»⁽⁵⁾, motivo por el cual resulta importante que el juzgador no solo conozca los cuestiones fácticas del caso y determine la norma relevante y pertinente para dar una respuesta jurídica adecuada, sino que debe asumir una postura coherente con las teorías de la interpretación, así como el manejo lógico de los métodos de interpretación aplicables a la Constitución y a las demás categorías normativas conformantes del Ordenamiento Jurídico.

(4) Es necesario indicar que 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.

(5) Asimismo, el Tribunal Constitucional ha señalado que «en un Estado Constitucional los jueces y juezas no solo se sujetan a la ley, sino que, primordialmente, se encuentran encargados de defender y concretizar el parámetro constitucional, desde sus diversas especialidades y conforme a lo que les corresponda en cada caso concreto» (VOTO SINGULAR DE LOS MAGISTRADOS MIRANDA CANALES, LEDESMA NARVÁEZ Y ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, emitido en le Exp. N.º 02534-2019-PHC/TC, caso Keiko Fujimori. F.j. 12).

II. La tarea interpretativa desde la concepción constitucional

Según Atienza, cuando se habla de Estado Constitucional de Derecho no solo debe entenderse la existencia de una Constitución vigente, la cual establece un principio dinámico de la división del poder político; sino, la existencia y reconocimiento de derechos fundamentales que limitan o condicionan —en cuanto a su contenido— la producción, la interpretación y la aplicación del Derecho. Por lo que siendo así, es tarea primordial del intérprete —y en especial del aplicador del Derecho— conocer la naturaleza y la estructura de los derechos fundamentales⁽⁶⁾, a efecto de poder identificar con singular grado de precisión su contenido constitucionalmente protegido y resolver de manera correcta los casos concretos, ya sea en situaciones en las que se presente alguna colisión entre valores de relevancia constitucional o en circunstancias en las que dichas categorías requieran ser aplicadas de manera directa, bajo el mecanismo de la prevalencia normativa⁽⁷⁾; pero —claro está— luego de efectuar una rigurosa y necesaria tarea interpretativa, pues es sabido que «los principios van a tener un carácter de abstracción y generalidad muy acusado. De este modo, la definición de su contenido no resultará nunca unívoco» (Bustos, 2005, p. 41); y tal característica se debe a que, según lo indica Pino (2009) «Las constituciones contemporáneas declaran, en efecto, muchos y heterogéneos derechos fundamentales (...), expresados en términos bastante amplios e indeterminados que hacen necesario operaciones de especificación y concretización» (p. 649), cuya actividad le corresponde al Juez del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional⁽⁸⁾.

(6) Al respecto, puede verse la sentencia del Tribunal Constitucional peruano emitida en el Exp. 1417-2005-AA/TC, en la cual se ha indicado que, en relación a la estructura de los derechos fundamentales «Cabe distinguir entre las disposiciones de derecho fundamental, las normas de derecho fundamental y las posiciones de derecho fundamental. Las disposiciones de derecho fundamental son los enunciados lingüísticos de la Constitución que reconocen los derechos fundamentales de la persona. Las normas de derecho fundamental son los sentidos interpretativos atribuibles a esas disposiciones. Mientras que las posiciones de derecho fundamental, 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» (f.j. 24)

(7) Cuando se trate de un conflicto entre una norma-regla o sus razones subyacentes y un principio, por ejemplo.

(8) Sin que ello signifique negar tal potestad a otros operadores jurídicos, como los miembros del Ministerio Público o a Tribunales administrativos, entre otros.

Ahora bien, según Robert Alexy (2009), «Hay dos diversas teorías básicas de los derechos fundamentales: una estrecha y rigurosa, y otra amplia y comprensiva; la primera es denominada ‘teoría de las reglas’, la segunda ‘teoría de los principios’» (p. 3). Cabe señalar que esta referencia es importante, debido a que las distintas categorías normativa que integran el Ordenamiento Jurídico no solo poseen estructura conformativa y naturaleza distinta⁽⁹⁾, sino que se requiere de mecanismos diferenciados en su aplicación, además del uso de métodos de interpretación particulares que todo juzgador debe asumir conscientemente, dado que —para el caso de la teoría de los derechos fundamentales— es necesario, por ejemplo, conocer la distinción entre el supuesto de hecho y el ámbito de su protección: pues,

«El supuesto de hecho del derecho fundamental determina los límites del derecho y define su contenido; el ámbito de su protección regula las restricciones a su ejercicio dentro del supuesto de hecho del derecho fundamental. El supuesto de hecho de la protección del derecho fundamental define las justificaciones de la restricción del derecho que tiene lugar través de medidas infraconstitucionales, es decir, leyes y decisiones judiciales (Barak, 2017, p. 43).

Lo que implica que, no solo el Legislador está habilitado a establecer determinadas restricciones al momento de delimitar el contenido esencial de un derecho fundamental, sino que la práctica interpretativa que realiza el Juez también tiene dicho propósito, razón por la cual debe saber distinguir dichos componentes.

Por su parte Prieto Sanchís (2010) precisa que los rasgos singulares del Estado Constitucional de Derecho son: i) El reconocimiento de la incuestiona-

(9) Es de señalar que las normas-reglas se aplican por subsunción y, en casos de conflictos (antinomias) se recurre a los clásicos criterios de resolución de conflictos normativos o denominados también metarreglas (criterio de jerarquía, criterio de especialidad y criterio cronológico; agregándose en algunos casos los criterios de competencia y de prevalencia normativa); en tanto que, para determinar —vía interpretación— la(s) norma(s) contenida(s) en la respectiva disposición normativa se hace uso de los clásicos métodos de interpretación; mientras que al presentarse colisiones entre normas-principio (derechos fundamentales), se recurre a la ponderación (siguiendo su estructura: sub principio de idoneidad o adecuación; sub principio de necesidad y sub principio de proporcionalidad propiamente dicho), siendo relevante también reconocer la existencia de auténticos y exclusivos principios interpretativos de la Constitución, dada la insuficiencia de los existentes para las demás normas infraconstitucionales.

ble fuerza normativa de la Constitución; ii) La rematerialización constitucional; iii) Rigidez constitucional; y iv) La garantía judicial y la aplicación directa de la Constitución. En relación a esta última, el autor citado indica que:

los derechos fundamentales y las demás cláusulas materiales no se presentan sólo como condiciones de validez de las leyes, sino como normas con vocación de regular cualquier aspecto de la vida social (...) No es necesario añadir el protagonismo que con todo ello cobran los jueces, que de mudos ejecutores de la ley se han convertido en instancias críticas de la voluntad legislativa a partir de una interpretación constitucional que (...) tiene mucho que ver con el razonamiento moral». (Prieto, 2010, p. 461)

De todo ello, se destaca el rol preponderante del Juzgador en un Estado Constitucional de Derecho, dado que la «interpretación orientada a los valores asigna casi naturalmente un rol fundamental a la jurisdicción, y no solo a aquella constitucional» (Pozzolo, 2015, p. 367).

Por su parte, María Barranco (2012) nos precisa que:

esa forma de organización que llamamos Estado Constitucional es diferente al Estado de Derecho y lo es porque implica que la validez de las normas y actos jurídicos depende de su adecuación a las normas de derechos fundamentales, cuyo sentido último, en caso de controversia, es determinado por un órgano de características jurisdiccionales. (p. 13)

Y ello es así, por cuanto el Poder Constituyente le ha asignado al Juez la tarea no solo de garantizar la supremacía de la Constitución y la defensa efectiva de los derechos fundamentales, sino de resolver necesariamente los casos concretos sometidos a su conocimiento, sean éstos regulados o no, para lo cual tendrá que recurrir al sistema de fuentes, privilegiando las normas constitucionales y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos que forma parte del Derecho Interno; pues, no debe perderse de vista que la Constitución no solo es una norma jurídica directamente aplicable, sino que constituye el parámetro de validez de todas las demás normas del Ordenamiento Jurídico, motivo por el cual «conviene subrayar la importancia que para la justicia constitucional tiene (...) la incorporación de principios, derechos y directivas a un texto que se quiere con plena fuerza normativa» (Prieto, 2001, p. 201); pero que —a la vez— resulta interpretable para su aplicación.

Cabe resaltar que la actividad interpretativa en muchas ocasiones puede constituir un proceso complejo, lo cual dependerá de las categorías normativas que sean objeto de interpretación: ya sean normas-reglas, normas-principios

(derechos fundamentales en la concepción de Alexy⁽¹⁰⁾), directrices o normas programáticas, principios y valores constitucionales, pero que precisan de dicha actividad, dado que «la aplicación de las disposiciones, en mayor o menor medida, requiere siempre del previo esclarecimiento del sentido que trae consigo los enunciados lingüísticos en los que consisten, es decir, requiere siempre de interpretación. Esta realidad se manifiesta especialmente cuando se trata de interpretar (...) los derechos fundamentales» (Castillo, 2012, p. 3); sobre todo cuando la lógica del constitucionalismo y de las exigencias limitativas del poder que le son consustanciales, impone al juez la obligación de poner un especial empeño a la hora de motivar su decisión, a la hora de explicar cuáles son las razones que ha tenido en cuenta en su razonamiento intelectual y que le han llevado a adoptar una concreta y determinada decisión, en contra de otras posibilidades (Ruiz, 2012, p. 164).

Esta exigencia de tener especial cuidado en la interpretación constitucional radica en el hecho de que, según Giorgio Pino (2013) «las disposiciones constitucionales que proclaman derechos fundamentales generalmente son formuladas en términos: a) extremadamente genéricos, b) valorativos, axiológica y emotivamente connotados» (p. 163). Por lo tanto, atendiendo a dicha naturaleza jurídica y axiológica, se advierte una especial dificultad en poder realizar adecuadamente la asignación precisa de contenido a un derecho fundamental, sobre todo cuando se encuentra en pleno desarrollo; pues, según Pozzolo (2015), «La perspectiva neoconstitucionalista si bien, por un lado, promueve la aplicación directa de la Constitución, por el otro, se preocupa por la creciente multiplicación de sus significados concretizados» (p. 393), a cuya labor contribuye la jurisprudencia constitucional, en especial la del Tribunal Constitucional, cuya postura se enriquece de otras fuentes externas como la doctrina, los criterios o estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁽¹¹⁾, la labor

(10) Según Alexy, a diferencia de las reglas, las que constituyen mandatos definitivos; los principios «son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas; por tanto, son mandatos de optimización» (ALEXY, Robert. La construcción de los derechos fundamentales; en Principios y Proporcionalidad revisitados. DE FAZIO, Federico (coord.). Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. México. 2021. P. 20). También: Alexy, Robert (1993) Teoría de los derechos fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid. P. 86.

(11) Criterios que resultan vinculantes no solo en aplicación de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, sino porque ostentan el carácter de «cosa interpretada» que se le atribuye a dichos estándares interpretativos.

desplegada por otros tribunales constitucionales o de Derechos Humanos del Sistema Universal y Regional.

Wilfred J. Waluchow (2009) aclara que

aunque las teorías de la interpretación constitucional son muchas y variadas, y no pueden ser separadas de las concepciones sobre la naturaleza y autoridad de las constituciones, todas parecen, en un modo u otro, adscribir importancia a un número de selectos factores relevantes. Estos son: el significado, la intención, el precedente y la teoría (...) las cuestiones relativas a cómo las Constituciones deben ser interpretadas no pueden desgajarse enteramente de las cuestiones que tiene que ver con su naturaleza y autoridad» (pp. 109-110).

En este contexto, Victoria Iturralde (2013) precisa que interpretar es una operación constructiva que consiste en atribuir un sentido o un propósito al objeto mismo, de tal forma que pueda ser ofrecido desde su mejor luz, es decir ordenado o reconstruido para que exhiba el mejor perfil posible. Asimismo, indica que, el juez o el intérprete deben realizar varias lecturas del texto y elegir aquélla que permita ofrecer la mejor imagen posible del ordenamiento jurídico como un todo; aclarando que la interpretación tiene dos dimensiones: *a)* la de consistencia, esto es la concordancia o adecuación a las prácticas del pasado y, *b)* la de justificación, en la que el intérprete profundiza en los principios de justicia más arraigados que fundamentan e informan el contenido del derecho. En este punto creemos necesario precisar que esta situación descrita nos lleva —incluso— a la necesidad de efectuar interpretaciones de carácter evolutivo, esto es, sustituir la concepción que pueda resultar anacrónica en relación a la realidad actual, a efecto de habilitar su adecuada aplicación a casos concretos que se presentan en la práctica judicial y en cuya circunstancia el juez se encuentra obligado a dar una solución jurisdiccional por mandato del artículo 138 y numeral 8) del artículo 139 de la Constitución vigente.

Por su parte Lifante Vidal (2008) precisa que «Hay dos modos de entender y por tanto abordar las relaciones entre el binomio interpretación/constitución. Una tiene que ver con cómo interpretar la Constitución, es decir, las especificidades de la llamada interpretación constitucional frente a otro tipo de interpretaciones en el Derecho; mientras que la otra se relaciona con la cuestión de cómo interpretar el Derecho en un Estado constitucional» (p. 258). En tanto que Atienza (1997) señala que:

la interpretación constitucional marca los límites de posibilidad de interpretación de todas las otras normas, establece para todos los niveles del orden jurídico la obligación de interpretar de acuerdo (o en conformidad) con la Constitución. La otra razón deriva de la peculiaridad que tiene las constituciones —en relación con otros materiales jurídicos— en el sentido de que aquí predominan enunciados de principio o enunciados valorativos, cuya interpretación presenta una mayor complejidad —da lugar a mayores disputas— que la de las normas —entendida la expresión en su más amplio sentido— del resto del ordenamiento jurídico (p. 245).

Cabe anotar que, ante la insuficiencia de los métodos tradicionales de interpretación de la Ley (literal, sistemático, teleológico, social, tópico, etc.), cuando se trata de interpretar la Constitución resulta necesario recurrir a otros criterios que sustituyan dicha función; en tal sentido,

los principios de unidad, concordancia práctica, función integradora, corrección funcional, fuerza normativa, *pro homine*, entre otros, se convierten en los instrumentos que permiten armonizar el sentido y alcance de las disposiciones constitucionales sin renunciar a su verdadero significado e impedir los ‘contrabandos ideológicos’ que no responden a la clásica teoría constitucional (Hakansson-Nieto, 2009, p. 56).

Por lo tanto, no es desconocido que, para realizar la actividad interpretativa y su correspondiente aplicación, las teorías, técnicas y métodos clásicos de la interpretación de la Ley, no resultan aplicables a la hora de interpretar la Constitución, dado que ya no se trata de un procedimiento de simple subsunción, sino de procesos complejos de ponderación, en donde —siguiendo a Ricardo Guastinni— los principios están estructuralmente indeterminados: pueden ser derrotables (*defeasible*) —es decir, las excepciones no se encuentran establecidas exhaustivamente— o bien pueden ser genéricos-normas que exigen ser concretizadas y/o normas que deben ser precisadas dado que son aplicables de diversas maneras.

Es evidente que el problema de la interpretación se complejiza en la medida en que, según Atienza (2014) «el Derecho no puede reducirse ni a principios ni a reglas. El concepto de derechos fundamentales implica, en un nivel normativo, tanto reglas como principios, pero además hay otro nivel, el valorativo, necesario para dar cuenta de manera satisfactoria de la noción de derechos fundamentales» (p. 22); esto implica que, «los derechos tienen una dimensión normativa (...) pero también poseen una dimensión axiológica o valorativa, sin la cual la noción de derecho fundamental resulta incomprensible» (Atienza, 2011, p. 76).

Esto nos lleva también a la necesidad de comprender la concepción de la Constitución material, sobre la cual Prieto Sanchís (2004) ha señalado que «significa aquí que presenta un denso contenido sustantivo formado por normas de diferente denominación (valores, principios, derechos o directrices) pero de un idéntico sentido (...) su protección o efectividad se encomienda a los jueces» (p. 48); motivo por el cual merece especial atención las concepciones teóricas que pueda asumir válidamente el juez a la hora de determinar el contenido de la categoría normativa que resulta pertinente aplicar al momento de ejercer la función jurisdiccional; pues, la decisión que adopte mucho dependerá si asume la teoría cognoscitivista, escéptica, eclética o la teoría constructivista al momento de realizar el proceso interpretativo, haciendo uso —luego, claro está— de los distintos métodos habilitados para realizar dicha actividad y poder dar así una respuesta apropiada y debidamente motivada, la cual no solo puede ser sometida a un control endoprosesal, sino también desde el punto de vista externo conforme así lo prevé el artículo 139, numeral 20) de la Constitución.

III. Trascendencia de la interpretación en la labor jurisdiccional

EL Tribunal Constitucional, en la sentencia emitida en el expediente 0047-2004-AI/TC, ha señalado que la Constitución «...es interpretable, pero no de cualquier modo, sino asegurando su proyección y concretización, de manera tal que los derechos fundamentales por ella reconocidos sean verdaderas manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana» (F.J. 9). Esto implica que la actividad jurisdiccional siempre estará orientada a la concretización de los valores relevantes y vinculados con la dignidad de la persona, la cual es el fin supremo de la sociedad y del Estado, en cuyo contexto, las instituciones estatales se convierten en instrumentos de garantía de dicho fin; pues, «La Persona es una realidad a partir de la cual debe formularse e interpretarse el Derecho» (Castillo, 202, p. 5) por parte de los operadores jurídicos, desde el punto de vista interno o del participante; así como por quienes actúan desde un enfoque externo del Derecho, como es el caso de planteamiento esbozados en los libros de autoridad, los cuales constituyen el resultado del trabajo doctrinal y filosófico del Derecho.

Es evidente que al momento en que el juez resuelva un conflicto de intereses o elimine una incertidumbre jurídica, tiene el deber constitucional de justificar su decisión, no solo desde el ámbito interno (el correcto uso de las premisas normativas y fácticas); sino también, desde la justificación externa (control de la adecuación o solidez de las premisas). No obstante ello, debe reconocerse que

en el caso de las premisas normativas pueden presentarse problemas no solo de relevancia normativa, sino de interpretación; pues, como ha indicado Moreso y Vilajosana (2004), «no existe aplicación sin interpretación, aunque pueda darse perfectamente el caso de que exista interpretaciones sin aplicación» (p. 176); de lo cual se deriva que cualquier persona podría efectuar interpretaciones normativas, pero solo el juez está habilitado para aplicar el Derecho a los casos que son sometidos a su competencia.

Por lo tanto, el Juez no solo debe conocer los presupuestos bajo los cuales se materializa el Estado Constitucional de Derecho, sino que requiere diferenciar las distintas categorías normativas que componen a la Constitución material y el resto del Ordenamiento Jurídico, así como las teorías⁽¹²⁾ y los métodos adecuados para su interpretación, todo ello con la finalidad de poder cumplir cabalmente su función de administrar justicia, teniendo especial cuidado cuando la disposición normativa objeto de interpretación no solo cuenta con un único sentido o norma; pues, según Guastini (2018) «cuando un texto exprese potencialmente una pluralidad de significados, constituye interpretación la actividad consistente en destacarlos todos, en registrarlos ‘imparcialmente’. Por el contrario, no constituye interpretación, sino decisión y volición, la elección de un significado en lugar de otros» (p. 37); en consecuencia, resulta necesario que el intérprete preste atención, sobre todo cuando se presentan situaciones de indeterminación⁽¹³⁾ lingüística de las disposiciones normativas, lo cual genera problemas de ambigüedad (semántica, sintáctica y pragmática) y de vaguedad (vinculada a los conceptos jurídicos) que el juzgador debe asumir como un problema natural en la construcción del Derecho, pero que necesita dar una salida lo más razonable posible a las circunstancias del caso concreto, considerando —asimismo— las consecuencias de sus decisiones en el ámbito social o colectivo, dado que —bajo el principio de la Función Pacificadora de la Jurisprudencia—, obliga a «...comprender que nunca la pretendida corrección técnico-jurídica de una sentencia es capaz de legitimarla constitucionalmente, si de ella deriva la inseguridad y el caos social. De allí que sea deber, y no mera facultad del Tribunal Constitucional, ponderar las consecuencias de sus resoluciones, de modo tal que, sin perjuicio de aplicar la técnica y la metodología interpretativa que

(12) Ello dependiendo de la concepción que adopte. Al respecto, puede verse Isabel Lifante Vidal: *Argumentación e Interpretación Jurídica. Escepticismo, intencionalismo y constructivismo*. Tirant lo Blanch. 2018. Valencia – España.

(13) Puede verse: RÓDENAS, Ángeles. *Los intersticios del Derecho. Indeterminación, validez y positivismo jurídico*. Marcial Pons. 2012. Madrid. Pp. 21 a 33.

resulte conveniente a la tesis planteada, logre verdaderamente pacificar la relación entre las partes, y contribuir a la certidumbre jurídico-constitucional de la sociedad toda» (STC emitida en el Exp. 0005-2005-CC/TC. F.j. 59), exigencia que también los jueces del Poder Judicial deben tener en cuenta.

IV. La interpretación jurídica a partir de los tratados de derechos humanos

Es preciso recordar, siguiendo a Nogueira Alcalá (2003) que una verdadera revolución en la concepción de los derechos ocurrió al término de la Segunda Guerra Mundial, donde se constató la violación sistemática de los derechos de las personas por parte del poder estatal, surgiendo así la internacionalización de los Derechos Humanos y su protección, positivándose como límites a la soberanía y al poder estatal en declaraciones y convenciones o tratados, dotados de eficacia jurídica y de un sistema de garantías normativas y jurisdiccionales en desarrollo.

Martínez Bullé (2015) señala que:

de forma automática el derecho internacional de los derechos humanos no sólo se integra al texto constitucional, sino que se convierte en criterio de interpretación de las normas de todo el sistema comenzando por las propias normas constitucionales, que habrán de interpretarse de manera concordante con los tratados y consecuente también con las interpretaciones emitidas por los órganos internacionales legitimados para ello, como es el caso de la Corte Interamericana respecto del conjunto de instrumentos internacionales del sistema (p. 54).

Esto, sin duda, nos lleva a reconocer a los tratados de Derecho Humanos en la categoría más alta del sistema jurídico nacional, por lo tanto, directamente aplicables, lo que determina la ampliación no solo del Bloque de Constitucionalidad en el ámbito operativo interno, sino que el Juez tiene a su disposición el Bloque de Convencionalidad, a partir del cual debe justificar una decisión emitida en casos concretos. En esta tarea debe tener especial interés en los criterios interpretativos establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; pues, no debemos olvidar que la Cuarta Disposición Final de la Constitución peruana precisa que «Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú». Por lo tanto, dichos los estándares

interpretativos resultan vinculantes para los operadores jurídicos, dada la condición de «cosa interpretada» que los mismos ostentan, con lo cual se busca garantizar no solo que las decisiones sean conformes con el Ordenamiento Jurídico nacional, sino que el juez se convierte en uno con vocación convencional, teniendo siempre presente que «si al interpretar un dispositivo normativo es posible concluir dos o más interpretaciones, se ha de decantar por aquella que más y mejor favorezca o promueva la plena vigencia de los derechos humanos o fundamentales» (Castillo, 2020, p. 125).

IV. Conclusiones

1. La labor interpretativa constituye una necesaria y valiosa herramienta de aplicación del Derecho, motivo por el cual se requiere no solo del dominio de las teorías y métodos propios de interpretación de la Constitución y del resto del Ordenamiento Jurídico; sino, también de la distinción clara de sus categorías normativas, a fin de que la labor de administrar justicia sea coherente con los tratados de Derechos Humanos y conforme a la jurisprudencia de la CIDH, cuyos estándares interpretativos tienen la condición de «cosa interpretada» y son vinculantes para todos los operadores jurídicos internos.
2. Toda interpretación constitucional debe tener como referencia a la persona humana y su dignidad, así como la optimización de sus derechos fundamentales, a través de las garantías constitucionales diseñadas para tal fin; además de asegurar la supremacía de la Constitución no solo desde el punto de vista objetivo, sino también subjetivo.

V. Lista de Referencias

- ALEXY, Robert. (2009). *Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*. En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional núm. 11.
- (2021) *La construcción de los derechos fundamentales*. En: Principios y Proporcionalidad revisitados. UNAN: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel. (1997). *Los Límites de la Interpretación Constitucional. De Nuevo sobre los casos trágicos*. En: *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*. Número 1.
- (2014). *Ni positivismo ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista*. Observatorio Da Jurisdicao Constitucional. Año 7, N.º 2.

- (2011). *Dos versiones del Constitucionalismo*. En: Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho.
- BARACK, Aharon. (2017). *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*. Lima: Palestra Editores.
- BARRANCO AVILÉS, M^a Del Carmen. (2012). *Constitución, Derechos Humanos y Filosofía del Derecho: una teoría de la justicia para el constitucionalismo contemporáneo*. En: Anuario de Filosofía del Derecho (AFD) 2012 (XXVIII).
- BUSTOS GISBERT, Rafael. (2005). *La Constitución red: un estudio sobre supraestatalidad y Constitución*. Bilbao - España: Instituto Vasco De Administración Pública.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis. (2020). *Derechos Fundamentales y Procesos Constitucionales. Teoría General de los Derechos Fundamentales*. Lima: Edit. Zela.
- (2012). *La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del derecho*. Piura-Perú: Universidad de Piura.
- DE FAZIO, Federico (coord.). (2021). Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. México. UNAM.
- FERRAJOLI, Luigi. (2006). *Las Garantías Constitucionales de los Derechos Fundamentales*. EN: DOXA. CUADERNOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO 29.
- GUASTINI, Riccardo. (2018). *La interpretación de los documentos normativos*. México: Derecho Global
- (2016). *Lecciones de Derecho Constitucional*. Lima: Ediciones Legales.
- HAKANSSON-NIETO, Carlos. (2009). *Los principios de interpretación y precedentes vinculantes en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. Una aproximación*. En: Dikaion, Año 23 - Núm.
- ITURRALDE SESMA, Victoria. (2013). *El Derecho como sistema: análisis de tres perspectivas*. En: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 36.
- JIMÉNEZ CANO, Roberto. (2008). *Una Metateoría del Positivismo Jurídico*. Madrid: Marcial Pons.
- LIFANTE VIDAL, Isabel. (2008). *La interpretación jurídica y el paradigma Constitucionalista*. En: Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho N.º 24.
- (2018). *Argumentación e Interpretación Jurídica. Escepticismo, intencionalismo y constructivismo*. Valencia-España: Tirant lo Blanch.

- MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, Víctor. (2015). *Los Derechos Humanos como Ius Commune en la interpretación constitucional*. En: Revista URBE et IUS, Buenos Aires, Número 14.
- MORESO, José Juan y Josep María VILAJOSANA. (2004). *Introducción a la Teoría del Derecho*. Madrid: Marcial Pons
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. (2003). *Teoría y Dogmática de los Derechos Fundamentales*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica, Núm. 156. UNAM. México.
- PINO, Giorgio. (2013). *Derechos fundamentales, conflictos y ponderación*. Lima: Palestra Editores
- (2009). *Conflictos entre derechos fundamentales. Una crítica a Luigi Ferrajoli*. En: DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho, 32.
- POZZOLO, Susanna. (2015). *Apuntes sobre Neoconstitucionalismo*. Libro electrónico en: <http://biblio.juridicas.unam.mx>
- PRIETO SANCHÍS, Luis. (2010). *Neoconstitucionalismo (un catálogo de problemas y argumentos)*. En: Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 44.
- (2004). *El constitucionalismo de los derechos*. En: *Revista Española de Derecho Constitucional* Año 24. Núm. 71.
- RUIZ RUIZ, Ramón. (2012). *La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del derecho*. En: Derecho y Realidad Núm. 20.
- WALUCHOW, Wilfrid J. (2009). *Una Teoría del Control Judicial de Constitucionalidad basada en el common law. Un árbol vivo*. Madrid: Marcial Pons.
- RÓDENAS, Ángeles. (2012). *Los intersticios del Derecho. Indeterminación, validez y positivismo jurídico*. Madrid: Marcial Pons.

Aproximaciones a la incompletitud e incoherencia del Sistema jurídico. un problema de prescripciones y discrecionalidad analizados desde el ordenamiento jurídico peruano

Approaches to the incompleteness and incoherence of the legal system. A problem of prescriptions and discretion analyzed from the peruvian legal system

URBINA QUIÑONES, Milton César(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Problemática del Derecho como sistema normativo. 2.1. La laguna normativa y el ideal de completitud en el derecho. 2.2. La antinomia y el ideal de coherencia en el derecho. III. La decisión judicial y el ámbito de discrecionalidad. 3.1. Las soluciones normativas frente a la antinomia. 3.2. Las soluciones normativas frente a la laguna normativa. 3.3. Las zonas de discrecionalidad judicial. IV. Conclusiones. V. Lista de referencias.

(*) Abogado egresado de la Universidad Nacional de Cajamarca. Maestro en ciencias con mención en Derecho Constitucional y DD.HH. por la Universidad Nacional de Cajamarca. Aspirante al Título de Segunda Especialidad en Argumentación Jurídica por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Docente invitado de la Universidad Nacional de Cajamarca. Socio del Estudio Jurídico Centro de Defensa de Derechos Fundamentales. Contacto: curbinaq@unc.edu.pe.

Resumen: El autor explora la problemática sobre la incompletitud e incoherencia del sistema jurídico a partir de los planteamientos de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, sosteniendo la tesis de que los métodos de solución para afrontar estos problemas deben obtenerse desde las propias prescripciones del ordenamiento jurídico vigente y que, en su ausencia, el operador jurídico cuenta con un marco de discrecionalidad para su decisión.

Para ilustrar su propuesta, el autor expone sistemáticamente las soluciones que aporta el ordenamiento jurídico peruano.

Palabras Clave: Sistema jurídico / incompletitud / incoherencia / laguna normativa / antinomia / discrecionalidad judicial.

Keywords: *Legal system. Incompleteness. Incoherence. Lagoon of law. Antinomy. judicial discretion.*

I. Introducción

Los ordenamientos jurídicos contemporáneos han sabido recoger, incluso con rango constitucional, el principio de inexcusabilidad como prescripción a los jueces de resolver todos los casos que les sometan a juzgamiento dentro de la esfera de su competencia (Alchourrón, 2000, p. 13).

La problemática en torno a la incompletitud e incoherencia del sistema jurídico se hace latente frente a esta exigencia; sin embargo, la alegación sobre la ausencia o contradicción *in abstracto* de normas conformantes del sistema jurídico no es válida para dejar de resolver casos que se presenten en la realidad y que requieran de la intervención del derecho para su solución.

El ordenamiento jurídico peruano no es ajeno a esta realidad y prescribe en el artículo 139.8 de la Constitución Política del Perú que: «Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 8. El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario».

En ese sentido, el presente trabajo busca exponer desde un ámbito doctrinario la problemática sobre las propiedades de completitud y coherencia de los sistemas jurídicos, aterrizando en propuestas de soluciones ejemplificadas desde las prescripciones de las fuentes normativas o formas normativas del ordenamiento jurídico peruano⁽¹⁾.

(1) Cfr. STC Exp. 00047-2004-AI/TC.

II. Problemática del derecho como sistema normativo

Los sistemas normativos se conceptualizan a partir de la correlación deductiva entre un universo de casos con sus respectivas soluciones; es decir, que «del conjunto formado por el sistema normativo y un enunciado descriptivo de un caso, se deduce el enunciado de una solución» (Alchourrón & Bulygin, 2012, p. 83).

Esta misma idea de sistema normativo (como categoría genérica) aplica a la de sistema jurídico (como categoría específica); sin embargo, este último tiene la particularidad de que en él coexisten normas cuya consecuencia es una sanción, pero también está integrado por normas no independientes (normas que en su estructura lógico deductiva no acarrear sanción), siendo que ambas son consideradas normas jurídicas. En ese sentido, la sanción es un rasgo definitorio de los sistemas jurídicos, pero no de cada una de sus normas (Alchourrón & Bulygin, 2012, p. 98).

Comprender al sistema jurídico en términos de un sistema normativo supone atribuirle las propiedades formales de estos últimos, referidos a su completitud y coherencia, atendiendo al hecho de que ambas son ideales racionales (Alchourrón & Bulygin, 2012, p. 94), la búsqueda de sistemas perfectos que en la práctica se construyen como aspiraciones y no como una realidad.

2.1. La laguna normativa y el ideal de completitud en el derecho

La completitud exige que para todo caso exista una solución prevista en el sistema, dicho de otro modo, que el sistema carezca de lagunas⁽²⁾. Cuando un caso jurídicamente relevante no encuentra solución en alguna norma del sistema, se dice que ese caso constituye una laguna normativa y, por lo tanto, el sistema ya no es completo.

El positivismo jurídico clásico aborda la problemática de la laguna normativa proponiendo una *regla de clausura* para el sistema, establecida como una *regla de permisión*, esto es afirmando que todo aquello no estatuido como una obligación para el individuo se encuentra permitido⁽³⁾ (Kelsen, 1982, p. 255).

(2) Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, expresan esta concepción en términos de la lógica de relaciones: «Un conjunto normativo α es completo con relación a UC_i y US_{max_j} si, y sólo si, el dominio de R (αUC_i y US_{max_j}) es idéntico con UC_i .

El concepto de laguna normativa puede definirse como sigue: x es una laguna normativa de α con relación a UC_i y US_{max_j} si, y sólo si, x es un elemento de UC_i y no pertenece al dominio de R (αUC_i y US_{max_j})» (Alchourrón & Bulygin, 2012, p. 92).

(3) El Tribunal Constitucional peruano considera dos reglas de cierre para garantizar la plenitud del ordenamiento jurídico: a) una regla permisiva de exclusión para los

El carácter supletorio de las reglas de clausura les confiere una connotación secundaria respecto de las demás normas del sistema, pues opera únicamente cuando se ha comprobado que no existen normas ordinarias de las que se puedan inferir una solución para el caso en cuestión; pero además tiene una doble exigencia: a) debe clausurar el sistema, es decir convertirlo en un sistema completo una vez incorporada la regla de clausura, y b) tiene que preservar la coherencia del sistema, es decir no generar contradicciones en las soluciones al caso en cuestión una vez incorporada la regla de clausura (Ratti, 2013, p. 290). Esto encierra un problema inicial, porque involucra que el aplicador emplee la regla de clausura cuando realmente no existe una solución en el sistema y no cuando no ha advertido la solución por no encontrarla, haciendo difícil determinar la ocasión para su aplicación (Alchourrón & Bulygin, 2012, p. 193).

Por otro lado, se advierte que las reglas de clausura están diseñadas —como reglas de cierre absoluto— para sistemas normativos categóricos, pero no para sistemas normativos hipotéticos como lo es el derecho⁽⁴⁾. Ello es así porque solo van a clausurar un universo de casos relevantes del sistema, más no todo el universo de casos (Alchourrón & Bulygin, 2012, pp. 195-196), porque aún subsistirán casos con ciertas condiciones no exigibles a los casos que han sido solucionados con la regla de cierre (casos menos finitos) y respecto de los cuales —incluso— se pueden generar contradicciones si se les aplicara dicha regla. Solo se trataría entonces de una clausura relativa y no absoluta, pues «no hay regla de clausura de un sistema normativo hipotético que no cree contradicciones que no estaban presentes en el seno del sistema normativo antes de la promulgación de tal regla» (Ratti, 2013, p. 291).

Por otro lado, las llamadas *reglas de enlace* tampoco parecen solucionar el problema, porque si bien surgen como una expectativa de aseguramiento de la

ciudadanos, en los términos prescritos por el artículo 2.24.a de la Constitución Política del Perú, el cual prescribe que nadie está obligado a hacer lo que la ley no mande ni impedido de hacer lo que no prohíbe; y, por otro lado, b) una regla prohibitiva de competencia circunscrita para los funcionarios con poder de decisión, los cuales solo pueden actuar conforme a sus atribuciones legalmente establecidas y en ausencia de norma están prohibidos de actuar conforme a la conducta no regulada (*STC Exp. 00047-2004-AI/TC*, f. j. 67).

- (4) Se entiende por normas categóricas a aquellas que no implican condiciones en su aplicación, mientras las normas hipotéticas son aquellas que requieren del cumplimiento de ciertas condiciones para ser aplicables. Para una noción más completa sobre la distinción entre normas categóricas e hipotéticas, así como de la correspondencia de la norma jurídica como norma hipotética, se recomienda revisar: (Kelsen, 1994, pp. 36-38).

plenitud jurídica, no significan un caso de laguna normativa. Las reglas de enlace son normas que permiten conectar el sistema jurídico para autocompletarlo, comprendiéndolo como un todo orgánico que requiere de normas referenciadas para colmar supuestos no previstos⁽⁵⁾. Este es el caso del artículo IX del Título Preliminar del Código Civil que prescribe la aplicación supletoria de dicho cuerpo normativo a todo el ordenamiento. Sin embargo, estas no suponen un real caso de laguna normativa, pues ya hay normas previstas (v.gr. las remitidas) para colmar el supuesto —aparentemente— no previsto; pero, sobre todo, tampoco son garantía para la regulación de toda conducta humana en un universo de casos integrante del sistema.

Queda claro, entonces, que no es posible admitir la idea de un sistema jurídico completo, por lo menos en cuanto al establecimiento de reglas (estructuralmente hablando) se refiere, siendo hasta ilusorio pensar en un sistema así creado por el legislador (Ratti, 2013, pp. 213-214). Empero, reconocer la existencia de lagunas normativas solo agota una labor descriptiva sin aportar a su solución.

Inicialmente, se debe asumir que para superar una laguna normativa es necesario ampliar el sistema normativo, incorporar una nueva norma que resuelva el caso no previsto, aunque —como veremos más adelante— el método para hacerlo pueda variar según las particularidades de cada caso y, sobre todo, las condiciones establecidas por el propio ordenamiento jurídico⁽⁶⁾.

2.2. La antinomia y el ideal de coherencia en el derecho

La coherencia del sistema exige que no existan dos o más soluciones contrarias entre sí respecto de un mismo caso⁽⁷⁾. Cuando un caso jurídicamente relevante tiene dos o más soluciones contradictorias entre sí dentro

(5) *STC Exp. 00047-2004-AI/TC*, f. j. 67.

(6) «No hay otra forma de superar una laguna normativa que no sea ampliando el sistema normativo, incorporando una nueva norma para resolver el caso no previsto. Muchos razonamientos ampliamente conocidos proveen diferentes formas para llenar la laguna del modo más armonioso con las restantes partes de un sistema jurídico. A veces un razonamiento por analogía o a contrario resulta el más adecuado. Otras veces apelar a un principio general del derecho o a la finalidad perseguida por la ley o a la intención del legislador puede proporcionar una salida más satisfactoria para salvar la dificultad» (Alchourrón, 2000, p. 19).

(7) Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, expresan esta concepción en términos de la lógica de relaciones: «(...) un sistema normativo α es *incoherente* en un caso C_i de un UCj si α correlaciona C_i de tal manera con dos o más soluciones, que la conjunción de esas soluciones es una contradicción deóntica» (Alchourrón & Bulygin, 2012, pp. 92-93).

del sistema, se dice que ese caso constituye una antinomia y, por lo tanto, el sistema ya no es coherente.

La antinomia surge, entonces, cuando una norma determina una conducta como debida, mientras otra norma obliga a una conducta incompatible con la primera; siendo que la validez de una se condiciona a la de la otra, pues una consecuencia jurídica no puede ser y no ser al mismo tiempo, situación que ha de ser resuelta en vías de interpretación (Kelsen, 1982, pp. 214-215).

El razonamiento subsuntivo frente a escenarios de antinomia, prevé la aplicación de meta-reglas, tales como: a) la regla de jerarquía, b) la regla de temporalidad, o c) la regla de especialidad⁽⁸⁾.

Para Hans Kelsen (1982), no existe un conflicto como tal entre normas de distinta jerarquía, pues, como consecuencia de la construcción escalonada del ordenamiento jurídico, la norma de nivel inferior siempre tendrá en la norma superior a su fundamento de validez (p. 217). Lo cierto es que al presentarse en la práctica dos posibles soluciones frente a un mismo caso, la inaplicación de la norma de inferior jerarquía represente la solución a conflicto normativo.

Por otra parte, señala que, al tratarse de normas de igual jerarquía promulgadas en tiempos diferentes, la validez de la norma posteriormente promulgada suprime la validez de la anterior, bajo el tópico *lex posterior derogat priori* (Kelsen, 1982, 215).

Aunque las contradicciones entre normas de carácter individual (normas establecidas por decisiones judiciales) no escapen al tratamiento kelseniano sobre los conflictos normativos, para efectos de este trabajo no nos pronunciaremos sobre ellas, toda vez que el mismo tiene por finalidad brindar una explicación desde las fuentes normativas.

III. La decisión judicial y el ámbito de discrecionalidad

Acudir al orden normativo vigente para solucionar problemas del propio sistema normativo parecería una contradicción; sin embargo, esto no es más que

(8) «(...) siempre es posible que haya otra norma que resulte aplicable y prevea una solución distinta. Si este es el caso, surge una cuestión previa. La respuesta a esta cuestión podría ser resuelta por medio de la ponderación, pero no es ese el caso. Usualmente, resultan aplicables meta-reglas, como: *lex superior derogat legi inferiori*, *lex posterior derogat legi priori* o *lex specialis derogat legi generali*. A efectos de llegarse a una solución, debe realizarse una segunda subsunción sobre la base de una meta-regla. Se puede llamar a esta segunda subsunción: ‘metasubsunción’» (Alexy, 2009, pp. 40 y ss).

la reafirmación del ideal racional de completitud del sistema, buscando su auto-suficiencia aún en escenarios de incoherencia o incompletitud.

Los ideales de igualdad y seguridad jurídica que subyacen al racionalismo positivista procuran, pues, que las soluciones a casos jurídicamente relevantes no se sometan —por lo menos *prima facie*— al libre albedrío de los operadores jurídicos, sino que respondan a parámetros objetivos que los garanticen, buscando reducir la discrecionalidad a su mínima expresión. Esto ha permitido que ordenamientos jurídicos como el peruano prevean normas (siguiendo a Robert Alexy: meta-reglas) para solucionar problemas sobre la aplicación de normas.

En este apartado se recogerán preliminarmente las soluciones que brinda el ordenamiento jurídico peruano a los problemas de antinomias y lagunas normativas, para posteriormente argumentar desde la discrecionalidad como solución frente a la imposibilidad de solucionar estos problemas con los mecanismos normativamente prescritos.

Sin perjuicio de aquello, se debe realizar una necesaria aclaración conceptual. Cuando el artículo 139. 8 de la Constitución Política del Perú establece el principio de inexcusabilidad de la jurisdicción, hace referencia a que el *vacío o deficiencia de la ley* no justifica dejar de administrar justicia frente a un caso jurídicamente relevante. En similar sentido el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil prescribe: «Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley (...)». Así también el artículo X del Título Preliminar del Código Civil establece: «La Corte Suprema de Justicia, el Tribunal de Garantías Constitucionales y el Fiscal de la Nación están obligados a dar cuenta al Congreso de los vacíos o defectos de la legislación (...)»⁽⁹⁾.

La falta de técnica legislativa es evidente. Mientras la Constitución sostiene la idea de vacío o deficiente de la ley, el Código Civil emplea los términos defecto o deficiencia y, luego, vacíos o defectos. Al respecto cabe precisar que, a efectos de esta investigación, entendemos que el *telos* de las disposiciones normativas citadas se corresponde con la idea de vacío como sinónimo de laguna normativa y

(9) En adelante haremos referencias tanto a normas contenidas en la Constitución como en el Código Civil, la primera por la obviedad de su posición primada dentro del sistema de fuentes del derecho; pero, las segundas por su vocación de supletoriedad dotadas por el mandato normativo contenido en el artículo IX del Título Preliminar: «Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza».

el de defecto o deficiencia como referencia a problemas del lenguaje normativo (v.gr. laguna de reconocimiento o laguna axiológica) o problemas en la coherencia del ordenamiento (v.gr. antinomia)⁽¹⁰⁾.

3.1. Las soluciones normativas frente a la antinomia

3.1.1. La meta-regla de jerarquía

El artículo 138 de la Constitución Política del Perú establece la meta-regla de solución de antinomia por jerarquía dentro del ordenamiento jurídico peruano, cuando en su segundo párrafo prescribe que: «En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior».

Aunque este enunciado normativo haga referencia a lo que en doctrina se conoce como la facultad del control difuso de constitucionalidad e —incluso— remita a la idea del principio de supremacía constitucional, lo cierto es que en dicho enunciado se prescribe inicialmente una regla bajo la siguiente estructura:

N₁

S₁: *Si en un proceso existe incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal.*

C₁: *Los jueces están obligados a aplicar la norma constitucional.*

La segunda norma que se desprende de una interpretación literal de la disposición citada tendría la siguiente estructura:

N₂

S₂: *Si en un proceso existe incompatibilidad entre una norma legal y una norma de inferior jerarquía.*

C₂: *Los jueces están obligados a aplicar la norma legal.*

A efectos de establecer una lectura interpretativa genérica, señalando una norma con carácter de meta-regla, se puede establecer la siguiente estructura:

(10) Vale reiterar que este trabajo pretende ocuparse solo de la laguna normativa y de la antinomia como fenómenos que afectan la completitud y la coherencia del sistema normativo, respectivamente.

N

S: *Si en un proceso existe incompatibilidad entre una norma superior y otra de inferior jerarquía.*

C: *Los jueces están obligados a aplicar la norma jerárquicamente superior.*

La solución a una antinomia entre normas de distinta jerarquía se soluciona desde el ordenamiento jurídico con esta meta-regla de jerarquía.

3.1.2. La meta-regla de temporalidad

El artículo 103 de la Constitución Política del Perú establece la meta-regla de solución de antinomia por temporalidad dentro del ordenamiento jurídico peruano, cuando prescribe que:

La ley, 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 sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.

El Tribunal Constitucional ha sostenido que la solución de antinomias por temporalidad se rige por los siguientes principios para la solución de antinomias: a) principio de plazo de validez, y b) principio de posterioridad⁽¹¹⁾. Si bien la intención del tribunal es enunciar «principios» y no meta-reglas, como aquí se está proponiendo, es inevitable advertir que del enunciado normativo citado se pueden colegir normas con la estructura de reglas que brinden una solución determinada a la antinomia expuesta. Sin embargo, antes de estructurar nuestra meta-regla debemos analizar el enunciado normativo en relación a la antinomia propuesta.

La antinomia por temporalidad implica que dos normas válidas, pero de la misma jerarquía y promulgadas en distintos períodos de tiempo, dispongan soluciones incompatibles para un mismo caso del sistema. Es decir, no supone que la norma haya perdido su validez por derogación o declaración de inconstitucionalidad, porque en estos casos la norma simplemente no existiría, perdiendo sus efectos incluida su potencialidad para generar antinomia.

(11) STC Exp. 00047-2004-AI/TC, f. j. 54.

La lectura interpretativa requiere entonces de una disposición normativa adicional. El artículo I del Título Preliminar del Código Civil, en su párrafo segundo establece lo siguiente: «La derogación se produce por declaración expresa, por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior o cuando la materia de ésta es íntegramente regulada por aquélla».

El texto normativo del Código Civil complementa al texto constitucional precitado en tanto coadyuva a ampliar el significado de derogación a los siguientes supuestos: (i) la derogación expresa, (ii) la derogación tácita por incompatibilidad con una norma posterior, y (iii) la derogación tácita por regulación íntegra de una ley posterior sin que esto último suponga necesariamente incompatibilidad.

Queda claro que si la derogación *strictu sensu*, al igual que la declaración de inconstitucionalidad, afecta tanto a la validez como a la vigencia de la norma, la derogación tácita no afecta su validez ni su vigencia pues el precepto constitucional manda que la ley solo se puede derogar por otra semejante y, consecuentemente, solo pierda eficacia por su falta de aplicación al representar una situación antinómica (ii) o al haber caído en desuso (iii).

De lo dicho hasta aquí se colige que la situación antinómica ha sido regulada en el supuesto (ii), razón por la cual la estructura normativa a desarrollar para la meta-regla de temporalidad es la siguiente:

N

S: *Si en un proceso existe incompatibilidad entre normas de igual jerarquía, donde una es temporalmente posterior a la otra.*

C: *Los jueces están obligados a aplicar la norma temporalmente posterior.*

El supuesto (iii) no implica una situación antinómica porque se entienden que no existe incompatibilidad en la regulación, sino desuso de la norma anterior porque los mismos supuestos y consecuencias ya fueron regulados por una norma posterior. En caso hubiera incompatibilidad el supuesto es el (ii) y se aplica la meta-regla de temporalidad.

3.1.3. La meta-regla de especialidad

Aunque siguiendo la línea argumentativa de las anteriores meta-reglas se pueda estructurar de forma semejante a la meta-regla de especialidad, hay que advertir antes serios cuestionamientos.

El criterio de especialidad puede resultar contradictorio respecto del criterio de jerarquía y del de temporalidad. El propio TC nos lleva a esta inferencia al sostener que:

(...) cuando dos normas de similar jerarquía establecen disposiciones contradictorias o alter natives, pero una es aplicable a un aspecto más general de situación y la otra a un aspecto restringido, prima esta en su campo específico. En suma, se aplica la regla de *lex posteriori generalis non derogat priori specialis* (la ley posterior general no deroga a la anterior especial)⁽¹²⁾.

Esta lectura nos hace pensar razonablemente que el supuesto para la aplicación de la meta-regla de especialidad se configura cuando no ha podido ser aplicable el criterio de jerarquía ni el de temporalidad. Esto es, cuando se trate de un conflicto normativo entre normas de igual jerarquía y promulgados en el mismo estadio temporal, teniendo la siguiente estructura:

N

S: *Si en un proceso existe incompatibilidad entre normas de igual jerarquía y promulgadas en el mismo estadio temporal, donde una tiene una regulación especial del caso y otra una regulación genérica.*

C: *Los jueces están obligados a aplicar la norma con la regulación especial.*

Aplicar el criterio de especialidad en detrimento de la jerarquía normativa, tal como lo sugiere el TC, significaría trastocar la propia definición de ordenamiento jurídico y de validez normativa. De igual modo, hacerlo en detrimento del criterio de temporalidad supone afectar el precepto legal sobre la producción de derogación por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior.

Admitir entonces que es posible la aplicación de la meta-regla de especialidad en contra del criterio de jerarquía y temporalidad, implica contrariar el propio *telos* de las meta-reglas que es ordenar los conflictos normativos y, en su lugar, generar nuevos conflictos, acentuando la incoherencia del sistema normativo.

Pero además existe un argumento autoritativo para tomar al criterio de especialidad como un criterio subsidiario, y es que este, a diferencia de los ante-

(12) *Ibidem*.

riores, no tiene expresa regulación constitucional ni complementación legal. El TC insiste en que el sustento normativo para este criterio se encuentra en el artículo 139.8 de la Constitución Política y en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil; no obstante, en estos textos normativos no se hace referencia alguna a este criterio, como sí ocurre con el de jerarquía y temporalidad, sino al principio de inexcusabilidad de la jurisdicción, por lo que al no tener sustento normativo, se ubica en una solución no prescriptiva del ordenamiento jurídico peruano⁽¹³⁾ y en el margen de la discrecionalidad del juzgador.

3.2 Las soluciones normativas frente a la laguna normativa

3.2.1. La analogía

La analogía en el derecho se constituye como una forma de argumento jurídico especial que parte de la aplicación de formas de inferencia lógica de validez general (Alexy, 1997, p. 268). El razonamiento analógico es un tipo de razonamiento inductivo que parte de la identificación de propiedades semejantes entre un caso regulado en el universo de casos del sistema y un caso jurídicamente relevante que no es parte de este universo, con el fin de aplicarle a este último la solución prevista para el caso regulado.

La justificación de aquellas propiedades semejantes entre el caso regulado y que no lo está se corresponde con el principio lógico de universalidad o de igualdad, por el cual a casos semejantes les corresponden consecuencias semejantes; siendo lo complicado —precisamente— justificar la semejanza de propiedades entre los casos a pretendidos como análogos, lo que supone la valoración del intérprete (Alexy, 1997, pp. 269-270).

Aunque normativamente hablando, no exista en el ordenamiento jurídico peruano un mandato para la aplicación de la analogía, sí existen normas prohibitivas sobre su aplicación que permiten inferir la existencia de una norma subyacente genérica sobre su aplicación.

Este es el caso del art. 139.9 de la Constitución Política del Perú, el cual prescribe: «Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 9. El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos». También el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil establece lo siguiente: «La ley que establece excepciones o restringe derechos no

(13) Esta meta-regla de especialidad ha sido desarrollada en este apartado por razones de coherencia narrativa y sistematicidad.

se aplica por analogía».

De estas disposiciones normativas se puede colegir una norma genérica con la siguiente estructura reglamentaria:

N

S: *Si en un proceso existe una laguna normativa.*

C: *Los jueces están obligados a aplicar analogía.*

Pero aquella norma es subyacente a las disposiciones normativas, las cuales tienen normas bastante identificables y claras que sirven como límite al razonamiento analógico dentro del ordenamiento jurídico peruano. Así pues, para el caso de la disposición constitucional (139.9) se estructura las siguientes reglas:

N₁

S₁: *Si en un proceso existe una laguna normativa de naturaleza penal.*

C₁: *Los jueces están prohibidos de aplicar analogía.*

N₂

S₂: *Si en un proceso existe una laguna normativa.*

C₂: *Los jueces están prohibidos de aplicar analogía cuando la consecuencia de la norma análoga restrinja derechos.*

Para el caso de la disposición del Código Civil (IV) se estructura también la regla con el S₂ y la C₂, previstos por la norma constitucional; sin embargo, adiciona la siguiente:

N₃

S₃: *Si en un proceso existe una laguna normativa.*

C₃: *Los jueces están prohibidos de aplicar analogía cuando la consecuencia de la norma análoga establezca excepciones.*

Es seguro que la lectura de las disposiciones normativas precitadas establece excepciones a la aplicación de la analogía (N₁, N₂ y N₃), las cuales solo pueden seguirse si se considera una norma genérica para su aplicación (N). Con

ello, implícitamente, el propio ordenamiento jurídico habría prescrito un mandato para la aplicación de la analogía en casos de lagunas normativas.

Hasta aquí se habría justificado la aplicación de la analogía como un supuesto previsto en el ordenamiento jurídico para solucionar casos de lagunas normativas; no obstante, esto no soluciona cómo establecer las propiedades semejantes entre el caso regulado y el caso no regulado, o por lo menos no se advierte ello del contenido normativo analizado. Al respecto, se generaría, entonces, un nuevo ámbito de discrecionalidad para el juzgador.

3.2.2. *La integración*

La sola idea de integración supone enfrentar el problema de la laguna normativa, buscando colmar el vacío que ella provoca. En esa perspectiva, la analogía es una forma de integración que acude al propio sistema normativo (v.gr. norma análoga) para su solución. Por esa razón este trabajo ha tratado a la analogía en un apartado diferente.

Otras formas de integración son dadas por el propio enunciado del 139.8 de la Constitución Política del Perú, cuando prescribe que en casos de vacío o deficiencia de la ley se deben aplicar los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario. Esto es parcialmente reproducido por el artículo VIII del Código Civil que establece como medios de integración la aplicación de los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano.

La referencia al derecho consuetudinario quizás sea la que menos problemas genere, en la medida de que siempre es posible establecer sistemas normativos en el orden de la costumbre, semejantes al sistema jurídico de normas promulgadas.

El problema realmente complicado aparece cuando la integración no es factible de concretarse por medio de la analogía, ni tampoco nos encontramos ante un sistema jurídico consuetudinario que permita resolver la laguna normativa. Es entonces cuando el ordenamiento jurídico remite a la aplicación de principios (v.gr. principios generales del derecho), lo que de por sí representa un serio problema, porque normativamente no se ha definido: ¿qué es un principio general del derecho?, ¿qué principios generales del derecho existen? Normativamente hablando, podemos identificar cuándo aplicar estos principios, pero no tenemos claro cómo operan, esto —definitivamente— es otro ámbito de discrecionalidad para el juzgador y supone una valoración.

3.3. Las zonas de discrecionalidad judicial

Pretender realizar una lista cerrada sobre las zonas de discrecionalidad judicial no es motivo de este trabajo y se entiende que la propia dinámica del derecho hace idílica esta labor; sin embargo, se ha querido demostrar que aun cuando el sistema jurídico se prepara con contingentes normativos para afrontar sus problemas de incompletitud e incoherencia, subsistirán zonas dejadas a la discreción del juzgador.

La primera de estas zonas se produce en el problema de antinomia, cuando se pretende aplicar el criterio de especialidad y aunque esta es una meta-regla con amplio desarrollo doctrinario e incluso jurisprudencial, lo cierto es que —como se analizó *ut supra*— no tiene sustento normativo, quedando a valoración del intérprete su aplicación en casos donde no es posible acudir a las meta-reglas de jerarquía o temporalidad. Pero, si se complica más el asunto ¿qué ocurriría si además de dos normas jerárquica y temporalmente idénticas, pero con consecuencias incompatibles, se tiene que estas también son especialmente idénticas?

La imposibilidad de aplicación de meta-reglas para resolver conflictos normativos se asocia a la idea de conflicto entre normas con estructura de principios, lo que es usual en el ámbito de la interpretación constitucional, sobre todo en materia de derechos. Los derechos fundamentales son concebidos como *principios prima facie* y, como tales, no son aplicables mediante subsunción sino por su optimización en cada caso concreto. La doctrina y la jurisprudencia han propuesto a la ponderación o principio de proporcionalidad como técnica argumentativa capaz de resolver —aparentes— conflictos entre derechos fundamentales⁽¹⁴⁾, sin que ello responda a una exigencia normativa propia del ordenamiento jurídico, acercándose entonces a un ámbito de discrecionalidad judicial, buscando una respuesta racional claro está, pero discrecional al fin de cuentas.

La propia aplicación de la analogía representa también una zona de discrecionalidad judicial, y no por la estructura de inferencia lógica que esta contiene, pues ahí habría un parámetro objetivo de solución, sino por la justificación de las premisas que esa estructura lógica requiere. Determinar la justificación de las propiedades semejantes entre el caso regulado y el caso no regulado es un ejercicio de valoración del intérprete, cuya solución no se encuentra en el ordenamiento jurídico y, por lo tanto, representa una zona de discrecionalidad judicial.

(14) Cfr. *STC Exp. N.º 00016-2002-AI/TC*; *STC Exp. N.º 00008-2003-AI/TC*; *STC Exp. N.º 00048-2004-AI/TC*.

Pero, volviendo a complicar el asunto, ¿qué ocurría frente a la imposibilidad de aplicación del argumento analógico?

El ordenamiento jurídico pone a disposición la integración por medio de los principios generales del derecho (no referiremos a la integración a través del derecho consuetudinario por las razones expuestas *ut supra*). Pero, su sola indeterminación ya supone otra zona de discrecionalidad judicial.

IV. Conclusiones

1. La aspiración racional de completitud hace que el propio sistema jurídico busque su autosuficiencia, afrontando sus problemas de incompletitud e incoherencia, regulando soluciones normativas para ellos (v.gr. meta-reglas, integración y analogía).
2. Aceptar la incompletitud de los sistemas jurídicos supone aceptar que, pese a los esfuerzos por hacerlos autosuficientes, siempre existirán zonas reservadas a la discrecionalidad del juzgador.
3. La jurisprudencia juega un rol unificador para las zonas de discrecionalidad judicial, pues apelando al argumento autoritativo puede establecer soluciones racionales para ellas, eliminando así el riesgo que representa adoptar decisiones judiciales fuera del ordenamiento jurídico.

V. Lista de referencias

- ALCHOURRÓN, C. & BULYGIN, E. (2012). *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*. (2.^a ed.) Buenos Aires: Editorial Astrea.
- ALCHOURRÓN, C. (2000). *Sobre derecho y lógica*. *Isonomía* (13), 11-33.
- ALEXY, R. (1997). *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. (M. Atienza & I. Espejo, Trad.) Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- (2009). *Sobre la ponderación y la subsunción. Una comparación estructural*. *Foro jurídico* (9), 40-48.
- KELSEN, H. (1982). *Teoría pura del derecho*. (R. J. Vernengo, Trad.) México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- (1994). *Teoría general de las normas*. México D.F.: Editorial Trillas.

RATTI, G. B. (2013). *El gobierno de las normas*. (Luque Sánchez, P. & Moreno Cruz, D., Eds.) Madrid: Marcial Pons.

Tribunal Constitucional del Perú. (2003). *STC Exp. 00008-2003-AI/TC*.

Tribunal Constitucional del Perú. (2003). *STC Exp. 00016-2002-AI/TC*.

Tribunal Constitucional del Perú. (2005). *STC Exp. 00048-2004-AI/TC*.

Tribunal Constitucional del Perú. (2006). *STC Exp. 00047-2004-AI/TC*.

Los razonamientos deductivos en la justificación interna de las decisiones judiciales

Deductive reasons in the internal justification of judicial decisions

ROJAS RUIZ, Nilton Y. (*)

Sumario: I. Introducción. II. Estado Constitucional de Derecho. III. Justificación de las decisiones judiciales. IV. Justificación interna y justificación externa. V. Justificación interna. VI. Lógica y justificación interna de las decisiones judiciales. VII. Elementos de formalización. VIII. Esquemas válidos para razonamientos deductivos. IX. Falacias formales. X. Límites de la justificación interna. XI. Mecanismos jurídicos para cuestionarlos los errores de razonamiento. XII. A manera de reflexión otros tipos de razonamientos. XIII. Conclusiones. XIV. Lista de referencias.

Resumen: El presente artículo proporciona algunas herramientas elementales para justificar internamente una decisión judicial mediante razonamientos deductivos, utilizando proposiciones unidas por conectivas lógicas de: conjunción, disyunción incluyente, disyunción excluyente, condición suficiente, condición necesaria, condición necesaria y suficiente, negación

(*) Abogado. Maestro en Ciencias: Mención de Derecho Constitucional y Derechos Humanos, y Doctorando en Derecho por la Universidad Nacional de Cajamarca. Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, Republica del Perú.

ción. Así mismo, se explica la estructura de las falacias formales, y las consecuencias de incurrir en errores de logicidad.

Palabras claves: Lógica, justificación interna, razonamiento, deducción.

Abstract: This article provides some elementary tools to internally justify a judicial decision through deductive reasoning, using propositions linked by logical connectives of: conjunction, inclusive disjunction, exclusive disjunction, sufficient condition, necessary condition, necessary and sufficient condition, negation. Likewise, the structure of formal fallacies is explained, and the consequences of incurring errors of logic.

Key words: Logic, internal justification, reasoning, deduction.

I. Introducción

En el nuevo paradigma jurídico que nos encontramos «el Estado Constitucional de Derecho» y que se construye día a día, importa que todas las decisiones que tomen los poderes del Estado deben estar fundamentadas, pues, de lo contrario se incurre en arbitrariedad. Claro está entonces, las decisiones que se tomen, que involucren derechos fundamentales, no pueden ser arbitrarias.

Por ello, es que hoy las Constituciones Políticas, y propiamente la de nuestro sistema jurídico, consagra los principios más importantes que sostienen a un Estado. Por ejemplo, el supremo interprete de la Constitución, en el fundamento 12 recaído en la sentencia Exp. 3167-2010-PA/TC, respecto al principio de principio de interdicción de la arbitrariedad, ha señalado que: al reconocerse en los artículos 3 y 43 de la Constitución Política del Perú que nuestro Estado es uno Social y Democrático de Derecho, se ha incorporado el principio de interdicción o prohibición de todo poder ejercido en forma arbitraria e injusta. Dicho principio tiene un doble significado. El primero en un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho. Y segundo significado en un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva, lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión.

Por otro lado, en nuestra Constitución también se ha reconocido, en el artículo 139 numeral 5, el principio de debida motivación de las decisiones.

Actualmente la Constitución Política ya no es un documento político, pues, es una norma vinculante, lo implica que los mencionados principios (interdicción de la arbitrariedad y debida motivación de las decisiones) son de obligatorio cumplimiento, su inobservancia acarrea la nulidad de los actos viciados.

Ahora bien, desde la mitad del siglo pasado, ha surgido y se sigue construyendo una teoría que trata de explicar qué es derecho desde la práctica judicial, me refiero a la teoría de la argumentación jurídica. Dicha teoría es una herramienta fundamental para la toma de decisiones por parte de todos los poderes.

Atienza (2013) señala que la argumentación jurídica está muy vinculada al constitucionalismo no positivista. Lo que pretende la argumentación jurídica es vincular la teoría con la práctica, también la teoría del derecho con las ciencias sociales y con la filosofía. Por ello, él considera que se debe desarrollar un concepto amplio y sistemático de la argumentación que permita articular la dimensión lógico-formal con la dimensión material y la dimensión pragmática (retórica y dialéctica), ello permitirá a los juristas responder a tres cuestiones importantes en la práctica, cómo entender y analizar un argumento jurídico, cómo evaluarlo y cómo argumentar jurídicamente. La finalidad es lograr que los argumentos sean racionales, razonables, persuasivo y consensuado, ello nos permitirá alcanzar los meta valores del derecho, esto es, seguridad jurídica, justicia, consenso y aceptabilidad de las dediciones.

Con esta investigación se pretende dar un alcancé de ciertas herramientas argumentativas en la dimensión formal, ello con la finalidad de perseguir el meta valor de seguridad jurídica. Para lograr el pensamiento racional se debe construir buenos argumentos ya que éstos permiten conocer mejor la realidad, en tanto que un mal argumento con frecuencia le hace más largo el camino hacia el conocimiento verdadero (Arnaz, 2010).

Ahora, para ejercer el pensamiento racional, implica conocer algunos contenidos de la lógica; sin embargo, la tarea es sumamente compleja, pues, a la actualidad existen diferentes tipos de lógica, por ejemplo, a lógica modal, alética, lógica deóntica, lógica de la acción, etc. Por ello, con el presente aporte se dar un alcance de algunos esquemas para construir razonamientos de tipo deductivo que justifiquen internamente una decisión.

II. Estado Constitucional de Derecho

Alexy (2009) a quien podemos catalogarlo como un constitucionalista principialista, señala que el modelo constitucional actual se caracteriza por la tríada formada por la ubicuidad, la optimización y los derechos de prestación, dichos elementos están íntimamente ligados y es lo que define a lo que es hoy se conoce como el nuevo paradigma del Estado Constitucional de Derecho.

En el paradigma del Estado Constitucional de Derecho la Constitución es la norma fundamental que sustenta un sistema jurídico, y se caracteriza por su contenido material que irradia hacia todo el ordenamiento jurídico. Guastini (2009) señala que la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos consiste en un proceso que tiene como principal característica la extensión de la fuerza normativa de la Constitución a la interpretación y aplicación de las distintas ramas del derecho; vale decir, un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente «impregnado» por las normas constitucionales.

III. Justificación de las decisiones judiciales

La debida motivación de las resoluciones judiciales reconocido en el artículo 139 numeral 5 de la Constitución Política del Perú constituye un principio de carácter obligatorio por el cual toda decisión debe estar debidamente justificada. Para justificar se debe utilizar un conjunto de procedimientos tendientes a lograr ciertos objetivos del derecho. Uno de los objetivos es la seguridad jurídica, ello se logra mediante la justificación interna de la decisión, a través de procesos lógicos donde se infiere conclusiones validadas. El segundo objetivo que se busca es dotar de justicia a la decisión, para esto se debe justificar externamente de las premisas que sustentan un razonamiento, calificando de esta manera, por ejemplo, la validez formal (al verificar que la norma haya sido dada por el órgano competente, y siguiendo los procedimientos para su promulgación) y material de la norma jurídica (se debe realizar una serie de interpretaciones que justifiquen su aplicación buscando coherencia con el resto del sistema jurídico y principalmente con los valores plasmados en la Constitución).

El Tribunal Constitucional, en el caso *Giullana Llamuja- Exp. 728-2008/ HC/TC*, ha señalado que el principio de la debida motivación tiene doble naturaleza jurídica, es derecho de toda persona, pero también es un deber de quien ostenta poder. Este último entendido como la obligación, no solo del juez, si no también se debe extender a otros poderes del Estado e incluso podemos afirmar se extiende a los particulares. Lo antes referido se debe dar por el efecto de irradiación de la Constitución, y su eficacia horizontal y vertical.

También se puede señalar que el derecho a la debida motivación, vendría a ser un derecho humano que goza toda persona, es decir, sería la facultad que gozamos para obtener fallos que no provengan de decisiones arbitrarias de los que ostentan el poder.

IV. Justificación interna y justificación externa

Como señala Atienza (2013) los términos «justificación interna» y «justificación externa» se deben a un trabajo de Jerzy Wróblewski, de 1971. Con esas dos expresiones se trata de distinguir, en una argumentación, entre el paso de las premisas a la conclusión, por un lado; y el establecimiento de las premisas, por el otro. No obstante, en un trabajo posterior, de 1979, Wróblewski desarrolla esas ideas e introduce una nueva dicotomía: entre justificación formal y justificación no formal. Por justificación formal entiende la que se lleva a cabo con el auxilio de alguna lógica formal (del tipo que sea), mientras que la justificación no formal la refiere a alguna teoría de la argumentación jurídica, como la tópica o la retórica.

V. Justificación interna

La justificación interna depende de si la conclusión se sigue de las premisas. Se dice que un argumento está internamente justificado si la conclusión puede inferirse de las premisas.

Gonzales Lagier (2012) señala que la lógica (dejando de lado sentidos de la expresión del lenguaje común, como «eso es lógico», y entendida como «lógica formal clásica») es un tipo de análisis de la justificación de los argumentos. La lógica se ocupa de la justificación de los argumentos (no de su explicación) desde el punto de vista de la justificación interna (deja de lado la justificación externa) y desde una perspectiva prescriptiva (a la lógica no le interesa cómo razonan, de hecho, las personas, esto es, el razonamiento como proceso psicológico, sino cómo deben ser tales razonamientos para ser correctos). Además, adopta una perspectiva formal, en un triple sentido:

1. **Generalización.** lógica se ocupa de los criterios de corrección de clases o tipos de argumentos, no de argumentos concretos (aunque puede ser usada para evaluar la corrección de argumentos concretos).
2. **Abstracción:** la lógica prescinde de las circunstancias contextuales del argumento (del contexto de descubrimiento) y de su contenido (esto es, de los significados de los enunciados).
3. **Atención a la estructura:** Lo que le interesa a la lógica es exclusivamente la estructura o forma de los argumentos. Un argumento es formalmente correcto o válido si tiene la estructura o forma adecuada.

VI. Lógica y justificación interna de las decisiones judiciales

Atienza (2013) señala que todos los argumentos (debemos entender como conjunto de razonamientos) tienen una determinada forma, una estructura, y de ello es de lo que se ocupa la lógica en sentido estricto, que por eso se llama «lógica formal».

La lógica jurídica «formal» es producto, en gran parte, del estudio y aplicación de la lógica aristotélica y la lógica matemática en diversas actividades importantes del derecho. Tan importante ha sido el empleo de esta ciencia formal, que marcó etapas históricas de las ciencias jurídicas y sociales, por ejemplo, el «Positivismo jurídico» (siglo diecinueve), que propuso que los jueces deben resolver en sentencia con el silogismo jurídico (expresión del razonamiento deductivo), y el «Formalismo neokantiano» (desde principios del siglo veinte), que aplicó la lógica como herramienta para determinar la forma del derecho (Rosales Gramajo, 2010).

Si bien nos encontramos en un nuevo paradigma de Estado, donde coexisten reglas y principios jurídicos, ello no significa que la lógica formal aplicado al ámbito jurídico haya perdido vigencia por completo.

VII. Elementos de formalización

Antes de abordar algunos esquemas validos de razonamiento deductivo, es necesario conocer los elementos de formalización que componen dichos esquemas, como se puede observar a continuación:

1. **Variables:** Su función es remplazar al antecedente (variable independiente) y/o consecuente (variable dependiente). Se representan por las siguientes letras minúsculas: p, q, r, s, etc.
2. **Conectivas lógicas:** Su función es unir variables, las cuales remplazan a los conceptos y/o juicios.

Símbolo	Significado	Lectura en lenguaje natural
&	Conjunción	«y»
V	Disyunción incluyente	«o»
W	Disyunción excluyente	«y/o»
→	Condición suficiente	«si... entonces ...»
=>	Condición necesaria	«si... entonces ...»
↔	Condición necesaria y suficiente	«... si y solo si...»
-	Negación	«no»

VIII. Esquemas válidos para razonamientos deductivos

La formalización es un recurso sumamente útil, pues con él se logran evitar los problemas de imprecisión (ambigüedad sintáctica) característicos del lenguaje natural. Además, nos permite traducir los argumentos que efectuamos en un lenguaje natural (como el castellano) a ese lenguaje artificial y manejarlos con mayor comodidad, ya que resulta más simple entender y analizar su estructura.

Los argumentos deductivos correctamente formulados se llaman argumentos válidos (Weston, 2001). Para identificar las reglas de inferencia la lógica utiliza un lenguaje formalizado, a continuación, veremos algunos esquemas de razonamiento que se pueden utilizar con más frecuencia para justificar internamente una decisión judicial.

1. Modus ponendo ponens: Este esquema de razonamiento «modo que afirmando afirma» es un Regla lógica formal elemental para estructurar la ratio decidendi de una resolución judicial. Las variables están unidas por una condición suficiente.

Su análisis formal podría hacerse así: la primera premisa es una proposición condicional que consta a su vez de dos proposiciones: un antecedente y un consecuente (si p , entonces q); la segunda premisa es la afirmación del antecedente del condicional (p); y la conclusión, la afirmación del consecuente del mismo condicional (q). La validez de la inferencia viene dada por una regla de inferencia (formal) llamada modus ponens y que justifica el paso de las premisas a la conclusión; se formula precisamente así: a partir de un enunciado condicional y de la afirmación de su antecedente se puede derivar la afirmación del consecuente (Atienza M., 2013, p. 171).

Debemos tener en consideración que, en la condición suficiente, si bien, si se da el antecedente también debe darse necesariamente el consecuente; no obstante, no significa que si se da el consecuente necesariamente debe darse el antecedente, pues estaríamos incurriendo en la falacia de afirmación del consecuente como se verá más adelante.

Según la lógica proposicional el modus ponendo ponens, podría simbolizarse de la siguiente manera:

$$\begin{array}{l}
 p \rightarrow q \\
 \left| \begin{array}{l} p \\ \hline q \end{array} \right|
 \end{array}$$

Pongamos un ejemplo reemplazando al lenguaje natural.

Premisa mayor: Si existe un motivo justificado entonces está permitido ordenar judicialmente el cambio de nombre.

Premisa fáctica: En el caso x existe un motivo justificado.

Conclusión: En el caso x está permitido ordenar judicialmente el cambio de nombre.

Reemplazando el esquema el razonamiento sería el siguiente:

Si p (existe un motivo justificado) entonces q (está permitido ordenar judicialmente el cambio de nombre).

p (En el caso x existe un motivo justificado).

q (En el caso x está permitido ordenar judicialmente el cambio de nombre).

2. Modus tollendo tollens: Al igual que el modus ponendo ponens, el modus tollens «el modo que, al negar, niega» es un esquema válido cuya conectiva lógica también es una condición suficiente.

Su análisis formal podría hacerse así: la primera premisa es una proposición condicional suficiente que consta a su vez de dos proposiciones: un antecedente y un consecuente (si p, entonces q); la segunda premisa es la negación del consecuente del condicional (-q); y la conclusión, es la negación del antecedente del mismo condicional (-p). La validez de la inferencia viene dada por una regla de inferencia (formal) llamada modus tollendo tollens y que justifica el paso de las premisas a la conclusión; se formula precisamente así: a partir de un enunciado condicional y de la negación del consecuente se puede derivar la negación del antecedente.

$$\begin{array}{l} \overline{p \rightarrow q} \\ -q \\ \hline -p \end{array}$$

Veamos un ejemplo. El artículo 110 de la Constitución Política establece que uno de los requisitos la edad mínima para ser presidente. Aplicado a un caso concreto el razonamiento sería el siguiente:

Premisa mayor: Para ser presidente se requiere tener más de 35 años al momento de la postulación.

Premisa menor: Pedro no tiene más de 35 años al momento de la postulación

Conclusión: Pedro no puede ser presidente

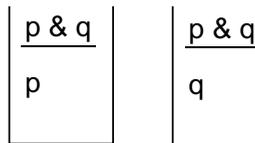
Remplazando el esquema el razonamiento seria el siguiente:

Si p (Para ser presidente) entonces q (se requiere tener más de 35 años al momento de la postulación).

-q (Pedro no tiene más de 35 años al momento de la postulación).

-p (Pedro no puede ser presidente).

3. Esquemas válidos con la conjunción



Veamos un ejemplo con el primer esquema:

Las relaciones sexuales son anales y las relaciones sexuales son vaginales.

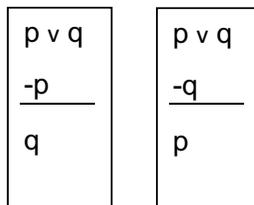
Remplazando el primer esquema el razonamiento seria el siguiente:

p (Las relaciones sexuales son anales) y q (las relaciones sexuales son vaginales).

p (Las relaciones sexuales son anales).

De igual manera si adecuamos el ejemplo al segundo esquema la conclusión también es válida.

4. Esquemas válidos con la disyunción incluyente: Los siguientes silogismos disyuntivos son esquemas válidos con la disyunción incluyente:



Veamos un ejemplo con el primer esquema:

El artículo 170 del Código Penal, entre otros supuestos, señala que la violación sexual implica tener acceso carnal (sin consentimiento de la víctima) por vía vaginal o anal.

Premisa mayor: La violación es por vía vaginal o la violación es por vía anal.

Premisa menor: La violación no fue por vía vaginal.

Conclusión: La violación fue por vía anal.

Remplazando el primer esquema el razonamiento sería el siguiente:

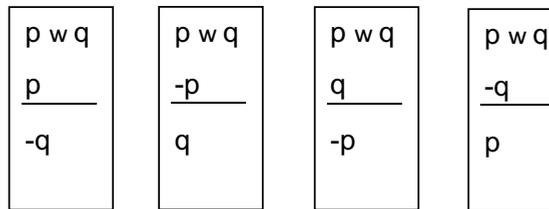
p (La violación es por vía vaginal) o q (la violación es por vía anal).

$\neg p$ (La violación no fue por vía vaginal).

q (La violación fue por vía anal).

De igual manera si adecuamos el ejemplo al segundo esquema la conclusión también es válida.

5. Esquemas válidos con la disyunción excluyente



A continuación se reconstruirá, utilizando solo el primer esquema por cuestiones de espacio, el caso resuelto en la Casación N.º 813-2016 Cañete, fundamento décimo séptimo.

El razonamiento disyuntivo sería el siguiente:

Premisa mayor: La violación sexual es vaginal, o anal.

Premisa menor: En la acusación se dice que la violación fue vaginal.

Conclusión: Por lo tanto, la sentencia de primera y segunda instancia no puede decir que la violación fue anal.

El mismo ejemplo se podría trabajar con los otros tres esquemas y las conclusiones como se puede evidenciar son válidas.

6. Esquemas válidos con condiciones necesarias

$p \Rightarrow q$
$\frac{-p}{-q}$

$p \Rightarrow q$
$\frac{q}{p}$

Como se evidencia en el primer esquema, de no darse el antecedente tampoco debe darse el consecuente. Y en el segundo esquema, dado el consecuente, se puede afirmar con certeza que se ha dado el antecedente.

Veamos un ejemplo, el artículo 49 numeral 1 de la Ley General de la Persona con Discapacidad, establece que: Las entidades públicas están obligadas a contratar personas con discapacidad en una proporción no inferior al 5% de la totalidad de su personal, y los empleadores privados con más de cincuenta trabajadores en una proporción no inferior al 3%.

Premisa mayor: Si es una entidad pública o privada con más de 50 trabajadores entonces está obligada a contratar personas con discapacidad.

Premisa menor: No es una entidad pública o privada con más de 50 trabajadores

Conclusión: No está obligada a contratar personas con discapacidad.

Como se advierte se ha elaborado un razonamiento valido en sentido contrario.

El mismo ejemplo se puede utilizar con el segundo esquema, de igual manera la conclusión a la que se arribe es válida.

7. Esquemas válidos de argumentos con condiciones necesarias y suficientes

$p \leftrightarrow q$
$\frac{p}{q}$

$p \leftrightarrow q$
$\frac{q}{p}$

$p \leftrightarrow q$
$\frac{-p}{-q}$

$p \leftrightarrow q$
$\frac{-q}{-p}$

Los cuatro esquemas son válidos debido a que se evidencia que: dado el antecedente se sigue necesariamente el consecuente; y a la inversa, si se da el consecuente es porque necesariamente se ha producido el antecedente. Y también en un sentido contrario, si no se da el antecedente no se produce el consecuente; y de no darse el consecuente, no se ha producido el antecedente.

A continuación, se realizará un ejemplo, utilizando solo el primer esquema por cuestiones de espacio.

Premisa mayor: Si y solo si los ángulos de un polígono suman 180 grados, entonces se trata de un triángulo.

Premisa menor: El ángulo de este polígono suma 180 grados.

Conclusión: Este polígono es un triángulo.

Reemplazando el primer esquema el razonamiento sería el siguiente:

Si y solo si p (los ángulos de un polígono suman 180 grados) entonces q (se trata de un triángulo).

p (El ángulo de este polígono suma 180 grados).

q (Este polígono es un triángulo).

El mismo ejemplo se podría trabajar con los otros tres esquemas y las conclusiones como se puede evidenciar son válidas.

IX. Falacias formales

Están referidas a las leyes de la lógica formal, constituyen esquemas de fórmulas aparentemente correctos, pero un análisis lógico formal demuestra su invalidez (katayama Omurra, 2009).

1. Falacia de la negación del antecedente

$p \rightarrow q$
$\frac{-p}{\quad}$
$-q$

El siguiente ejemplo ha sido extraído del caso al que llamaré «Caso Alex Jhoel» recaído en el Expediente 01248-2016-0-0601-JR-CI-01. Mediante Resolu-

ción 08, fundamento III. 3. e) se estableció los supuestos que constituyen razones justificadas para el cambio de nombre en aplicación del artículo 29 del Código Civil:

Aplicando el esquema anterior, el razonamiento falaz sería el siguiente:

Premisa mayor: Si se da uno de los siguientes motivos justificados (connotación grosera, inmoral, contrario al orden público, a las buenas costumbres, la dignidad de la persona, o que el registrador haya incurrido en error) entonces está permitido ordenar judicialmente el cambio de nombre.

Premisa fáctica: En el caso Alex Jhoel no se da ninguno de los motivos justificados (connotación grosera, inmoral, contrario al orden público, a las buenas costumbres, la dignidad de la persona, o que el registrador haya incurrido en error).

Conclusión: En el caso Alex Jhoel no está permitido ordenar judicialmente el cambio de nombre.

El razonamiento es una falacia debido a que hay error en la relación formal de condicionalidad de la premisa mayor (esto es entre «p» y «q»), pues, se cree que hay relación de condición necesaria; pero lo correcto es que hay una relación de condición suficiente, ello debido a que «p» no es el único antecedente de «q» (pues podría darse otros motivos justificador «r», «s» etc.) que también arribe a «q». Por lo que es incorrecto afirmar que de no darse antecedente «-p» no debe darse el consecuente «-q».

Y en efecto, como se puede advertir de la textura abierta del antecedente o supuesto de hecho de la norma regla «motivos justificados», no solo constituyen los enumerados por la magistrada (connotación grosera, inmoral, contrario al orden público, a las buenas costumbres, la dignidad de la persona, o que el registrador haya incurrido en error); sino que existen otros factores que también pueden subsumirse en el antecedente de la norma regla.

2. Falacia de la afirmación del consecuente

$$\left| \begin{array}{l} p \rightarrow q \\ \hline q \\ p \end{array} \right|$$

El siguiente ejemplo ha sido extraído del caso emblemático «Trusa color rojo con encaje» Expediente 002822-2019-90-1401-JR-PE-03. Mediante Sentencia recaída en la Resolución N.º 3, fundamento 35⁽¹⁾ se ha establecido una máxima de la experiencia a partir del cual se ha elaborado un razonamiento deductivo. La máxima de la experiencia sería la siguiente: Si una mujer lleva un atuendo interior femenino (trusa femenina de color rojo con encaje en zona delantera, blondas en contorno de pierna) que suele usarse en ocasiones especiales para momentos de intimidad entonces está preparada o está dispuesta a mantener relaciones sexuales con el imputado.

Ahora bien, el problema radica en poder establecer si en dicha «máxima de la experiencia» se puede establecer una condición suficiente o una condición necesaria. Tal parece que el colegiado utilizó dicha «máxima de la experiencia» como condición necesaria. Sin embargo, podemos advertir que lo correcto era utilizar una condición suficiente para advertir que estamos ante una falacia de afirmación del consecuente.

-
- (1) Expediente 002822-2019-90-1401-JR-PE-03, sentencia recaída en la Resolución N.º 3, fundamento 35:

Un hecho singular que no pasa desapercibido por este Tribunal y llama la atención que según los psicólogos Calle Arévalo como De La Cruz Nieto, quienes examinaron a la agraviada coinciden en señalar que es una mujer tímida...muestra una actitud pasiva, dificultades para poder ser asertiva y poder decir no, de una manera tajante, lo cual se refleja a través de su timidez, dificultades para tomar decisiones y también que la colocan de alguna manera en una posición de sumisión frente a otras personas...» «rasgos de personalidad dependiente con tendencia a la extroversión ese tipo de personalidad se caracteriza por ser una persona sensible, indefensa, sumisa, con cierta inmadurez se percibe como débil y frágil...»...sin embargo, suele vestir prendas interiores como la descrita por la bióloga forense Doris Matilde García Espinoza en su dictamen de biología forense N.º 201907000119, describiéndolo ... «...trusa femenina de color rojo con encaje en zona delantera, blondas en contorno de pierna..» resultando extraño que la supuesta personalidad que presenta la misma (tímida) no guarde relación con la prenda íntima que utilizó el día de los hechos, pues por la máxima de la experiencia este tipo de atuendo interior femenino suele usarse en ocasiones especiales para momentos de intimidad, por lo conlleva a inferir que la agraviada se había preparado o estaba dispuesta a mantener relaciones sexuales con el imputado, de allí que de forma consciente se autodeterminó quedarse en la casa del imputado, pues contaba con la ausencia de su señora madre doña Mirtha Edy Meza Cure, quien no se encontraba en la ciudad de Ica, pues aquélla se encontraba de viaje en la ciudad de Lima, o en defecto calculaba que volvería a su hogar antes que su progenitora, pues a decir de doña Mirtha Meza Cure «... precisa que llegó de viaje a su domicilio a las nueve de la noche, se quedó dormida, estaba totalmente cansada porque en Lima se camina todo el día..», así también lo dice la agraviada «... mi mamá había salido de viaje pero llegó esa noche...».

Aplicado al esquema materia de análisis el razonamiento falaz sería el siguiente:

Premisa mayor: Si una mujer lleva un atuendo interior femenino (trusa femenina de color rojo con encaje en zona delantera, blondas en contorno de pierna) que suele usarse en ocasiones especiales para momentos de intimidad entonces está preparada o está dispuesta a mantener relaciones sexuales con el imputado.

Premisa menor: La agraviada de iniciales J.E.P.M. estaba preparada o estaba dispuesta a mantener relaciones sexuales con el imputado.

Conclusión: Es porque llevaba un atuendo interior femenino (trusa femenina de color rojo con encaje en zona delantera, blondas en contorno de pierna) que suele usarse en ocasiones especiales para momentos de intimidad.

Ahora bien, el razonamiento es falaz debido a que no hay una relación necesaria que explique que, dado el consecuente, se afirme con seguridad la existencia del antecedente. Y es que, una mujer puede estar preparada o estar dispuesta a mantener relaciones sexuales no necesariamente solo con la variable «p»; sino que, por la experiencia en el caso concreto que es sumamente subjetiva, también pueden existir otros variables «r», «s», «t» ... (sin ropa interior, tanga, hilo, bikini, cacheteros, boyshorts ... en diferentes colores) que arriben a «q».

Entonces, debemos concluir que la máxima de la experiencia utilizada como premisa mayor está mal elaborada.

X. Límites de la justificación interna

La lógica estándar o lógica clásica debido a que es de carácter formal puede no ser capaz de captar toda la riqueza de los lenguajes naturales y, en ese sentido presenta limitaciones. Para mostrarlo, bastará un ejemplo muy simple. La conjunción «y» tiene en el lenguaje natural un sentido de sucesión temporal que no recoge el símbolo lógico correspondiente; así, «la mató y la violó» tiene un significado diferente a «la violó y la mató», mientras que en la lógica estándar no es así: $p \wedge q$ significa lo mismo que $q \wedge p$. (Atienza M., 2013, p. 172). Por otro lado, si bien puede ayudar en algunos aspectos de la interpretación, no soluciona la complejidad de problemas en los casos difíciles.

XI. Mecanismos jurídicos para cuestionarlos los errores de razonamiento

El razonamiento jurídico no escapa del razonamiento práctico general; por ello, se debe respetar las reglas de la lógica formal. Ahora en el plano jurídico se puede identificar normas principio y normas regla que reconocen derechos sustantivos y también procesales tendientes a controlar los errores de razonamiento (o errores *in cogitando* como se conoce en doctrina).

Justificar internamente una decisión tiene reconocimiento constitucional, debido a que en el artículo 139 numeral 5 de la Constitución se plasma como principio el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, y tal como se ha establecido el Tribunal Constitucional del Perú en el caso Giuliana Flor de María Llamuja Hilares, ha desarrollado los contenidos esenciales de dicho principio; por lo que, si al fundamentar una decisión no se construye razonamientos formalmente correctos, nuestra postura es que, se incurriría en dos patologías: falta de motivación interna del razonamiento, y motivación sustancialmente incongruente.

No obstante, también existen norma reglas de carácter procesales que reconocen la obligación de construir razonamientos formalmente válidos, bajo sanción de nulidad. Por tanto, para cuestionar una decisión en la que se ha incurrido en errores de razonamiento queda habilitado los recursos impugnatorios como apelación, casación, queja, o en ámbito administrativo la reconsideración, y en el ámbito constitucional también quedan habilitadas las garantías constitucionales (claro está, siempre que se afecte algún contenido esencial de la debida motivación vinculado con errores en el razonamiento formal) incluido el recurso de agravio constitucional.

XII. A manera de reflexión otros tipos de razonamientos

Queda claro que en el presente artículo solo ha realizado un análisis de los elementos de estructuración del razonamiento lógico deductivo, aplicando algunas reglas de inferencia formal. Sin embargo, se debe advertir que la lógica no solo se clasifica en lógica formal, sino que lo correcto es hablar de sistemas lógicos; por tanto, hay diferentes maneras de construir razonamientos lógicamente correctos mediante otros tipos de razonamientos como: la inducción, abducción, el entimema, la analogía, la reducción al absurdo, el razonamiento a mayor razón, entre otros.

XIII. Conclusiones

- En el nuevo paradigma del Estado Constitucional de Derecho todas las decisiones vinculadas con derechos fundamentales deben estar debidamente justificadas.
- La justificación debe ser interna y externa para cumplir con los metavalores del derecho, esto es, seguridad jurídica y justicia, respectivamente.
- Justificar internamente una decisión implica respetar las reglas de la lógica formal. En tal sentido, para elaborar razonamientos deductivos válidos, en la lógica proposicional se ha formulado esquemas validos con proposiciones unidas por conectivas lógicas de: conjunción, disyunción incluyente, disyunción excluyente, condición suficiente, condición necesaria, condición necesaria y suficiente, negación.
- El lenguaje natural generalmente no se distingue cuando estamos ante una condición suficiente, condición necesaria, condición necesaria y suficiente. Por ello, es importante poder reconstruir los razonamientos mediante esquemas formales.
- Sin embargo, debemos ser conscientes, que, en un Estado Constitucional de derecho, para justificar internamente una decisión no es suficiente solo construir razonamientos deductivos, pues la lógica no solo se clasifica en lógica formal, más bien lo correcto es hablar de sistemas lógicos. Por lo que, existen diferentes tipos de razonamientos como: la inducción, abducción, el entimema, la analogía, la reducción al absurdo, el razonamiento a mayor razón, entre otros.
- El control de logicidad de las decisiones se da mediante los recursos, y garantías constitucionales, en este último caso, en cuanto la afectación del derecho esté vinculada también con la afectación de algún contenido esencial de la debida motivación. Una decisión afectada por un error de logicidad debe ser declarada nula.
- Como advertencia podemos señalar que los razonamientos en sentido contrario, para ser válidos, se elaboran con una condición necesaria o necesaria y suficiente de $\neg p$, para que la conclusión sea $\neg q$.
- Para finalizar, podemos señalar que las aportaciones de la lógica proposicional, en especial la definición de las conectivas, permiten solucionar los problemas planteados por la ambigüedad sintáctica, que son especialmen-

te frecuentes en las normas jurídicas. Sin embargo, creernos que dichas conectivas lógicas no solo es una herramienta para solucionar problemas de ambigüedad en las normas, si no también es una herramienta importante la estructurar la premisa fáctica, que es conclusión de otros razonamientos, por ejemplo, a partir de una máxima de la experiencia.

XIV. Lista de referencias

- ALEXY, R. (2009). *Sobre los derechos constitucionales a protección*. En R. G. Manrique (Ed.), *Robert Alexy: Derechos sociales y ponderación* (R. Jowers, Trad., 2.^a edición ed., pp. 45-84). Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- ARNAZ, J. A. (2010). *Iniciación a la lógica simbólica* (3a ed.). México: Trillas.
- ATIENZA, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta.
- (2016). *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Lima: Palestra.
- GARCÍA MÁYNEZ, E. (1951). *Introducción a la lógica jurídica*. México: Fondo de Cultura Económica.
- GONZÁLEZ LAGIER, D. (31 de Enero de 2012). *Apuntes sobre lógica y argumentación jurídica*. Recuperado el 30 de Enero de 2021, de Repositorio Institucional de la Universidad de Alicante: <http://hdl.handle.net/10045/20530>
- GUASTINI, R. (2009). *La «constitucionalización» del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. En M. Carbonell (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta.
- KATAYAMA OMURRA, R. J. (2009). *Lógica*. Lima: CORCAV.
- ROSALES GRARNAJO, F. J. (2010). *Lógica jurídica: instrumento indispensable para el juez y el abogado litigante*. Guatemala: Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Rafael Landívar.
- WESTON, A. (2001). *Las Claves de la Argumentación*. Barcelona: Ariel.

Se terminó de imprimir en los talleres gráficos
de Editora y Librería Jurídica Grijley EIRL
<ediciongrijley@grijley.com>,
en el mes de septiembre de 2021.

